

VNIVERSITAT
D VALÈNCIA

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Programa de Doctorado en Derecho, Ciencia Política y Criminología



TESIS DOCTORAL

**LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR VOLUNTAD
DEL TRABAJADOR**

Presentada por:

José Manuel López Jiménez

Dirigida por:

Ángel Blasco Pellicer

Valencia, 2015

VNIVERSITAT
D VALÈNCIA

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Programa de Doctorado en Derecho, Ciencia Política y Criminología



TESIS DOCTORAL

**LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR VOLUNTAD
DEL TRABAJADOR**

Presentada por:

José Manuel López Jiménez

Dirigida por:

Ángel Blasco Pellicer

Valencia, 2015

A mis padres, a mi hermano
Nacho, a mi tía Amparo, y a
todos aquellos que
compartieron conmigo cada
hora de estudio en la
biblioteca

*“Más importante que llegar
a destino es disfrutar del
camino”*

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN (Pag.21)

PARTE PRIMERA: UN ANÁLISIS PREVIO DE LA EVOLUCIÓN Y SITUACION ACTUAL DE LA FINALIZACIÓN SOBREVENIDA DE LA RELACIÓN LABORAL POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR (Pag.33)

- **Capítulo I: antecedentes históricos y evolución legislativa de la extinción del contrato de trabajo a instancias del trabajador.** (Pag.34)

1. Antecedentes históricos: desde los primeros intentos codificadores hasta la Ley de Relaciones Laborales (Pag.34)

1.1. Primeros proyectos en el ámbito civil (Pag.34)

1.1.1. Proyecto de CC de 1821 (Pag.37)

1.1.2. Proyecto de CC de 1851 (Pag.40)

1.1.3. Proyecto de Alonso Martínez de 1855 (Pag.42)

1.2. La segunda mitad del siglo XIX (Pag.42)

1.3. El Código Civil (1888-1889) (Pag.43)

1.4. Nuevos planteamientos: (Pag.46)

1.4.1. Proyecto de LCT de 1905 (Pag.47)

1.4.2. Otros proyectos previos al Código de Trabajo de 1926
(Pag.50)

1.4.3. Regulación dimisoria en el Código del Trabajo de 1926 (Pag.51)

1.5. La Ley de Contrato de Trabajo de 1931 y de 6 de noviembre de 1941. (Pag.53)

1.6. Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (Pag.58)

1.7. La Ley de Relaciones Laborales (Pag.60)

1.7.1. Contexto histórico (Pag.60)

*1.7.2. La extinción *ad nutum** (Pag.61)

1.7.3. El preaviso (Pag.64)

- 1.7.4. La extinción causal (Pag.66)
 - 1.8. Un supuesto específico: evolución histórica de la figura del preaviso (Pag.69)
 - 2. *El Estatuto de los Trabajadores en relación con la voluntad extintiva del trabajador* (Pag.72)
 - 2.1. El Estatuto de los Trabajadores (Pag.73)
 - 2.2. Las reformas laborales y su afectación a la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador (Pag.74)
 - 2.2.1. Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores (Pag.75)
 - 2.2.2. Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del ET, la LPL y la LISOS (Pag.76)
 - 2.2.3. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Pag.77)
 - 2.2.4. Últimas reformas (Pag.79)
- **Capítulo II: el concepto extintivo de la finalización contractual por voluntad del trabajador** (Pag.81)
- 1. *Delimitación conceptual (terminología concreta y relacionada)* (Pag.82)
 - 1.1. El desistimiento (Pag.84)
 - 1.2. La rescisión (Pag.85)
 - 1.3. La resolución (Pag.87)
 - 1.4. La dimisión inducida (Pag.87)
 - 1.5. El mutuo disenso (Pag.88)
 - 1.6. Conclusión semántica (Pag.94)
 - 2. *Naturaleza jurídica (en relación con la teoría general de obligaciones y contratos)* (Pag.95)
 - 2.1. La dimisión (Pag.96)

2.2. La extinción causal (Pag.98)

**PARTE SEGUNDA: LA EXTINCIÓN DE LA RELACION LABORAL
POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR SIN CAUSA** (Pag.101)

- **Capítulo III: el régimen jurídico de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador sin causa: la dimisión** (Pag.102)

1. *La voluntad del trabajador y sus requisitos* (Pag.103)

1.1. La voluntad: requisito de todo negocio jurídico (Pag.103)

1.2. La relación entre la autonomía de la voluntad y la extinción del contrato de trabajo (Pag.105)

1.3. Elementos distorsionadores de la libre emisión de la voluntad: error, violencia, intimidación y dolo (Pag.108)

1.3.1. El error (Pag.108)

1.3.2. La violencia (Pag.111)

1.3.3. La intimidación (Pag.113)

1.3.4. El dolo (Pag.119)

1.4. Vicios derivados de la capacidad (Pag.122)

1.4.1. Limitaciones a la capacidad para dimitir: la edad. (Pag.125)

1.4.2. Limitaciones en el ámbito de la contratación derivadas de la incapacidad (Pag.128)

2. *La voluntad dimisoria: el preaviso y su recepción* (Pag.130)

2.1. Requisitos legales de la declaración (Pag.131)

2.1.1. Claridad (Pag.131)

2.1.2. Unilateralidad (Pag.135)

2.1.3. Vigencia (Pag.137)

2.2. El preaviso (Pag.138)

2.2.1. Concepto (Pag.138)

2.2.2. Comparación con otras figuras (Pag.140)

2.2.3. Naturaleza jurídica (Pag.141)

2.2.4. La buena fe (Pag.144)

- 2.2.5. Regulación sobre los tiempos de preaviso (Pag.147)
- 2.2.6. El deber de información respecto del plazo de preaviso (Pag.150)
- 2.2.7. Efectos de la falta de preaviso (Pag.151)
- 2.3. La recepción y sus efectos (Pag.152)
 - 2.3.1. La recepción de la dimisión (Pag.152)
 - 2.3.2. La irrevocabilidad (Pag.153)
 - 2.3.3. Excepción a la irrevocabilidad (Pag.155)
 - 2.3.4. El empresario: sujeto pasivo de la recepción (Pag.166)
 - 2.3.5. Efectos de la recepción del preaviso (Pag.171)
- 3. *Algunas objeciones a la libre facultad de dimisión: especial atención al pacto de permanencia* (Pag.173)
 - 3.1. El pacto de permanencia (Pag.175)
 - 3.2. Visión jurisprudencial del pacto de permanencia (Pag.176)
 - 3.3. Consecuencias de la dimisión respecto del pacto de permanencia (Pag.181)
- **Capítulo IV: la situación jurídica del trabajador tras la dimisión** (Pag.183)
 - 1. *Obligaciones y derechos del trabajador dimisionario* (Pag.185)
 - 1.1. Derechos (Pag.185)
 - 1.2. Obligaciones (Pag.186)
 - 1.2.1. El preaviso como derecho del empresario (Pag.187)
 - 1.2.2. La dimisión abusiva (Pag.187)
 - 1.2.3. El deber de sigilo (Pag.191)
 - 1.2.4. La no concurrencia (Pag.192)
 - 2. *Consecuencias de la extinción con preaviso* (Pag.195)
 - 2.1. La permanencia de la relación laboral (Pag.198)
 - 2.1.1. La negociación del plazo de preaviso (Pag.199)
 - 2.1.2. Situación en el seno de la empresa del trabajador dimisionario (Pag.201)

- 2.1.3. Posible extinción anticipada del trabajador dimisionario (Pag.203)
- 2.1.4. Las vacaciones debidas y su cumplimiento durante el preaviso (Pag.206)
- 2.2. Colisión entre la dimisión y el despido (Pag.208)
- **Capítulo V: Los efectos de la dimisión** (Pag.213)
 - 1. *Efectos de la decisión extintiva* (Pag.214)
 - 1.1. La extinción (Pag.214)
 - 1.1.1. La posible renuncia de derechos (Pag.215)
 - 1.1.2. Alcance de la voluntad extintiva (Pag.215)
 - 1.2. Efectos sobre la revocabilidad (Pag.216)
 - 2. *Otros efectos* (Pag.217)
 - 2.1. Efectos producidos en materia de Seguridad Social (Pag.218)
 - 2.2. Liquidación de haberes (Pag.220)
- **Capítulo VI: un particular supuesto de extinción sin causa: el abandono** (Pag.225)
 - 1. *El derecho a dimitir como elemento generador de indemnización* (Pag.226)
 - 1.1. La responsabilidad por daños y perjuicios (Pag.229)
 - 1.1.1. La indemnización como consecuencia del incumplimiento legal (Pag.230)
 - 1.1.2. La relación de causalidad (Pag.232)
 - 1.1.3. El daño o perjuicio susceptible de reparación (Pag.234)
 - 1.1.4. El daño y el perjuicio causados y la relación de causalidad (Pag.235)
 - 1.1.5. El daño emergente y el lucro cesante (Pag.236)
 - 1.2. La cuantificación del daño (Pag.239)
 - 1.3. Los criterios de calificación en base a la naturaleza del daño (Pag.243)
 - 1.3.1. Daños patrimoniales (Pag.243)

- 1.3.2. Daños extrapatrimoniales (Pag.244)
- 2. *Consecuencias de la extinción sin preaviso* (Pag.249)
 - 2.1. La constatación del abandono (Pag.251)
 - 2.1.1. Las faltas de asistencia y el abandono del trabajador (Pag.251)
 - 2.1.2. Abandono por faltas de asistencia y despido disciplinario (Pag.252)
 - 2.1.3. Un supuesto concreto: las ausencias injustificadas por prisión del trabajador (Pag.255)
 - 2.2. Los efectos del abandono (Pag.257)
- **Capítulo VII: el abandono del puesto de trabajo por parte de la mujer víctima de violencia de género** (Pag.259)
 - 1. *Extinción y violencia de género* (Pag.260)
 - 2. *La naturaleza de la extinción ex art.49.1.m)ET* (Pag.261)
 - 3. *La dimisión como último recurso de la víctima* (Pag.263)
 - 4. *Los sujetos de la relación laboral: trabajadora y empresario* (Pag.266)
 - 4.1. La trabajadora (Pag.266)
 - 4.2. El empresario (Pag.268)
 - 5. *Vicios de la voluntad causantes de la dimisión* (Pag.272)
 - 6. *La acreditación de la condición de víctima de violencia de género* (Pag.273)
 - 6.1. La orden de protección (Pag.274)
 - 6.1.1. Órgano competente (Pag.275)
 - 6.1.2. Solicitud (Pag.275)
 - 6.1.3. Contenido y duración (Pag.276)
 - 6.1.4. Alcance (Pag.277)
 - 6.2. Las medidas cautelares y al Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (Pag.278)
 - 6.3. El informe del Ministerio Fiscal (Pag.279)
 - 7. *La exclusión del despido* (Pag.280)

- 8. *Las faltas de asistencia y la extinción* (Pag.285)
 - 8.1. Faltas de asistencia y extinción por causas objetivas (Pag.286)
 - 8.2. Requisitos para la justificación (Pag.288)
- 9. *La retractabilidad de la dimisión* (Pag.291)
- 10. *Causas y consecuencias de la extinción ad nutum* (Pag.294)
 - 10.1. *Causalidad* (Pag.294)
 - 10.2. *Consecuencias de la extinción*(Pag.295)
 - 10.2.1. *Violencia de género y desempleo*(Pag.297)
 - 10.2.2. *Requisitos para acceder a la prestación* (Pag.300)
 - 10.3. *Otras consecuencias* (Pag.302)
 - 10.3.1. *Derechos económicos y ayudas sociales* (Pag.302)
 - 10.3.2. *Pensión de viudedad* (Pag.303)
 - 10.3.3. *La renta activa de inserción* (Pag.304)
- **Capítulo VIII: la jubilación voluntaria del trabajador** (Pag.307)
 - 1. *La jubilación como modo de extinguir la relación laboral* (Pag.308)
 - 2. *Naturaleza jurídica* (Pag.310)
 - 3. *La jubilación como derecho* (Pag.313)
 - 3.1. *La jubilación anticipada* (Pag.315)
 - 3.2. *La jubilación parcial* (Pag.316)
 - 3.3. *Respecto de la compatibilidad entre la percepción de la pensión y el desempeño de un trabajo* (Pag.318)
 - 4. *Características de la extinción* (Pag.322)
 - 4.1. *La Declaración de voluntad* (Pag.322)
 - 4.1.1. *Características propias de la declaración* (Pag.324)
 - 4.1.2. *La revocación de la decisión* (Pag.324)
 - 4.1.3. *La revocabilidad con respecto a la prestación* (Pag.326)
 - 4.2. *El preaviso* (Pag.328)
 - 5. *Efectos de la extinción* (Pag.329)
 - 5.1. *Efectos contractuales* (Pag.329)

- 5.2. La jubilación parcial y sus efectos (Pag.330)
- 5.3. Efectos económicos (Pag.333)
 - 5.3.1. Derivados de la extinción (Pag.333)
 - 5.3.2. Respeto de las mejoras voluntarias (Pag.334)

PARTE TERCERA: LA EXTINCION CAUSAL DE LA RELACION LABORAL POR PARTE DEL TRABAJADOR (Pag.337)

- **Capítulo IX: configuración y fundamento de la extinción causal** (Pag.338)
 - 1. *La causa como supuesto habilitante de la extinción de la relación laboral a instancias del trabajador* (Pag.338)
 - 2. *Concepto y naturaleza jurídica de la extinción causal* (Pag.342)
 - 2.1. Concepto (Pag.342)
 - 2.2. La causa laboral en el Dº de Obligaciones (Pag.343)
 - 2.3. La interpretación de las diversas causas (Pag.345)
 - 2.4. Naturaleza jurídica (Pag.348)
 - 2.5. La dimisión provocada (Pag.350)
 - 3. *El incumplimiento* (Pag.358)
 - 4. *Las consecuencias del incumplimiento: el resarcimiento* (Pag.359)

- **Capítulo X: las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo redundantes en perjuicio de la dignidad del trabajador** (Pag.365)
 - 1. *La sustancialidad de la conducta incumplidora* (Pag.366)
 - 2. *Las modificaciones en las condiciones de trabajo que redundan en perjuicio de la dignidad del trabajador* (Pag.369)
 - 2.1. Modificación sustancial (Pag.370)
 - 2.1.1. El objeto del artículo 41ET (Pag.372)

- 2.1.2. La lista de motivos del art.41 (Pag.374)
 - 2.1.3. La relación entre el art.41 y el 50 del Estatuto de los Trabajadores (Pag.376)
 - 2.2. El perjuicio causado (la dignidad del trabajador) (Pag.379)
 - 2.2.1. El perjuicio causado tras la Ley 3/2012, de 6 de julio (Pag.381)
 - 2.2.2. La dignidad (Pag.383)
 - 2.3. Los perjuicios específicos (Pág.383)
 - 2.3.1. El tiempo de trabajo (Pag.383)
 - 2.3.2. Movilidad funcional y geográfica (Pag.390)
 - 2.3.3. Afectación de las últimas modificaciones en materia de extinción causal (Pag.401)
 - 2.4. Efectos (Pag.405)
- **Capítulo XI: la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado.** (Pag.409)
- 1. *El incumplimiento del objeto del contrato por parte del empresario* (Pag.410)
 - 2. *El salario* (Pag.411)
 - 2.1. El objeto (Pag.413)
 - 2.1.1. El tipo de deuda (Pag.414)
 - 2.1.2. Diferenciación entre percepción salarial y extrasalarial (Pag.415)
 - 2.1.3. Los pactos salariales (Pag.417)
 - 2.2. Características de la deuda (Pag.419)
 - 2.2.1. No puede ser discutible (Pag.419)
 - 2.2.2. Ha de estar vencida (Pag.421)
 - 2.3. El incumplimiento (Pag.423)
 - 2.3.1. Situación normativa respecto a retrasos e impagos (Pag.423)
 - 2.3.2. Ámbito objetivo (Pag.425)
 - 2.3.3. Jurisprudencia (Pag.427)

- **Capítulo XII: otros incumplimientos graves del empresario generados de la extinción causal del contrato de trabajo** (Pag.431)
 - 1. *Las causas no incluidas expresamente en las previsiones legislativas* (Pag.432)
 - 2. *El incumplimiento concebido de una forma genérica* (Pag.436)
 - 3. *Otros incumplimientos* (Pag.438)
 - 3.1. Modificaciones sustanciales no susceptibles del 50.1.a)ET (Pag.438)
 - 3.1.1. El derecho a la ocupación efectiva (Pag.441)
 - 3.1.2. Violación de derechos fundamentales (Pag.453)
 - 3.2. Supuestos no susceptibles del 50.1.b)ET (especial mención a los incumplimientos en materia de Seguridad Social) (Pag.464)
 - 3.2.1. Responsabilidad contractual y extracontractual (Pag.466)
 - 3.2.2. Determinación de la gravedad (Pag.466)
 - 3.2.3. Supuestos específicos (Pag.468)
 - 3.2.4. Evolución jurisprudencial (Pag.470)
 - 4. *La negativa a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo* (Pag.472)
 - 4.1. La conducta recogida en el 50.1.c)ET (Pag.473)
 - 4.2. Especificidad del precepto (Pag.474)
 - 4.3. Conducta empresarial (Pag.475)

- **Capítulo XIII: los requisitos comunes a todas las figuras del art.50ET.** (Pag.479)
 - 1. *La generalidad de las conductas habilitantes de la extinción causal* (Pag.480)
 - 2. *Necesidad de permanencia en la empresa* (Pag.480)
 - 2.1. Regla general (Pag.480)
 - 2.2. Excepciones a la regla general (Pag.483)
 - 2.3. La permanencia de los contratos (Pag.487)

- 2.4. Especial referencia a los retrasos e impagos de salario (Pag.491)
 - 2.4.1. Postura general (Pag.492)
 - 2.4.2. Nueva interpretación de la permanencia en la empresa en supuestos del 50.1.b) ET (Pag.493)
 - 2.4.3. Nuevos aspectos a tener en cuenta (Pag.494)
 - 2.4.4. Eficacia y significado de la declaración de voluntad y posterior sentencia (Pag.495)
 - 2.4.5. Consecuencias de las nuevas perspectivas jurisprudenciales (Pag.497)
- 2.5. Posibilidades que ofrece la LRJS (Pag.499)
 - 2.5.1. Novedades relacionadas con el cese anticipado (Pag.500)
 - 2.5.2. Medidas cautelares (Pag.508)
 - 2.5.3. Evolución jurisprudencial a partir de la LRJS (Pag.511)
- 3. *Los requisitos de gravedad y culpabilidad* (Pag.516)
 - 3.1. Respecto de las Modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo. (Pag.518)
 - 3.1.1. Gravedad (Pag.518)
 - 3.1.2. Culpabilidad (Pag.521)
 - 3.2. Respecto de las faltas o retrasos en el pago del salario (Pag.526)
 - 3.2.1. La conducta empresarial (Pag.526)
 - 3.2.2. Gravedad (Pag.528)
 - 3.2.3. Culpabilidad (Pag.531)
 - 3.2.4. Novedades en cuanto a gravedad y culpabilidad (La crisis económica) (Pag.535)
 - 3.2.5. Subsanación (Pag.540)
 - 3.3. Respecto de otros incumplimientos graves cometidos por el empresario (Pag.543)
 - 3.3.1. La gravedad (Pag.543)
 - 3.3.2. La culpabilidad (Pag.546)

3.3.3. La fuerza mayor (Pag.548)

- **Capítulo XIV: aspectos procesales relativos a la extinción de la relación laboral por voluntad del trabajador.** (Pag.551)

1. *El procedimiento laboral en relación con la extinción por voluntad del trabajador* (Pag.552)
2. *Solución judicial y extrajudicial (la evitación del proceso)* (Pag.554)
3. *El derecho opcional del trabajador a exigir la resolución judicial de la relación laboral* (Pag.559)
4. *Cauce procesal aplicable y características propias derivadas de supuestos específicos* (Pag.563)
 - 4.1. Como derecho fundamental (Pag.564)
 - 4.2. Características (Pag.565)
 - 4.3. Otras figuras (Pag.568)
 - 4.4. Una especial referencia al supuesto contenido en el 49.1.m)ET (Pag.570)
5. *Plazos* (Pag.571)
 - 5.1. Prescripción (Pág.573)
 - 5.2. Cómputo del plazo (Pág.578)
6. *Casos de concurrencia de diferentes supuestos de extinción del contrato de trabajo* (Pág.583)
 - 6.1. Extinción y despido (Pág.583)
 - 6.1.1. La extinción causal como acción preferente (Pág.585)
 - 6.1.2. El despido como acto previo a la extinción causal (Pág.585)
 - 6.1.3. Acción preferente (Pág.586)
 - 6.1.4. Aspectos técnicos (Pág.592)
 - 6.1.5. Momento procesalmente oportuno (Pág.595)
 - 6.2. Extinción y reclamación de otros conceptos (Pág.595)
 - 6.3. Extinción y finalización de contratos temporales (Pág.596)

- 7. *La sentencia y sus efectos*(Pág.598)
 - 7.1. *Carácter constitutivo de la resolución judicial* (Pág.598)
 - 7.2. *La ejecución* (Pág.600)
 - 7.3. *Nueva situación tras la LRJS en relación con la ejecución provisional* (Pág.602)
 - 7.4. *Otras consecuencias* (Pág.605)
 - 7.4.1. *La indemnización* (Pág.605)
 - 7.4.2. *Prestación por desempleo y salarios de tramitación* (Pág.606)
 - 7.4.3. *Otras indemnizaciones* (Pág.610)
 - 7.5. *La tramitación del recurso* (Pág.613)
- 8. *La extinción causal y la declaración del concurso de acreedores* (Pág.616)
 - 8.1. *Evolución normativa de la situación concursal en relación con la extinción indemnizada* (Pág.617)
 - 8.2. *Tribunal competente para conocer de la extinción* (Pág.618)
 - 8.3. *El procedimiento* (Pág.619)
 - 8.3.1. *Sujetos legitimados* (Pág.619)
 - 8.3.2. *Tiempo y forma de la solicitud* (Pág.620)

CONCLUSIONES (Pág.623)

BIBLIOGRAFÍA (Pág.669)

INTRODUCCIÓN

Los contratos son relaciones jurídicas generadores de obligaciones y derechos sinalagmáticos que se crean, se pueden modificar y, en última instancia, extinguir. En una relación laboral, concretamente, el empresario y el trabajador, demandante y oferente de empleo, acuerdan el intercambio del capital trabajo por una remuneración, ya sea en dinero o, además, en especie.

Como se apunta, esta relación puede extinguirse por diversas causas. Las clasificaciones referentes a las posibilidades de extinción del contrato de trabajo son innumerables. Por una parte, autores como ALONSO OLEA¹ distinguen entre extinción por voluntad de las partes y finalización sobrevenida. MONTOYA MELGAR² alude a tres causas como pueden ser el cumplimiento del término del contrato; desaparición, jubilación o incapacidad de los sujetos y voluntad de las partes. Por último, RAMÍREZ MARTÍNEZ³ hace una distinción que únicamente alude a los sujetos: extinción por voluntad conjunta, por voluntad del empresario o a iniciativa del trabajador. En el desarrollo investigador que realizaré a continuación me centraré en la última de ellas, la extinción del contrato por voluntad del trabajador.

Se trata sin duda de una institución en constante evolución que, si bien en el pasado estuvo en entredicho, hoy en día es absolutamente viable y no acoge excesivos problemas jurídicos en cuanto a su existencia, lo cual no obsta para que la misma sea objeto de debate en múltiples cuestiones.

En este sentido, es importante tener en cuenta que, a lo largo de la historia del derecho laboral español, puede comprobarse como la resolución *ad nutum* (sin causa), ha sido observada con mucho escepticismo desde el prisma del artículo 1256 del Código Civil, que impedía supeditar la continuidad de un vínculo a la voluntad de una de las partes. Sin embargo, a partir de las Leyes de Contrato de

¹ ALONSO OLEA, M: *Derecho del Trabajo*. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid. 2006.

² MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*. Tecnos. Madrid.2005

³ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.: *Curso de Derecho del Trabajo*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2005

Trabajo promulgadas en 1931 y 1944, además de la Ley promulgada en 1941, se vino a confirmar la posibilidad de la extinción sin causa por parte del trabajador.

El porqué de esta situación se aleja de la legislación pura de obligaciones y contratos, fundamentándose en un precepto de valor superior que indica que el derecho al trabajo (consagrado hoy en el artículo 35 de la Constitución Española) no es una obligación. Más bien al contrario, se trata de una opción del individuo que jamás podrá ser obligado a realizar una actividad laboral que no desee. A estos efectos se pronunció el Tribunal Supremo en período pre-democrático mediante la Sentencia de 30 de marzo de 1970⁴ y, ya en etapa constitucional, mediante la STS de 2 de julio de 1979⁵, previa al Estatuto de los Trabajadores. No quiere decir ello que el ordenamiento se olvide de la contraparte, pues se exigirán ciertos requisitos que no dejen en total desamparo al empresario ante la decisión del empleado

En cualquier caso, y salvo en supuestos específicos y excepcionales, los problemas derivados de la decisión extintiva tendrán un cariz más relacionado con el ámbito formal cuando de lo que se habla es de la extinción *ad nutum*, siendo bastante más numerosos los requisitos a observar en caso de que la finalización sobrevenida sea imputable a la conducta empresarial.

Menos reticencias ha suscitado, desde este punto de vista, la extinción causal. Incluso desde una óptica civilista no existen problemas a la hora de aceptar que, si una de las partes no cumple con las obligaciones a que se comprometió, la otra pueda exigir el cumplimiento de las mismas y, en última instancia, la resolución del contrato. En este sentido, respecto de la extinción causal, la problemática no ha sido tanto en cuanto a su viabilidad, como a los efectivos motivos que pueden ser desencadenantes de la finalización de la relación laboral.

A estos efectos se analizará en este trabajo el efecto resarcitorio que la legislación laboral otorga a los supuestos de extinción por voluntad del

⁴ RJ.1970/1258

⁵ RJ.1979/3094

trabajador, y que se relacionan principalmente con los incumplimientos generadores de la extinción causal. Como se verá, en este caso el ordenamiento laboral no coincide con los principios civiles al establecer criterios de valoración alejados de la mera valoración del daño causado.

Por tanto, en este trabajo serán analizados los supuestos más representativos de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, ya exista o no causa que la habilite.

Haciendo una primera distinción se tomarán como referencia las características de causalidad y preaviso como instituciones más representativas de las dimisiones con y sin causa respectivamente.

Tras analizar la evolución histórica del instituto jurídico, en la segunda parte de este trabajo se estudiará la dimisión sin causa, también llamada *ad nutum*, y de la cual la institución jurídica más relevante es sin duda el preaviso. Su existencia o no determina una gran cantidad de consecuencias, incluso en el ámbito de su eficacia, que puede ser diferida o inmediata, dependiendo de la fecha en que la decisión del trabajador comienza a desplegar efectos.

Tal es su influencia que en ocasiones parece más importante en cuanto a causación de daño, la ausencia de preaviso, que la causalidad. La falta de comunicación previa comúnmente es concebida como la línea divisoria entre los conceptos de dimisión y abandono. No obstante, la diferencia entre ambas figuras, como se observará, responde más al ámbito formal que a los verdaderos efectos de la decisión, que en cualquier caso desplegará todos sus efectos jurídicos.

Por tanto, la intervención del preaviso como acto de buena fe será el que determine la corrección o no de la conducta dimisoria. Así, al respecto de la relación entre preaviso y dimisión, ésta última llegó a catalogarse como negocio jurídico de efectos diferidos, esto es, que ejecutaba la extinción a un plazo desde la fecha de comunicación.

Sin embargo, a efectos jurídicos, esta afirmación no es del todo correcta dándole algunos autores un valor secundario.⁶ De este modo, debe entenderse el preaviso como el cumplimiento de la buena fe que puede exigirse a todo tipo de relación jurídica, incluso en este caso en que el objeto no es otro que su finalización.

No obstante, el carácter coyuntural o secundario que se le ha atribuido viene también fomentado por la falta de regulación concreta por parte del legislador dejando esta misión al poder de la autonomía colectiva de los convenios colectivos. La idea es, por supuesto, evitar perjuicios a aquel que padece el desistimiento, salvo que exista una razón realmente grave que haga inviable la continuación del contrato, aunque en estos casos el preaviso puede no ser necesario para el agente activo.

Se debe apuntar también que, respecto a los efectos del preaviso, su incumplimiento podrá dar lugar a una indemnización pero no parece que pueda conducir a la ineficacia del acto extintivo. En conclusión, debe resaltarse que la figura del preaviso se entiende como acto usual u ordinario derivado de la buena fe contractual pero nunca un acto *sine qua non* o verdaderamente preceptivo a la hora de llevar a cabo la dimisión como bien apunta KLEIN. Debe deducirse de este modo que la razón de esta exigencia es que el empresario disponga del tiempo suficiente para poder cubrir la vacante del trabajador dimisionario, tal y como esgrime la STS de 28 de octubre de 1987.⁷

La segunda institución a valorar en el ámbito dimisorio es la causa que lleva al trabajador a la decisión en sí misma. Como se verá, se trata de una institución de escaso valor en el terreno de la extinción *ad nutum*, pero primordial cuando de lo que se habla es de la extinción indemnizada. No obstante, incluso en este último caso pueden darse supuestos excepcionales que la legislación trate de forma diferente por la especial debilidad de los sujetos que en ella intervienen.

⁶ KLEIN, M. *El desistimiento unilateral del contrato*, ED: Cívitas. 1997. Pág.184

⁷ RJ.1987/7219

En cualquier caso, la regla general contenida en el 49.1.d) ET plantea un supuesto genérico alejado de posibles especificidades que más tarde serán analizadas. A diferencia de otros tipos de rescisión unilateral, en este caso no existe motivo alguno, e imputable a la empresa, que lleve al trabajador a tomar dicha decisión. Es por ello que, dadas las circunstancias, el ordenamiento exige la mediación de un plazo de preaviso que permita al empresario adecuar el organigrama de la empresa sin mayores perjuicios.

Este preaviso debe ser preferiblemente expreso aunque pudiera ser tácito en algunos casos que serán estudiados más adelante y que no ha de confundirse con el abandono del puesto de trabajo. Recuerda con acierto PENDAS DÍAZ⁸ que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencia de 27 de junio de 1983⁹, exige “*un elemento intencional decisivo de romper la relación laboral*”. Este elemento puede traducirse a la práctica de forma expresa o tácita.

El plazo de preaviso exigido sigue hoy en día a debate, dado que la legislación no exige un período concreto, sino que entiende que debe ser la negociación colectiva la que debe establecer el intervalo de tiempo que transcurrirá entre la exteriorización de la voluntad dimisoria y la efectiva finalización del contrato de trabajo.

Finalmente, otro de los aspectos a abordar será el de la posible revocabilidad de la decisión del trabajador. Durante décadas y en jurisprudencia reiterada, los tribunales se han negado a aceptar la posibilidad de que, dentro del período previo a la efectiva finalización de la relación laboral, el trabajador pudiera desdecirse de la decisión tomada¹⁰. Sin embargo, sentencias recientes han hecho variar este proceder. Su contenido y efectos serán tratados a lo largo de este

⁸ PENDAS DÍAZ. B *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Madrid: ed. ACARL. Segunda edición. 1992. Pág.17

⁹RJ.1983/3050, entre otras como las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1980 (RJ.1980/4905) y del TSJ de la Rioja de 11 de febrero de 1999 (AS.1999/86)

¹⁰ STS de 18 de julio de 1990 (RJ.1990/6425); STSJ de la C. Valenciana, de 27 septiembre de 1995 (AS.1995/3438); Sentencias del TSJ de Extremadura de 11 de noviembre de 2003 (AS.2003/1063) de 26 mayo. (AS.2005/1067), y de 11 de mayo de 2006 (AS. 2006/1761).

trabajo. Baste simplemente adelantar que el concepto de preaviso como institución que opera únicamente en favor del empresario ha sido modificado.

Los nuevos pronunciamientos en materia de revocabilidad no hacen sino venir a resaltar la importancia de la institución del preaviso. Por ello, en los casos en que no media dicho plazo, se habla comúnmente de “*abandono del puesto de trabajo*”. En este supuesto dimisorio no sólo no existe causa, sino que tampoco se observa un preaviso de la voluntad unilateral y libre de abandonar el puesto de trabajo.

En realidad, no se trata de una figura recogida por el ordenamiento sino, más bien, un suceso alegal. El Estatuto de los Trabajadores no hace referencia a esta posibilidad. Es más, únicamente utiliza el verbo abandonar a la hora de referirse, en el art.49.1.m), a la posibilidad de la víctima de violencia de género de extinguir su relación laboral sin la necesidad de una comunicación previa. En el capítulo dedicado a las consecuencias de la extinción del contrato de trabajo, se observará el hecho de que la falta de preaviso puede generar una indemnización de daños y perjuicios.¹¹ Se considera a estos efectos que la omisión de este requisito, unida a la ausencia de razones para la dimisión, constituye un claro ejemplo de mala fe por parte del trabajador.

El Tribunal Central de Trabajo reconocía dos tipos de abandono: aquel en que mediara un contrato de permanencia y aquel en que no se diera este hecho.

Por ello resulta de vital importancia la distinción entre la dimisión del trabajador con preaviso y sin preaviso, a la que debe calificarse de “abandono”. Dicha distinción proviene del ya extinto artículo 81 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 que además distingue entre la posibilidad o no de reclamar daños y perjuicios.

Una vez estudiada la extinción del contrato de trabajo en que no intervenga causa imputable a la empresa o derivada de la relación laboral en sentido amplio, se

¹¹ STS de 16 de marzo de 2005 (RJ.2005/3510) y del TSJ del País Vasco de 7 de octubre de 1997 (AS.1997/3512).

analizará en la tercera parte de este trabajo la figura y características de la extinción causal. Dentro de la extinción por voluntad del trabajador, es probablemente la figura más estudiada y también la más y mejor conceptualizada en la legislación. La referencia proviene de la finalización de la relación laboral a causa de incumplimientos contractuales por parte del empresario y está recogida en el art.50ET. Dichas causas incluso suponen una indemnización, sólo que esta vez a cargo del empleador y al que la jurisprudencia española ha calificado de innumerables formas, ya sea despido indirecto, impropio, causal... e incluso extinción forzada o provocada. Este último término es ahora el más utilizado. No debe olvidarse, sin embargo, que la STS de 14 de octubre de 1982¹² habla de este tipo de extinción como aquella en que “*el empresario despida*” o “*fuerece al trabajador a despedirse*”.

A lo largo de este trabajo de investigación se hará un estudio paralelo al del citado art.50ET, distinguiendo entre la extinción por modificaciones sustanciales en el contrato de trabajo, la falta o retrasos en el pago del salario y, finalmente, cualquier otro incumplimiento grave del contrato de trabajo.

Respecto del primero de los motivos, será importante distinguir entre las modificaciones sustanciales del art.41ET y las relativas a este tipo de extinción. En este caso, y tras la supresión de la formación profesional como factor determinante, la dignidad del trabajador será, principalmente, la que marque la diferencia entre una conducta y otra. Además, se analizará la diferencia que supone el derecho de autotutela que asiste al trabajador en las modificaciones ordinarias, y que le permite extinguir su contrato de forma indemnizada, y la relativa a la extinción cualificada, en que han de ser los tribunales los que determinen la viabilidad de la misma.

En segundo lugar, una de las causas más relevantes de extinción es sin duda el incumplimiento del pago del salario. Dicho contravención puede deberse a la falta total del abono o al retraso en el mismo, si bien la entidad de la conducta

¹² AS.1982/6167

antijurídica no será en caso alguno susceptible de extinción si responde a supuestos aislados o subsanados dentro de un plazo comprensible. Se trata sin duda de una de las causas más relevantes, hecho que se demuestra teniendo en cuenta que el propio Estatuto de los Trabajadores le concede un apartado de forma exclusiva y que, por otra parte, es hoy en día uno de los motivos más aducidos en los tribunales, teniendo en cuenta la situación de crisis de un gran número de empresas.

Finalmente, el artículo 50.1.c) ET recoge cualquier otro incumplimiento grave por parte del empresario como supuesto habilitante para la finalización indemnizada de la relación laboral. En este precepto el legislador ha tratado de contemplar todas aquellas conductas que, por su objeto, no hayan podido ser incluidas en los dos primeros apartados. Así, pueden encontrarse dentro de este motivo desde conceptos retributivos del trabajador que no tengan la condición de salariales, a vulneraciones de los derechos fundamentales, cuya entidad es innegable, pero que evidentemente son generadores del derecho a la rescisión cualificada.

En cualquier caso, si algo define las conductas relativas a la extinción causal son los conceptos de gravedad y culpabilidad, afines a todas las figuras, pero interpretados de forma distinta en cada uno de los motivos, por lo que habrán de ser analizados pormenorizadamente.

En definitiva, y por lo que respecta al término de la extinción causal, la doctrina también hace diferentes valoraciones acerca de dicho concepto, si bien corresponden en su mayoría a las ya expuestas y es pacífica al apuntar que, es extinción causal, tanto aquella que es provocada por un incumplimiento del empresario, como aquella en que el trabajador es forzado a su dimisión.

Fuera de las causas típicas de extinción contenidas en los arts.49.1.d) y 50 del Estatuto de los Trabajadores y que representan la finalización de la relación laboral por parte del trabajador con y sin causa, existen otros conceptos extintivos no tan claros en cuanto a naturaleza y efectos.

No obstante, dentro de este trabajo serán tratados dos supuestos en que la iniciativa última de la rescisión corresponde al trabajador, con la peculiaridad de que su voluntad externa viene determinada por situaciones personales, ajenas al normal desarrollo del trabajo, y que por su especial dimensión social, y al referirse a colectivos muy sensibles y necesitados de protección requieren regulación expresa. Me refiero, en este caso, a los supuestos de abandono de la mujer víctima de violencia de género y a la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador que accede a la pensión por jubilación.

La violencia de género constituye una lacra social ante la que cada vez más la sociedad y el ordenamiento jurídico están tomando conciencia. Así, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, contempló diversas medidas para facilitar la situación de las mujeres trabajadoras objeto de este supuesto. Entre ellas se estableció la posibilidad de dimitir del puesto de trabajo con la posibilidad de acceder a la prestación de desempleo. De este modo, el objetivo del capítulo dedicado a este supuesto irá encaminado a analizar las diferencias entre dicha extinción y la relativa a la dimisión ordinaria, así como los efectos y consecuencias que caracterizan esta modalidad extintiva.

Curioso en este sentido, que la legislación denomine a esta fórmula como “*abandono*”, teniendo en cuenta que no se exigen ciertos requisitos de tipo formal inherentes a la extinción *ad nutum*.

Por otra parte, existe otro supuesto específico que, entiendo, merece una especial mención por su importancia, el cual no es otro que la extinción por jubilación del trabajador.

La edad constituye un hecho biológico que, por la trascendencia que tiene en la sociedad, pasa ser un hecho jurídico desde el momento en que el legislador decide proteger esta contingencia con una pensión para los trabajadores que accedan a la misma.

Para ello, es requisito indispensable el cesar de la actividad laboral, ya sea de forma total o parcial. En este caso, la extinción pasa de ser el objeto, como en todos los otros supuestos que se han mencionado hasta ahora, a ser el medio por la consecución de un fin, que es la pensión por jubilación.

A estos efectos, si bien en las primeras redacciones del Estatuto de los Trabajadores se establecieron edades de jubilación forzosa, lo cual supondría una diferenciación clara de los tipos extintivos contenidos en este trabajo, por cuanto aquí se tratan los supuestos en que es el trabajador el que insta la finalización, lo cierto es que hoy en día la jubilación es voluntaria salvo en supuestos concretos en que la naturaleza del trabajo realizado indique la necesidad de establecer ciertos límites.

De esta forma, se hará referencia a las últimas, y numerosas, modificaciones legislativas y a su incidencia en el supuesto de jubilación anticipada, desde el punto de vista de su afectación a la posible finalización *ex* 49.1.f) ET.

Por último, se tratarán las diversas características que refieren al procedimiento por extinción del contrato de trabajo. En este punto lo cierto es que la modalidad a utilizar es la ordinaria, si bien con ciertas matizaciones derivadas del hecho de que las conductas susceptibles de una extinción causal son innumerables.

Sin embargo, existe un amplio debate respecto de la repercusión que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ha tenido respecto de la extinción causal, por cuanto se han incorporado medidas tendentes a mejorar la situación transitoria que discurre entre la interposición de la acción por extinción causal y la decisión judicial. Señalar que, respecto de dichas novedades, se han adoptado las que se contemplaban para los supuestos de violencia de género. Con ello se pretende evitar la situación insostenible que se producía ante la relación de empresario y trabajador, una vez manifestada la voluntad extintiva, y que era claramente perjudicial para con el trabajador.

En cualquier caso, en el análisis de las diferentes variantes de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador tendrá una importancia notable la

crisis económica que padece nuestra sociedad y, más en concreto las empresas, situación que acostumbra a desembocar en el concurso de acreedores. Dada la situación actual se trata de un supuesto ciertamente habitual, si bien resulta imprescindible el estudio de la situación del trabajador dimisionario y su afectación personal, dependiendo de si lo hace antes o después de la declaración del concurso.

***PARTE PRIMERA: UN ANÁLISIS PREVIO DE LA EVOLUCIÓN Y
SITUACIÓN ACTUAL DE LA FINALIZACIÓN SOBREVENIDA DE LA
RELACIÓN LABORAL POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR***

**CAPÍTULO I: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y EVOLUCIÓN
LEGISLATIVA DE LA EXTINCIÓN DE TRABAJO A INSTANCIAS DEL
TRABAJADOR**

CAPÍTULO I: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA EXTINCIÓN DE TRABAJO A INSTANCIAS DEL TRABAJADOR

1. Antecedentes históricos: desde los primeros intentos codificadores hasta la Ley de Relaciones Laborales

La evolución temporal que ha seguido la institución dimisoria a lo largo de nuestra historia jurídica más reciente ha sido muy dispar. En ella, se observa como la legislación ha ido progresando desde una regulación de tipo general donde los contratos de trabajo quedaban englobados en la legislación civil, a la situación actual en que existen normas específicas laborales que regulan de forma concreta las vicisitudes del contrato de trabajo en particular.

Del mismo modo, el derecho que constituye la rescisión unilateral de la relación laboral también ha sufrido muchos cambios ya que, en ocasiones, tal posibilidad no ha existido o no ha sido contemplada, mientras que en otras se ha llegado, como en la actualidad, a distinguir entre varios tipos de dimisión en base a la existencia o no de una causa de extinción.

Por tanto, en este primer capítulo realizaré un análisis de los distintos cuerpos normativos que condujeron a la actual situación legislativa, y en que se observará una progresiva transformación desde el ámbito puramente civil al laboral. De igual forma, salta a la vista que, en dicho proceso, existe un cambio paulatino desde la negación del derecho a la extinción, en cualquiera de sus modalidades, hasta la completa aceptación de las leyes que hoy rigen. No podrán dejarse de lado, obviamente, las vicisitudes socio-políticas acaecidas durante los últimos doscientos años, si bien siempre tenidas en cuenta desde un punto de vista laboral.

1.1. Primeros proyectos en el ámbito civil

Hasta la promulgación del Código Civil francés en 1804 y la llegada de las ideas liberales a España las relaciones laborales venían marcadas por un claro carácter

gremial en el que subyacían las figuras del maestro, oficial y aprendiz. En palabras de DE LA VILLA GIL¹³ *toda persona que pretenda ejercer un oficio (...), ha de pertenecer al gremio*. Así, estas superestructuras fijaban, desde las condiciones de trabajo hasta la organización industrial.

Para pertenecer a un gremio era necesario que los trabajadores fueran libres, y fueron creados en un principio con una intención religiosa que protegiera a sus integrantes de la mala suerte o incluso la muerte.¹⁴ No obstante, resultaba difícil la identificación con las actuales relaciones laborales puesto que, pese a poder existir un vínculo similar a lo que hoy se considera un contrato de trabajo, lo cierto es que el maestro adelantaba los materiales para el trabajo, que después el aprendiz debía reembolsar, y posteriormente pagaba por cada pieza realizada.

El problema surgía por el hecho de que todos los integrantes no eran tratados por igual y las corporaciones acababan convirtiéndose en agrupaciones de clase¹⁵, en las que el aprendiz apenas si tenía derechos y el oficial, si no tenía un alto nivel económico, no podía aspirar a la categoría de maestro. Si bien es cierto que los trabajadores gozaban en principio de todos sus derechos civiles, no ocurría lo mismo con los laborales, estableciéndose una relación de jerarquía entre maestro y oficial que superaba lo que hoy se denominaría poder de dirección.

Precisamente estas dos últimas figuras, oficial y maestro, respondían a lo que hoy podría llamarse una verdadera relación por cuenta ajena. Sin embargo, y como reconocen algunos autores, el hecho de que el oficial, si no poseía el capital suficiente, quedaba obligado a perpetuarse en su puesto de trabajo, indica la dificultad existente en el ámbito rescisorio a instancias del empleado, motivo por el cual se ha llegado a definir a los gremios como a instituciones *mezquinas* y

¹³ DE LA VILLA GIL, L.E.: *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*. Colección: crítica del Derecho. Ed Comares. Granada. 2003. Pág.40

¹⁴ PURCALLA BONILLA, M.A.; JORDÀ FERNÁNDEZ, A.: *Las relaciones laborales en España hasta la Constitución de 1978*. Ed. Dykinson. Madrid. 2007. Pág.28.

¹⁵ ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*. Ed. Cívitas. Madrid. 2002. Pág. 65

celosas.¹⁶ La extinción *ad nutum* tal y como se entiende actualmente no era siquiera imaginable, puesto que, al no tratarse de relaciones laborales, ya que la ajenidad en los frutos quedaba algo difuminada, la dimisión comportaba el pago de ingentes cantidades de dinero que resarcieran el aprendizaje obtenido o los medios de producción utilizados.

La fuerza de los gremios fue indudable, al punto de autorregularse estableciendo sus propias ordenanzas, límites salariales o incluso precio de los productos fabricados. Puede imaginarse que dada su influencia las regulaciones iban encaminadas a la defensa del maestro, por lo que lo establecido en materia de extinción por voluntad del aprendiz u oficial era muy desventajoso para éste. Es por ello que los gobiernos pronto empezaron a intervenir por temor a la extralimitación de los mismos pero, más aun, por la eclosión de la clase mercantil que ya anunciaba una no muy lejana revolución industrial. La libertad de industria y oficio, decretada el 8 de junio de 1813 fue sin duda el principio del fin de los gremios.

La llegada, si bien tardía y de forma mucho más atenuada, de la revolución industrial a España, y la patente ineficacia de los gremios en el ámbito productivo forzó su declive a finales del siglo XVIII. Aún así, y a pesar de que su completa derogación no llegaría hasta 1864 con la supresión de los gremios del mar¹⁷, los nuevos movimientos sociales y las continuas protestas de los oficiales, a pesar de que era aventurado hablar de sindicatos, forzaron su desaparición, quedando patente la necesidad de una regulación de las relaciones entre empresario y trabajador, que se llevaría a cabo posteriormente y desde una órbita liberal, y que iniciaron el proceso codificador.

¹⁶ MARTÍN SAINT-LEON, G.: *Le compagnonnage*. París. 1901. Pág.64. Citado en DE LA VILLA GIL, L.E.: *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*. Colección: crítica del Derecho. Ed Comares. Granada. 2003. Pág.44

¹⁷ CURIEL, L: *Índice histórico de disposiciones sociales*. Escuela Social. Madrid. 1946. Pág. 541ss.

Así, la libertad de industria y de oficio llevaron al gremio a convertirse en una *pesada carga*¹⁸, dando lugar, junto con la ley de 24 de julio de 1873 (encabezada por Eduardo Benot), sobre el trabajo de los talleres y la instrucción en las escuelas de los niños obreros de ambos sexos, al inicio de la legislación obrera¹⁹.

De esta manera, y si bien todas las épocas de la historia han contenido en cierto modo relaciones “*perilaborales*”²⁰, lo cierto es que, hasta la llegada de los primeros intentos codificadores no puede hablarse de un verdadero derecho del trabajo. Y este hecho suponía, además, que la posibilidad de que un trabajador decidiera por su cuenta extinguir la relación laboral fuera poco más que una utopía, teniendo en cuenta la sumisión debida al maestro.

La codificación supuso de esta forma un ingente esfuerzo por concentrar la producción legislativa en manos del Estado, en detrimento de los juristas, transformando al antiguo intérprete de la ley, en *simple exégeta*²¹.

A continuación destacaré los que, desde mi punto de vista, fueron los cuerpos normativos más relevantes desde la perspectiva de la extinción por voluntad del trabajador.

1.1.1. Proyecto de CC. de 1821

Como ya se ha comentado, en un principio las relaciones de trabajo eran reguladas desde un punto de vista civilista, en el que las partes eran contempladas en la legislación como iguales, y en las que ambas establecían un convenio de obligaciones recíprocas sin que existiera diferencia alguna entre ellas.

¹⁸ BAYÓN CHACÓN, G.: *La autonomía de la voluntad en el derecho del trabajo : limitaciones a la libertad contractual en el derecho histórico español*. Ed. Tecnos. Madrid. 1955. Pág.306

¹⁹ QUIRÓS SORO, M.F.: *La extinción del régimen gremial*. En *Trabajo, Contrato y Libertad*. Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol. Coords. GOERLICH PESET, J.M. y BLASCO PELLICER, A. Universitat de València. 2010. Pág.457

²⁰ ALEMÁN PÁEZ, F. y CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S.: *Del trabajo como hecho social al contrato de trabajo como realidad normativa: un apunte histórico-romanístico*. Ed. Dykinson. Madrid. 1997. Pág.71. PURCALLA BONILLA, M.A.; JORDÀ FERNÁNDEZ, A.: *Las relaciones laborales en España hasta la Constitución de 1978*. Ed. Dykinson. Madrid. 2007. Pág.33.

²¹ CARONI, P.: *Lecciones de historia de la codificación*. Universidad Carlos III. Madrid. 2013. Pág. 59.

Sin embargo, la realidad mostraba una situación de preponderancia por parte de uno de los contratantes que se beneficiaba del tratamiento civilista que el legislador daba a este tipo de relaciones. Así, las primeras normas laborales estaban contenidas en la legislación civil.

El proyecto de Código Civil de 1821 fue, probablemente, uno de los primeros cuerpos normativos en que se valoró más específicamente la relación entre trabajador y empresario desde el punto de vista de la dependencia y la ajenidad, si bien quedó aún muy lejos de considerar a tales vínculos, como a los que ahora se conocen.

Al respecto, y por lo que al tema de este trabajo refiere, su articulado disponía que “*los convenios por los que se obliga uno a prestar a otro un servicio personal honesto, o gratuitamente, o en virtud de recompensa determinada que tiene un valor*”, “*son por su naturaleza temporales*” (arts.456 y 457). De los citados artículos se extrae el hecho de que todos los contratos tenían fecha de finalización.

Sin embargo, lo relevante de este texto, en lo que a la rescisión del contrato se refería, fue que obviaba la dimisión *ad nutum*. Por el contrario, la extinción por cualquiera de las dos partes amparada “*en cosa sustancial*” (art.460) ofrecía un amplio abanico de posibilidades, dado que no existía una lista cerrada de motivos.

Respecto de esta norma son interesantes dos cuestiones:

- Pese a no reconocer la dimisión sin causa, sí asumía que podía darse ya que, en su artículo 459 quedaba estipulada una indemnización a favor de la contraparte, en caso de que uno de los dos sujetos finalizará la relación con anterioridad al plazo fijado. Esta situación de no regulación acompañada de una velada aceptación se dará en adelante en multitud de ocasiones y se acentuará en el ámbito del abandono del puesto de trabajo.

- A pesar de que la justa causa era motivo de extinción del contrato, no cabía la posibilidad de exigir una indemnización por daños y perjuicios (al menos no se desprendía del tenor literal del articulado). Es importante resaltar que, lo que en mi opinión fue un claro error, quedó subsanado posteriormente en el ámbito civil en lo que hoy es el artículo 1124CC en que se da a la persona que extingue con anterioridad y sin motivo que justifique el incumplimiento, la posibilidad de retractarse y cumplir con sus obligaciones o la de realizar el pago de una indemnización en concepto de daños o perjuicios causados.

Respecto de la historia de este proyecto ha de resaltarse que fue uno de los primeros, sino el primer, esfuerzo codificador que tuvo lugar tras las Cortes de Cádiz en que Espiga y Gadea propuso la designación de varias comisiones de reforma legislativa, una de las cuales tuvo la misión de redactar un esbozo de código civil en base a la necesidad de desarrollo legislativo plasmado en el artículo 258 de la Constitución de 1812. A estas alturas, la Novísima Recopilación de 1805 adolecía ya de muchos defectos heredados del antiguo régimen.²² La reacción absolutista de 1814 impidió fructificar dicho esfuerzo, que se retomó con la reforma liberal de 1820. Este año se nombró una comisión que, ya para 1821, pudo presentar el proyecto, quedando truncado nuevamente por la reacción absolutista de 1823. Su precursor fue Nicolás María Garelli y destacó por su amplitud alejada de otros modelos de la época que se dedicaban a calcar el Code francés de 1804. En cualquier caso, más tarde en 1832 se publicaría el proyecto particular de Gorósabel; y en 1834, el redactado por Fernández de la Hoz, que tenían su origen en este texto.

No obstante, y si bien es cierto que, hasta la llegada de las primeras normas laborales, lo lógico era el análisis de los preceptos civiles, lo cierto es que, mucho antes de promulgarse el primer Código Civil, fueron redactados y entraron en

²² PESET, M.; GARCÍA TROBAT, P; CORREA, J.; PALAO, J; MARZAL, P Y BLASCO, Y.: *Historia de las Constituciones y los Códigos*. Valencia. 1997. Pág. 84.

vigor dos Códigos de Comercio en 1829 y 1885. En ellos aparecen figuras que pudieran asimilarse a las actuales relaciones laborales, tales como los auxiliares de comercio o las relaciones entre factores y mancebos de comercio. Respecto de estos últimos los artículos 196-199 del propio CCom. de 1829 facultaban a ambas partes a la finalización del contrato de forma libre, si bien habían de preavisar con un mes de antelación.²³

Sin embargo, la redacción de este proyecto supone un gran avance fácilmente reconocible por sus novedosos planteamientos derivados del liberalismo francés, pues contenía una relación de derechos y deberes *superior y dependiente* que introducían el concepto de ajenidad y que abogaban por la completa libertad de las partes. De este modo, si bien no se reconocía expresamente la dimisión *ad nutum*, sí era contemplado, siquiera veladamente. Lamentablemente, ésta visión no se trasladaría a ulteriores proyectos y, lo que fue más grave, al Código Civil aprobado en 1888-89.

1.1.2. Proyecto de CC. de 1851

El nuevo intento codificador significó, en el ámbito de la extinción una clara continuación de su antecesor. En concreto, se mantuvo la concepción de un arrendamiento de servicios (como se denominaba entonces) que “*no puede contratarse sino para cierto tiempo o para obra determinada*” (art.1524 del proyecto). Este precepto, pese a ser algo más ilustrativo que el del Proyecto de 1821 venía a mantener la temporalidad de cualquier vínculo asimilable a la actual relación laboral.

Del mismo modo, “*antes de la llegada del término pactado, los trabajadores no pueden despedirse ni ser despedidos sin justa causa*”. En este sentido, el artículo 1528 volvía a impedir el juego de la dimisión *ad nutum* o sin causa al entender que todos los contratos, en su condición de temporales, no podían ser finalizados

²³ ÁLVAREZ GIMENO, R.: *La extinción causal por voluntad del trabajador*. Ed. Comares. Granada. 2012. Pág.17.

con anterioridad a la fecha fijada. Dada la reiteración del articulado respecto de los errores cometidos en el anterior proyecto las consecuencias fueron similares.

Por lo que a la dimisión se refiere:

- Cabía la dimisión causal en cualquier momento pero seguía sin corresponder al perjudicado la indemnización por daños y perjuicios.
- La extinción unilateral sin causa no era una opción. El hecho de utilizar esta práctica y finalizar la relación jurídica antes de lo estipulado significaba, automáticamente, la generación del derecho a una indemnización por daños y perjuicios respecto de la otra parte.

Conviene igualmente el situarse en la época de la que se está hablando. El proyecto en cuestión se engloba a mitad del Siglo XIX en España, probablemente una de las décadas más convulsas para los gobiernos del Estado durante el mandato de Isabel II. En naciones como Inglaterra o los Países Bajos comenzaban a emerger los movimientos sindicales que tratarían de mejorar estas condiciones laborales. Sin embargo, estas realidades no llegarían hasta finales de siglo a nuestro país, cuyo primer sindicato data de 1888. No obstante, sí puede argumentarse una mejora sustancial respecto al proyecto anterior, enmarcada en el artículo 1528CC, que anuncia el hecho de que *“el contraventor será condenado a la indemnización de daños y perjuicios”*. Es importante además, destacar la expresión *“será condenado”*, en relación con la posible indemnización, como un imperativo en lugar del *“podrá ser”* que se utilizó en otros textos legales de la época y que dejaba al arbitrio del juez la posible condena, aun declarando la no causalidad de la extinción de un contrato.

En 1843 se creó la Comisión General de Códigos que en 1851 fue la encargada de aportar este proyecto, probablemente el más ambicioso de cuantos se hicieron hasta entonces. Lamentablemente, la iniciativa no llegó a materializarse en Ley dado que el principal objeto del texto, la propiedad de la tierra y el derecho foral, generó una gran controversia entre los diferentes territorios de la península, por

lo que debió acudir al desarrollo legislativo específico apareciendo la Ley de Mon Santillan y otras como las de Aguas o Mina.

1.1.3. Proyecto de Alonso Martínez de 1855

Con tan solo cuatro años de diferencia del anterior proyecto, debe entenderse en el mismo contexto histórico de dificultad social y laboral en los inicios de la revolución industrial. En concreto su autor, Alonso Martínez, redactó este proyecto pensando en la industria manufacturera y textil que ocupaba un gran porcentaje del producto interior bruto.

Fue un proyecto muy criticado pues no sólo no supuso avance alguno respecto de la dimisión sino que, por su tenor literal, se convirtió más en una complicación que en una mejora. Del tenor de su articulado se deduce de nuevo la temporalidad de las relaciones contractuales, si bien dicha condición se extraía del hecho de que pudieran pactarse “*por día, mes o año*” (art.3).

Al respecto de la dimisión, nada más se decía por lo que, no sólo parecía complicado deducir la posibilidad de acudir a la extinción sin causa, sino que además resultaba complejo reconocer la existencia de la dimisión causal. La práctica, no obstante, mantuvo las tesis de la legislación precedente y de los proyectos al permitir la extinción causal sin que, en principio, existiera el derecho a una indemnización por daños y perjuicios derivada de los posibles incumplimientos.

1.2. Segunda mitad del siglo XIX

Del proyecto anterior a los primeros coletazos del S.XX se produce un claro déficit de legislación en lo que al aspecto que ocupa a este trabajo se refiere. Dicho fenómeno se produce por el hecho de que España está inmersa en la implantación del liberalismo, y existen continuos cambios de Gobierno, con la salvedad de un período prolongado de ejecutivos liberal-moderados a mediados de siglo. En cualquier caso, la reforma agraria liberal (con las tan conocidas desamortizaciones), la reforma fiscal impulsada por Alejandro Mon en 1845 y la

construcción de la red ferroviaria son algunos de los hechos más relevantes en esta etapa. A partir de la Ley General de Ferrocarriles, publicada en 1855, se realizaron varios Reales Decretos entre los que podemos destacar el de 8-9-1878 y el de 15 de febrero de 1901, que hablaban en su mayoría de la cesión de trabajadores para la realización de las obras entre empresas²⁴. Pero sobre todo, y en lo que a la extinción se refiere, la gran novedad es que comienza a hablarse de relaciones laborales de carácter indefinido y se reconocía a las partes la posibilidad de desistir de la relación laboral observando unos determinados plazos de preaviso. Sin embargo, la justa causa sólo operaba a favor del empresario y, en este caso, se eliminaba la condición de preaviso.

1.3. Código Civil 1888-1889

El texto normativo al que se refiere este apartado sigue hoy en día vigente. Fue aprobado a finales del Siglo XIX por las Cortes Generales del Gobierno presidido por Mateo Sagasta. España se encontraba inmersa en los llamados “turnos pacíficos” en que liberales y conservadores se repartían el poder alternativamente. La Restauración del régimen monárquico tras el pronunciamiento de Martínez Campos tuvo que hacer frente a la expansión de los movimientos sociales, al cuestionamiento del dominio español en las Antillas y en el pacífico y, finalmente, a las nuevas propuestas nacionalistas nacidas desde el País Vasco, Galicia y Cataluña.

Desde un punto de vista jurídico, la Constitución Española de 1876 apuntaba en su artículo 75 que unos mismos códigos deberían regir en toda la Monarquía, si bien hacía referencia a la posibilidad de que las diferentes leyes introdujeran modificaciones (en clara alusión a los emergentes movimientos nacionalistas).²⁵ El mandato constitucional, unido a cierto aperturismo al respeto de los derechos

²⁴ ALBIOL MONTESINOS, I. “Otras disposiciones” en “La resolución del contrato de trabajo por el trabajador”. Valencia.1973. p. 27 a 35 (Escuela Social de Valencia)

²⁵ TOMAS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho Español*. Ed. Tecnos. Madrid. 2002. Pág.547

forales encarnado en el Decreto de 2 de febrero de 1880, del ministro Álvarez Bugallal, hizo posible el comienzo del proceso de negociación.²⁶

DÍEZ PICAZO Y GULLÓN²⁷ tratan de explicar que las motivaciones que llevan a la creación de un código civil son, entre otras:

- La reducción y síntesis del material normativo cuando éste se hace extremadamente amplio y confuso. Incluso podría decirse que es una ordenación del derecho, simplificándolo, y dotando de mayor facilidad de comprensión, tanto al jurista como al lego en derecho.
- La dotación de mayor seguridad jurídica en los negocios conociendo exactamente qué y en qué momento debía aplicarse un derecho u otro.
- Finalmente, se recoge la idea de codificación como forma de progreso y de implantación del liberalismo económico.

Respecto a su recepción, es curioso que la mayoría de civilistas de la época fueran especialmente críticos con la obra independientemente de su predisposición ideológica por su afrancesamiento o por su centralismo y que, hoy en día permanezca vigente, destacándose incluso la facilidad con que sus preceptos han sido divulgados al ciudadano de a pie.²⁸ En realidad, incluso el Senado, en la Comisión encargada de su defensa, lo valoró de forma negativa por no ajustarse a los tiempos en que se redactó ni a las necesidades de la época tal y como recuerda ESCUDERO.²⁹

En lo referente al derecho del trabajo debe hablarse, sin duda, del Libro IV referido a las obligaciones y contratos. Dado que en esta época todavía no existe una regulación laboral específica, es importante resaltar que el Código Civil exige, para la validez de los contratos, que exista consentimiento, objeto y causa.

²⁶ PESET, M.; MORA, A.; CORREA, J.; GARCÍA TROBAT, P; PALAO, J; MARZAL, P Y BLASCO, Y: *Lecciones de Historia del Derecho*. Valencia. 2000. Pág. 356

²⁷ DÍEZ-PICAZO, L Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil* V1.Ed: Tecnos. 11ªEdición.2003.Madrid

²⁸ GACTO FERNÁNDEZ, E.; ALEJANDRE GARCÍA, J.A. Y GARCÍA MARÍN, J.M.: *Manual Básico de Historia del Derecho (Temas y analogía de los textos)*. Madrid. 2006. Pág. 438

²⁹ ESCUDERO, J.A.: *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-administrativas*. Madrid (Gráficas Solana).1995. Pág.904

Del mismo modo, permite que los contratantes pacten aquello que estimen conveniente con el único límite del 1255CC.

Por lo que al objeto de estudio se refiere, el artículo 1256 de nuestro Código Civil estableció que el cumplimiento de un contrato no podía quedar al arbitrio de una de las partes, por lo que debe deducirse que no cabe la extinción sin causa. Este precepto será, como podrá observarse más adelante, el caballo de batalla de la justificación de la dimisión sin causa. De hecho, los artículos 1290-1299CC darán un indicador de aquellos motivos por los que pudiera facultarse a una parte a la rescisión. No ha de olvidarse que se trata de un derecho para la globalidad de los contratos sin hacer distinciones por su objeto.

Pero si existía alguna duda de la regulación por parte del ámbito civil de lo relativo a las relaciones laborales, el ordenamiento jurídico encargó de dejar una prueba de ello en los, paradójicamente aun vigentes, artículos 1584-1587CC. En ellos se regulan las relaciones entre los criados y sus amos y, en general, la de todo el personal asalariado.

No obstante, y como es natural dada la especialización del derecho y la aparición de los códigos laborales, estos artículos perdieron ya hace mucho su valor, no siendo ahora más que parte de la historia del derecho.

En cualquier caso, sirven de ayuda a la hora de valorar la posibilidad de que los contratos de trabajo pudieran ser determinados o indeterminados, pero siendo nula la relación pactada *por toda la vida*.

En concreto, queda patente la posibilidad del criado de *despedirse* y *ser despedido*. En el primero de los casos de una forma completamente libre y, en el segundo, con derecho a una indemnización correspondiente a las deudas salariales del mes en que fue despedido más quince días de salario.

No obstante, se hace una clara distinción pues en los supuestos relativos a la contratación de trabajadores para obra o servicio determinado, éste no podrá cesar de sus funciones salvo por causa justificada.

1.4. Nuevos planteamientos

Tras la promulgación del Código Civil y cercano el inicio de un nuevo siglo subyace el hecho de que el camino paralelo que se dio entre la Revolución Industrial y las nuevas ideas liberales desembocó en una regulación más moderna, pero dedicada en gran parte a la mejora de las condiciones empresariales, más que a los derechos de los trabajadores. Se considera, en palabras de ROMAGNOLI³⁰, que la actividad laboral era tan solo un *medio de disposición o goce de la propiedad*. En el Código Civil, sin ir más lejos, se trata el sistema de trabajo de criados y de mancebos si bien, en general, las regulaciones van encaminadas a profesiones en que una persona pone su capital a disposición de los intereses de otro, tales como los herreros o albañiles, que utilizan sus propios medios de producción para la satisfacción de una obra, de la que no pueden cesar sin justa causa.

Sin embargo, con los nuevos movimientos sociales, la aparición de los sindicatos y la movilización de la clase trabajadora, el legislador se vio obligado a redactar una normativa más específica ya que existía una gran desproporción entre la normativa aplicable al empresario y el arrendamiento de obra o servicio, como se denominaba entonces, y que era ciertamente necesaria para regular la relación entre los asalariados de la industria y los empresarios.³¹

La conclusión que debe extraerse es que en el siglo XIX el Derecho del Trabajo quedó relegado a medidas de tipo social, casi de mínimos referidos a supuestos extremos, tales como la Ley de 24 de julio de 1873, prohibitiva del trabajo de menores de diez años y de 26 de julio de 1878, en el mismo sentido. Respecto de la extinción, la normativa era claramente dispar y continuaba siendo observada desde un punto de vista civilista, hecho que suponía la aceptación de la extinción causal, como en cualquier contrato civil, y la ignorancia de la extinción *ad nutum*

³⁰ ROMAGNOLI, U.: *El Derecho, el Trabajo y la Historia*. Consejo Económico y Social. Madrid. 1997. Pág.55

³¹ CARNELUTTI, F.: *Infortuni sul lavoro*. Studi. Roma. 1913. Pág.XII del prefacio.

que, si bien no estaba regulada, sí se desprendía de la redacción de algunos preceptos.

La diferencia entre el ordenamiento civil y el laboral es que este último va más allá de la relación patrimonialista que se establece entre las partes, llegando a darse un contenido casi ético y moral³². Así, tanto en el ámbito dimisorio, como en el del Derecho del Trabajo en general, resultaba necesaria una regulación acorde con la realidad del nuevo ordenamiento.

En realidad, el Derecho del Trabajo nace para paliar las desigualdades que el paradójicamente igualitario sistema liberal había producido. El abstencionismo de los diferentes gobiernos de turno propició que los empresarios contrataran en base a lo dispuesto en el Código Civil, obteniendo todas sus ventajas, tales como el libre desistimiento o la temporalidad de la relación, atendiendo a las características del arrendamiento de servicios. Sin embargo, a principios del siglo veinte la situación era ya insostenible. Con el sistema de fabricación en serie en pleno auge y los “*salarios de hambre*”³³ acuciando a los trabajadores, se hacía necesaria una nueva regulación que contemplara las diferencias entre empleados y empleadores.

1.4.1. Proyecto de LCT de 11-5-1905

Por primera vez en este proyecto se reconoce abierta, y no veladamente, la posibilidad de un contrato por tiempo indefinido, si bien se establecen causas distintas de extinción para uno u otro caso. En concreto, para la extinción en el caso de contratos de duración indefinida, no se requería justa causa, ni tampoco un determinado período de preaviso por lo que, si bien el reconocimiento suponía un adelanto, no es menos cierto que tan laxa regulación de la extinción, en lo

³² PÉREZ BOTIJA, E.: *Naturaleza jurídica del Derecho del trabajo*. Madrid. 1943. Citado por BORRAJO DACRUZ, E.: *Introducción al Derecho del trabajo*. Vigésimo Segunda edición. Ed. Tecnos. Madrid. 2013. Pág. 95.

³³ MEDINA CASTILLO, J.E.: *Crisis de la sociedad salarial y reparto del trabajo*. Ed. Comares. Granada. 1999. Págs.46-47.

referido a preaviso y daños y perjuicios, recuperaba las dificultades anteriormente comentadas.

Dicho planteamiento es desarrollado con meridiana claridad por SOSA MANCHA³⁴, la cual expone que, de acuerdo con la redacción de la norma, si las partes deciden no poner fecha de término al vínculo, éste podrá ser extinguido en cualquier momento, mientras que si así lo hicieran, tan sólo podría darse por causas determinadas. De lo contrario, se estaría ante un claro incumplimiento del contrato.

El art.22 del proyecto LCT disponía que: *“Cuando no se hubiese fijado plazo para la duración del contrato, éste podrá rescindirse (...), por voluntad del operario”*. De otro lado, el artículo 24 indicaba que *“de igual modo ha de anunciar el obrero su propósito de rescindir el contrato ocho días antes de abandonar el trabajo. El obrero podrá, sin embargo, despedirse en cualquier momento, abonando al patrono el jornal correspondiente a ocho días”*. Por tanto, debe concluirse que la extinción por parte del trabajador cabe en las dos modalidades hoy vigentes (con y sin preaviso). Sin embargo, es curioso que en este aspecto sí fuera posible la dimisión pero no el despido con preaviso.

Así, es desde este momento que, en realidad, puede identificarse el objeto de este trabajo de investigación, es decir, la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador en sus dos ámbitos: con y sin causa justificada. Aun con todo, la enumeración de las posibilidades rescisorias era deficiente, dado que las supuestas causas se remitían única y exclusivamente a la muerte e incapacidad del trabajador y a la fuerza mayor. Por este motivo, se trató realmente de un avance palpable, a pesar del enunciado genérico *“cuando no se hubiere fijado plazo...”* y lo restrictivo de las causas.

Y ello porque, además, en dicho proyecto se reconoce por vez primera la posibilidad, en la normativa laboral, de rescindir el contrato de trabajo por la

³⁴ SOSA MANCHA, M.T.: *La emergencia del contrato de trabajo. (La codificación y los proyectos de Ley de Contrato de Trabajo: 1821-1924)*. Ed. Civitas. Madrid. 2002. Pág.241

mera voluntad del trabajador. Este precepto suscitó no pocas polémicas por su confrontación con el artículo 1256CC del que se ha hablado con anterioridad y que será desarrollado al estudiar la naturaleza jurídica de la dimisión. Más aún, el citado artículo 24 contempla también una nueva figura, la del preaviso, que será analizada de manera específica.

Profundizando en el ámbito de la extinción causal, de especial relevancia fueron los artículos 26 y 28 de la norma. En realidad, es curioso que, si bien con una redacción un tanto desordenada, pueden identificarse perfectamente los motivos del actual 50.1.a) y b) ET, al resaltar como motivos que habilitaban al trabajador a la extinción del contrato de trabajo, los malos tratos o injurias o las modificaciones del Reglamento establecido al celebrarse el contrato o la falta de puntualidad y pago en el salario. La falta de una cláusula de cierre como la actual es fácilmente explicable si se atiende al tenor del articulado, que pretende tasar concretamente las causas que habilitan la extinción. La visión indemnizatoria, contenida en el artículo 28, es claramente civilista, pues observa una indemnización por los *perjuicios que se irroguen por el cumplimiento de las obligaciones contraídas*. Pero tal indemnización supone igual cantidad sin importar quién haya producido el incumplimiento. Además, considero una gran novedad la irrenunciabilidad de los derechos indemnizatorios que hace el artículo 29, para aquellas cantidades derivadas del incumplimiento del contrato o de accidentes de trabajo.

En cualquier caso, y pese a lo dicho, cabe concluir, respecto de este proyecto, que suponía un claro avance en que el “operario” poseía dos formas de rescindir su contrato: voluntariamente y sin causa. La diferencia radicaba en el uso o no del preaviso, opción que no tenía el empresario, y que eximía al trabajador de la obligación de pagar una indemnización.³⁵

³⁵ SOSA MANCHA, M.T.: *La emergencia del contrato de trabajo. (La codificación y los proyectos de Ley de Contrato de Trabajo: 1821-1924)*. Ed. Civitas. Madrid. 2002. Pág.347

Entre la redacción de este Proyecto y el primer Código del Trabajo (1926) se produjeron otros intentos de legislar que, si bien no tuvieron tanta importancia, sí dejaron algunas notas características.

1.4.2. Otros proyectos previos al Código del Trabajo de 1926

Entre ellos, es importante apuntar que en el proyecto de 1908, la distinción que se contenía en el realizado en 1905 para la extinción en función de quién lo promoviera, empresario o trabajador, había ya desaparecido dejando lugar a un artículo 9 en que se aunaban ambos sujetos: “*cualquiera de las partes puede rescindir libremente el contrato, denunciándolo con ocho días de antelación...*”. Además, se renunció en este precepto al término preaviso, sustituyéndolo por el de denuncia. Pero sobre todo, la diferencia radicó en la eliminación de la diferenciación entre la modalidad contractual de duración determinada e indeterminada, por lo que la rescisión *ad nutum* era reconocida ya en cualquier caso.

Además, se incluyó el término denuncia, como el acto que ponía efectivamente fin al contrato, dejando el concepto de preaviso como aquel dedicado a atenuar los efectos lesivos para con la otra parte.

Sí resultaba más complejo el artículo 10, en que quedaba regulada la extinción causal “*sin indemnización*”. Su análisis resultó ciertamente complejo puesto que es complicado de entender que si se ha producido un daño, éste no sea susceptible de ser subsanado. Sin embargo, y aunque se trata de una interpretación bastante rebuscada, se llegó a la conclusión de que, cuando se refería a “*sin indemnización*”, se hacía referencia a la otra parte, esto es la incumplidora, que no iba a recibir cantidad alguna por el hecho de que la contraparte finalizara anticipadamente el contrato, dado que existía justa causa.³⁶

Finalmente, un último apunte nos lleva al Proyecto de 1919 que, en mi opinión, se aleja ligeramente de lo establecido en sus predecesores. Se abandona la regulación conjunta de empresarios y trabajadores respecto del despido o

³⁶ SOSA MANCHA, M.T.: *La emergencia del contrato de trabajo...* Pág.359

dimisión sin causa, para adoptar una nueva regulación. Según dicho texto (art.91), el trabajador no podía rescindir su contrato sin alegar motivo alguno. Sin embargo, no se especificaba consecuencia directa de dicha actuación por lo que, al contrario que lo que ocurría con la figura del empresario, cuya conducta llevaría aparejada el pago de una indemnización, una actuación contraria al citado artículo 91 por parte del trabajador no provocaría un deber de restitución en el empleado, o al menos, no de forma automática, lo que lleva a la conclusión de que, para obtener el resarcimiento del daño, éste debería ser probado por el empresario.

Sin embargo, el patrono sí había de satisfacer los salarios devengados hasta la terminación del contrato, lo cual en sí no es una indemnización, sino el cumplimiento de las deudas contraídas.

Respecto de la extinción causal, y a diferencia de lo que ocurría con la dimisión, la regulación recuperaba el mencionado paralelismo puesto que, ante el incumplimiento de una de las partes, la otra estaba facultada para resolver sin la obligación de indemnizar, existiendo cuatro motivos exclusivamente, si bien en algunos casos, como el de la modificación del Reglamento anterior al contrato, con un contenido muy amplio.

1.4.3. Regulación dimisoria en el Código del Trabajo de 1926

Si algo caracterizó a este cuerpo legal fue su ánimo de englobar en una sola norma toda la dispersa y contradictoria regulación laboral³⁷. Debe situarse su contenido en la segunda etapa de Gobierno de Primo de Rivera en un período ciertamente convulso durante el directorio civil. En este sentido, el artículo 18 señala que “*el contrato de trabajo, cualquiera que sea, durará el tiempo estipulado*”. Contempla además el hecho de la falta de regulación, ya sea temporal o indefinida. En concreto, y salvo el caso de prueba de costumbre en

³⁷ VV.AA. *Compendio de Derecho del Trabajo*. 5ª edición. Ed. Tirant lo Blanch. Tomo I. Valencia. 2010. Pág.27. El legislador español se basó, para la redacción de este Código, en las nuevas ideas autoritarias procedentes de la Italia de Mussolini y en las teorías más tarde expuestas en obras como de autores como AUNOS PÉREZ, E: *Las corporaciones del trabajo en el estado moderno*. Juan Ortiz. Madrid. 1928.

contrario, “*se entenderá concertado: por día, cuando la remuneración sea diaria, aun cuando su pago se efectúe por semanas o quincenas; por meses, cuando la remuneración sea mensual, y anual si es por años*”.

Ello no ha de conducir a la conclusión de que, de nuevo, desaparece la idea del contrato por tiempo indefinido, a pesar de que sólo se alude a la duración en relación al periodo de retribución de salarios. Y ello por dos motivos:

- En primer lugar, porque la intención del legislador era, en principio, la protección del trabajo, y parece responder más a una omisión involuntaria o no premeditada, que a una facilidad para la destrucción de empleo. Puede observarse esta circunstancia en el hecho de que, el artículo 1586CC, exigía una justa causa a la hora de extinguir un contrato, y así lo reflejo el artículo 20 del Código de Trabajo. Sin embargo, no cabe duda de que la seguridad de la “justa causa” viene limitada por la finalización temporal del contrato³⁸.
- Y en segundo lugar porque el artículo 11 sí hacía referencia a la posibilidad de celebrar contratos “*sin tiempo fijo, por cierto tiempo o para obra o servicio determinado*”.

Los artículos 21 y 22 del texto, por su parte, enfocarán el concepto al que se refiere la denominada “*justa causa*”. En cualquier caso, no parece deducirse del cuerpo de la norma la habilitación, ya sea expresa o tácita, para hacer uso del libre desistimiento. Y, por si ello no fuera suficiente, ante un incumplimiento contractual del empresario, el trabajador puede resolver el contrato, pero no pretender también la indemnización de daños y perjuicios, como resultado de la exclusiva aplicación del artículo 1124CC.³⁹

Concluyendo, han de separarse los análisis del contrato temporal y el indefinido. El Código tan sólo hacía referencia al primero impidiendo su ruptura previa a salvo de los casos del artículo 22 o de soportar el pago de una indemnización en

³⁸ ALARCÓN Y HORCAS, S. *Código del Trabajo*. Madrid. Manuales Reus. 1927

³⁹ ALBIOL MONTESINOS, I. “*Otras disposiciones*”... 1973 Págs. 49-50 de la obra

base al 1101CC. Para paliar esta omisión, la práctica llevó a la aplicación del artículo 302 del Código de Comercio. Sin embargo, apunta RODRÍGUEZ SANTOS, el problema derivó de la naturaleza de la norma, mercantil, que imposibilitó una aplicación generalizada del precepto.⁴⁰ Pero dejando la legislación mercantil aparte, lo cierto es que, como ya había ocurrido en intentos normativos anteriores, los contratos temporales o de obra sólo podían rescindirse mediando justa causa, a diferencia de los indefinidos, en que sí cabía una verdadera opción dimisoria.

En realidad, y pese al ambicioso intento regulador, existen ciertas carencias en lo relativo a los preceptos relacionados con el contrato de trabajo, probablemente por la voluntad de abarcar todos los supuestos posibles. Además, y como recuerda MONTOYA MELGAR, el auge laboral de los años veinte llevó al legislador a intentar velar más por el mantenimiento de los puestos de trabajo, por encima de la calidad de los mismos.⁴¹

El máximo mérito de esta nueva codificación es el de situar los conceptos de dependencia y ajenidad para definir las relaciones laborales, diferenciándolas de una vez por todas de las de tipo civil. Sin embargo, se engloba dentro de una época de intervencionismo extremo en que se establecieron como principios reguladores de los conflictos laborales el orden, la jerarquía y la autoridad laboral.⁴²

1.5. Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931 y de 6 de noviembre de 1941

Llegados a este punto, puede hablarse ya de un verdadero cuerpo normativo específico, una vez superada la idea de querer reunir en un único texto toda la

⁴⁰ RODRÍGUEZ SANTOS, E. *La extinción de la relación laboral por dimisión del trabajador*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. 2007.

⁴¹ MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009)*. Ed. Civitas. II Edición. Pamplona. 2009. Pág.166. Esta situación se ve fortalecida por la crisis del sistema Canovista y la debilidad de los sindicatos y la clase obrera, con escaso poder negociador. SECO SERRANO, C.: *Alfonso XIII y la crisis de la Restauración*. Ed. Ariel. Barcelona. 1969. Pág.157

⁴² RD Ley de 26 de noviembre de 1926 sobre la Organización Corporativa Nacional.

compleja legislación laboral. Es una de las primeras leyes de la etapa republicana, y por vez primera se establece una lista de causas que habilitan la resolución del contrato de trabajo (no ha de olvidarse que la mayoría de textos anteriormente estudiados pertenecían a proyectos de ley que no llegarían a ver la luz). Así, por lo que se refiere a la extinción por voluntad del trabajador, se prevén cuatro causas, a saber:

- *“la falta grave al respeto y consideración debidas, o malos tratamientos por parte del patrono, de sus representantes, de sus obreros o de sus dependientes;*
- *exigirle el patrono trabajo distinto del pactado, salvo los casos de urgencia prescritos en esta ley;*
- *modificación del reglamento establecido para el trabajo al celebrarse, o incumplimiento del mismo”*.⁴³

Sin embargo, a lo largo de este recorrido normativo desde el siglo XIX queda de manifiesto el problema que suponía la resolución causal sin derecho a indemnización. A tal efecto, uno de los mayores éxitos de esta Ley queda reflejado en el artículo 56 que, en su apartado 3 venía a exponer lo siguiente: *“los despidos por motivos imputables al trabajador extinguen el derecho a vacaciones retribuidas. No así los que puedan imputarse al patrono, caso en el cual éste habrá de indemnizar a aquél con los jornales correspondientes a los días de vacación que debiera disfrutar, independientemente de cualesquiera otras indemnizaciones que procedan”*.

Además, se incluyó un precepto que aún hoy, si bien con matizaciones, permanece en nuestra legislación laboral. Al hablar del artículo 51 de la Ley de Jurados Mixtos de 1931, ALBIOL MONTESINOS⁴⁴ recuerda que *“si en el fallo se declarase que no existe causa que justifique el despido del obrero, en él se otorgará opción al patrono para que lo readmita o para que le abone la indemnización que haya fijado el Presidente, haciendo el uso que la Ley le*

⁴³ Art. 89.7. de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931.

⁴⁴ ALBIOL MONTESINOS, I. *“Otras disposiciones”*... 1973. Pág.51

concede sobre la cuantía de la indemnización”. A tal efecto, a la indemnización deberá añadirse el importe de los jornales correspondientes a los días de vacaciones no disfrutadas.

Esta situación suponía una clara vulneración del artículo 1256CC, puesto que se dejaba al arbitrio de una de las partes, el empresario, la decisión sobre la continuidad de la relación laboral, incluso aunque la infracción proviniera de esta parte. Supone sin duda el antecedente más claro del actual artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores y, pese a la situación desventajosa del trabajador (sin entrar en especificidades derivadas de derechos sindicales o de representación de los trabajadores en lo referido a permanencia que en este cuerpo normativo no son siquiera imaginables) parece quedar claro que la indemnización comentada anteriormente trata de equilibrar la balanza entre empresario y trabajador.

Concretando de este modo el tema principal de este proyecto, ¿qué posibilidades ofrecía al trabajador esta norma respecto del desistimiento unilateral sin causa previa? La respuesta parece clara, y de nuevo debe acudir a la Ley de Jurados Mixtos⁴⁵ que, en su artículo 58 impedía tal posibilidad. Pero no sólo lo impedía, sino que facultaba al empresario a dirigirse contra el trabajador pudiendo llegar a exigir daños y perjuicios si el patrono lograba demostrar el perjuicio causado. El preaviso, que más tarde se analizará de forma pormenorizada, será una solución intermedia que solucionará el conflicto en el futuro.

De este modo, y ante la supervisión del artículo 89.7LCT, el trabajador albergaba dos opciones que, en ningún caso, facultarían en principio una extinción *ad nutum*, si bien, como se ha apuntado anteriormente, podía deducirse de forma tácita. Así, el trabajador podría dimitir de su puesto de trabajo, en cuyo caso no obtendría indemnización alguna o, permanecer en él alegando incumplimientos. En esta segunda hipótesis sí entraría extrañamente la posibilidad de una

⁴⁵ Contenida en el Decreto de 7 de mayo de 1931 y finalmente promulgada como tal el 27 de noviembre del mismo año.

indemnización por daños y perjuicios. La dimisión causal con derecho a indemnización no tardaría ya en llegar.

En mi opinión, se trata de un texto que supone un receso respecto de los proyectos citados anteriormente. A pesar de las interpretaciones que se puedan hacer del tenor literal y los ajustes que la práctica hiciera posteriormente, la realidad es que el desistimiento unilateral por parte del trabajador no era una opción contemplada, mientras que la llevada a cabo por parte del empresario sí era viable. Más aun, recuerda HINOJOSA FERRER⁴⁶ que durante la época de aplicación de esta norma existió una relevante jurisprudencia que abogó por la no concesión de indemnización a los trabajadores despedidos sin causa en varios supuestos.⁴⁷ Es por ello que, pese a la coyuntura de la época y la realidad social tendente al aperturismo, considero que no se está ante un texto que avance en demasía respecto de la institución de la dimisión.⁴⁸

Sí lo hace, no obstante, en un ámbito muy cercano al objeto de este trabajo, como es el de la obligación de indemnizar ante un despido sin causa. En efecto se trata del paso previo a lo que, muchos años más tarde, sería conocido como despido improcedente y que no llegaría a las principales legislaciones laborales europeas hasta bien pasada la segunda mitad del siglo veinte⁴⁹. El trabajo fue considerado en el período republicano como una obligación social, estableciéndose además la libertad de elección de oficio, novedad ésta que sí guarda una estrecha relación con la extinción *ad nutum*.

⁴⁶ HINOJOSA FERRER, J.: *El Contrato de Trabajo. Comentarios a la Ley de 21 de noviembre de 1931*. Primera Edición. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1932. Pág.226

⁴⁷ STS de 27 de enero de 1927 (Gaceta de 27 de enero de 1927) en que se especifica que el despido sin causa ni preaviso no genera automáticamente la indemnización. STS de 26 de febrero de 1926 (Gaceta de 7 de diciembre de 1926) en la que se expone que, si no queda probada la costumbre del abono de indemnización del obrero despedido, aun sin motivo, no habrá de concederse.

⁴⁸ No opino lo mismo si se hace un análisis de la norma desde un punto de vista global, pues su espíritu, aunque con matices, fue incluso mantenido por la posterior legislación, no sólo por la legislación franquista, sino incluso hasta 1994 tal y como indica MONTOYA MELGAR: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009)*. Ed. Civitas. II Edición. Pamplona. 2009. Pág.279. Fue calificada de “obra excelente” por GALLART FOLCH, A. en *Derecho Español del Trabajo*. Ed. Labor. Barcelona. 1936. Pág.51.

⁴⁹ PURCALLA BONILLA, M.A.; JORDÀ FERNÁNDEZ, A.: *Las relaciones laborales en España hasta la Constitución de 1978*. Ed. Dykinson. Madrid. 2007. Pág.82

Por otra parte, un cambio vital aunque muy específico por su naturaleza, fue el que se produjo por la promulgación de la Ley de 6-11-1941, que modificaba el artículo 89 de la LCT de 1931. Dejando a un lado algunos cambios anecdóticos a efectos de este trabajo, debe destacarse en lo que al objeto del estudio se refiere, que se estableció un cambio sustancial en la variación del artículo citado y que, textualmente, afirmaba que *“cuando la causa de terminación del contrato individual de trabajo sea alguna de las comprendidas en este último número –el 7-, el Magistrado de trabajo, atendida la naturaleza del caso y las circunstancias que en el mismo concurran, podrá acordar el abono de una indemnización al trabajador, que fijará a su prudente arbitrio en la sentencia, sin que pueda exceder del importe del sueldo o jornal de un año”*.

Parece bastante claro el artículo al señalar la obligatoriedad de la sanción por daños y perjuicios ante un incumplimiento empresarial lo que, a fin de cuentas, otorgaba mayor seguridad jurídica ante este tipo de ilícito. Además, queda clara por fin la facultad de resolver unilateralmente el contrato por parte del trabajador. Es por ello que ante un incumplimiento del empresario, ya no existía el temor a represalias o posibles acciones judiciales. Mediante este apunte legislativo podemos ver una concordancia mayor con el artículo 1124CC que faculta la resolución y la indemnización del perjudicado.

Algunas de las características que devienen del estudio de la norma son:

- El Código Civil y la modificación de la Ley de Contrato de Trabajo incurren en una cierta contradicción ya que, mientras el primer texto faculta la indemnización sin trámite alguno; la Ley de 1941 exige que sea la Magistratura de Trabajo la que estipule tal compensación. De hecho, a la hora de fijar la indemnización, se insta a la Magistratura a atender al caso particular y *“a las circunstancias que en el mismo concurran”*, por lo que debe deducirse que, en ciertos casos, pudiera incluso no existir tal indemnización, en contra del Código Civil.

- Esgrime ALBIOL MONTESINOS⁵⁰ que está dentro de la normalidad de la normativa de obligaciones y contratos del Código Civil, el reconocimiento del “*prudente arbitrio*” del Magistrado a la hora de determinar la cuantía de la indemnización, siendo lo extraño que dicha cuantía quedé limitada por precepto legal con el máximo de un año, pues tal compensación puede ser menor que el perjuicio padecido por el trabajador, produciéndose un caso de desamparo o falta parcial de protección por parte de la administración de justicia. En cualquier caso, parece claro que, a pesar de todo, esta Ley supuso un gran avance en lo que a dimisión causal se refiere.

En cualquier caso, la etapa franquista va a caracterizarse por la sensible debilitación de la iniciativa del trabajador, que por otra parte se verá favorecido por la estabilidad de que gozará su puesto de trabajo⁵¹, hasta el punto de ser considerada por algún autor como de casi funcional⁵².

1.6. Ley de Contrato de Trabajo de 1944

Pese a provenir de momentos históricos bien diferentes (inicios de la II República y del Franquismo respectivamente), ambas leyes tienen muchos aspectos en común y en ciertos temas la LCT de 1944 es de carácter continuista. Sin embargo, a la hora de tratar la figura de la dimisión se cometió un error de graves consecuencias. De un lado el artículo 76.9LRJS habilitó sin más requisitos la extinción del contrato por voluntad del trabajador. De otro, el 78 estableció las causas que exoneraban del pago de la indemnización por daños y perjuicios y, finalmente, el artículo 81.5 apuntaba que “*si fuese el trabajador el que incumpliese el contrato abandonando el trabajo, el empresario tiene el derecho a exigirle el resarcimiento por daños y perjuicios*”. Por tanto, se estaba ante un

⁵⁰ ALBIOL MONTESINOS, I. “*Otras disposiciones*” en “*La resolución del contrato de trabajo...*”

⁵¹ RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: *Un modelo democrático de relaciones laborales*. En VV.AA. *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. 1977. Pág.15

⁵² Kahn-Freund, O.: *Das soziales Ideal des Reichsarbeitsgerichts*, en Thilo RAMM *Arbeitsrechts und Politik*. Luchterhand. 1966. Pág.192. Citado por RODRÍGUEZ PIÑERO, M: *Un modelo democrático...* pág.16

artículo que facultaba la dimisión *ad nutum*, un segundo que indicaba las únicas causas que exonerarían al trabajador del pago de una indemnización y, finalmente, de un tercero que decía que ante el abandono del trabajo, el empresario tenía derecho a tal indemnización. Por ello, y para evitar confusiones, se observó que, si a nadie podía imponérsele la obligación de trabajar, debía al menos justificar las razones de su marcha.⁵³

La diferencia con su predecesora es que en esta ocasión, finalmente, el legislador optó por la indemnización en caso de resolución causal, amparada en una resolución judicial. De hecho, *“cuando la causa de terminación de contrato individual de trabajo sea alguna de las comprendidas en el artículo 79, el Magistrado de trabajo, atendida la naturaleza del caso y las circunstancias que en el mismo concurren, podrá acordar el abono al trabajador de la indemnización prevenida en el párrafo anterior”*. Deben, sin embargo, realizarse a esta Ley y a sus preceptos, ciertas matizaciones.

- a) La indemnización es una potestad al arbitrio del juez que puede darse o no a juicio del Magistrado. La cuantía también es responsabilidad del mismo. Se atenderá a las circunstancias del caso para la determinación de la indemnización en atención al 1103 del Código Civil. El límite máximo será en cualquier caso, de un año de salario.
- b) Se tendrá en cuenta además, dice el art.81, la facilidad del trabajador para encontrar un nuevo acomodo laboral.

Lo relevante de esta Ley es que, al contrario que su predecesora (1931), no dejaba lugar a dudas respecto de la posibilidad del desistimiento unilateral. El artículo 76.9 LRJS de la norma habilitaba este supuesto como causa de extinción del contrato de trabajo. Es cierto que, a tenor de los artículos 78 y 81, ésta podía derivar en una indemnización por daños y perjuicios, pero también lo es que dicha sanción no era automática, y que para ello la empresa tenía que demostrar

⁵³ GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: *La terminación del contrato... pág.31.*

el menoscabo que se le hubiera causado. Así, en el objeto de este estudio, el paso de la LCT de 1931 a la de 1944 fue un claro avance legislativo como se encarga de recordar, comparando ambos cuerpos normativos, PÉREZ BOTIJA.⁵⁴

Como curiosidad, decir que uno de los problemas más relevantes de esta nueva legislación laboral se dio en base a lo que hoy en día es uno de los supuestos de extinción causal, esto es, la negativa a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones tras mediar sentencia judicial, en el ámbito del despido. En este sentido, la Orden de 23 de abril de 1942 establecía como consecuencia la nulidad del mismo. En cualquier caso, tal supuesto no fue correctamente subsanado hasta el posterior Decreto de 26 de octubre de 1956.⁵⁵

De este modo, debe concluirse que la regulación, aunque más completa, continuó siendo insuficiente, pues otorgó al órgano judicial un poder muy amplio cuya seguridad jurídica era discutible y que podía generar un resultado judicial favorable sin derecho a indemnización.

1.7. *Ley de Relaciones Laborales de 1976*

1.7.1. Contexto histórico

Se trata de un cuerpo legislativo que, por su encuadre temporal, responde a una época convulsa comprendida entre el fin de la dictadura y el comienzo de la democracia en España. Sin embargo, la complicada situación laboral, hizo necesaria esta reforma. Fue calificada por SERRANO MARTÍNEZ, como una norma “*de coyuntura*”, dada la precaria situación económica del Estado⁵⁶.

⁵⁴ PÉREZ BOTIJA, E.: *El contrato de trabajo*. Segunda Edición. Madrid. 1954. Pág. 238

⁵⁵ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L.: *El incidente de no readmisión*. Ministerio de Justicia. Madrid. 1989. Pág. 17 y ALMANSA PASTOR, J.M.: *El despido nulo*. Ed. Tecnos. Madrid. 1968. Pág.71

⁵⁶ SERRANO MARTÍNEZ, J.E.: *La Ley de Relaciones Laborales y la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. En *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*. Universidad de Madrid-Facultad de Derecho. Departamento de Derecho del Trabajo. Madrid. 1977. Cap.15. Pág.467-552 (468). Sin embargo, no debe entenderse, tal y como explica el autor, que el término “coyuntural” se refiere a su ámbito limitado en el tiempo, sino a que se trata de una norma “de coyuntura”. Más aun, el autor considera que el reconocer este el derecho a la extinción unilateral por parte del trabajador es otorgarle una facultad “vacía de contenido”, dado que el trabajador nunca decidirá llevarla a la práctica.

Aunque a dicha situación, obviamente, habría de sumarse la política que, en aquella etapa, fue tan importante como la primera.

Cabe recordar que la última Ley de Contrato de Trabajo databa del año 1944 y muchas de las disposiciones ya se habían quedado obsoletas. BAYÓN CHACÓN y ALONSO OLEA⁵⁷ expresan perfectamente que los objetivos primordiales de la LRL eran la revisión legislativa en cuanto a convenios colectivos, una normativa más flexible en cuanto al despido así como ciertas mejoras sociales, si bien finalmente el legislador se centró en el vínculo individual por encima de los derechos de tipo colectivo, mucho más conflictivos en aquella época. No obstante, y por lo que al objeto de estudio se refiere, la justificación radica en la nula regulación que existía al respecto en contraste con la figura del despido, y que ya había sido puesta de manifiesto con anterioridad por lo flagrante de su omisión.⁵⁸

Hasta la denominación de la Ley resulta curiosa por cuanto se evitó el término “Código” dado que se asociaba este concepto a la recopilación de normas y a cierto inmovilismo, contrario al carácter flexible que pretendía dársele a la legislación laboral.

1.7.2. La extinción *ad nutum*

Según se desprende de este texto, cabe la posibilidad del desistimiento unilateral por parte del trabajador. Se exigía, eso sí, un preaviso con la clara intención de no suponer un perjuicio productivo grave para el empresario. En concreto, estipulaba el artículo 21.1. de la citada norma que “*en los contratos de trabajo de*

Ello indica las claras reticencias que existían aun entre la doctrina respecto de la habilitación de la dimisión, puesto que era complejo de entender que un trabajador pudiera “renunciar” a su puesto de trabajo, principal sustento y fuente de ingresos del mismo. De igual manera, ciertos autores apuntan a que se atendió más “a la fuerte presión y clima político” que a las necesidades derivadas de la compleja situación económica. MONTROYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009)*. Ed. Civitas. II Edición. Pamplona. 2009. Pág.526

⁵⁷ BAYÓN CHACÓN, G. y ALONSO OLEA, M.: *Problemas de carácter general en la nueva Ley de Relaciones Laborales*. En *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*. Universidad de Madrid-Facultad de Derecho. Madrid. 1977. Págs.13-14

⁵⁸ ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Pág.283.

duración superior a un mes, el trabajador podrá desistir unilateralmente de la relación laboral, en cualquier momento, sin otro requisito que el preaviso de, al menos 15 días, salvo lo establecido en las Ordenanzas y Convenios colectivos. No obstante, en los contratos de trabajo para obra o servicios determinados se estará a la legislación vigente.”

Lo que se pretendió, no obstante, fue trasladar ciertas prerrogativas del ordenamiento civil al laboral, olvidando que, como apuntaba SERRANO MARTÍNEZ⁵⁹, en la práctica los contratos de trabajo pueden considerarse de adhesión, puesto que aquel que ostenta la supremacía es el que impone las condiciones laborales, conforme a derecho pero según su voluntad, siendo injusto el conceder el mismo tratamiento a ambas partes.

Es más, no eran pocos los autores que entendieron que se daban determinados preceptos que, por las características inherentes a las relaciones de tipo laboral⁶⁰, eran difícilmente aplicables al ser su exigencia más dañina para una de las partes que para la otra. Estos planteamientos no son difíciles de comprender, teniendo en cuenta que en el pasado más reciente, el puesto de trabajo era defendido de forma vehemente por la legislación laboral, siendo más una práctica “alegal” que una verdadera posibilidad, el poder ejercer el derecho de extinción *ad nutum*. Se entendía, por tanto, que todos los principios que trataban de instaurarse tales como la paz social o empresarial, eran simples pretextos para favorecer los intereses del empresario en detrimento de la situación del trabajador por cuenta ajena.

Se estableció en el proyecto de Ley que la posibilidad de rescindir el contrato fuera sólo para los trabajadores con contrato indefinido, si bien al final esta

⁵⁹ SERRANO MARTÍNEZ, J.E.: *La Ley de Relaciones Laborales y la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. En *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*. Universidad de Madrid-Facultad de Derecho. Departamento de Derecho del Trabajo. Madrid. 1977. Cap.15. Pág.487.

⁶⁰ Es más, algunos autores llegaron a reconocer que no todos los principios generales del derecho son aplicables al derecho laboral. Véase PÉREZ BOTIJA, E.: *Derecho del Trabajo*. 6ª edición. Madrid. 1960. Pág.84. Citado por ALMANSA PASTOR, J.M.: *Los principios generales del derecho en las fuentes normativas del derecho del trabajo*. En Cuadernos de Derecho del Trabajo. Universidad de Valencia. Facultad de Derecho. Nº3. Valencia. 1972. Págs. 1-48 (13)

opción no cuajó, estableciéndose un mínimo de duración del contrato de un mes, pero sin hacer distinciones entre temporales y fijos.⁶¹ Si se estableció la diferenciación en los contratos para obra o servicios determinados puesto que, según la doctrina, se consideró el carácter irrevocable de la relación durante el tiempo en que se contrataba al trabajador de las obligaciones asumidas por las partes.⁶²

Muy importante resultó también, en lo que al estudio de la extinción causal se refiere, el 21.2LRL. En primer lugar porque estableció la obligación de acudir a los tribunales para obtener la indemnización correspondiente, con el uso de una fórmula que hoy mantiene el artículo 50ET y que no es otra que la de “*solicitar la resolución*”. El problema, tal y como indica ÁLVAREZ GIMENO, es que la lista de causas fue mucho más somera que en sus antecesoras, recogiendo como motivo habilitante de la extinción, únicamente las modificaciones sustanciales que causaran un perjuicio específico. Redacción también novedosa que se aparta de la utilización del término “reglamento” de sus predecesoras si bien más tarde sería recuperado. Más allá de este supuesto, la LRL estableció una cláusula de cierre en que se englobaban “*otros supuestos legalmente reconocidos*”.⁶³

Del mismo modo, otra importante novedad fue la referida a la indemnización relativa a la extinción causal. Si bien es cierto que, al contrario de lo que ocurre en la actualidad, no se utilizaba el concepto de despido improcedente, parece indiscutible la remisión por parte del precepto al art.35LRL y a la cantidad sustitutiva de la readmisión.⁶⁴

⁶¹ FERNÁNDEZ RUIZ, J.L.: *Ley de Relaciones Laborales. Análisis y Comentario*. Ediciones Deusto. Bilbao. 1976. Pág. 111

⁶² MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, M: *La nueva regulación de las Relaciones Laborales*. Colección La empresa Moderna. Ed: Ibérico Europea de Ediciones S.A. Madrid. 1976. Pág.106

⁶³ Parece bastante clara esta remisión respecto del artículo 78LCT que era bastante más amplio y recogía supuestos como la falta o retraso en el pago, que difícilmente se entienden fuera de la regulación extintiva. En cualquier caso, supuso una remisión imprudente que trajo muchos problemas a los tribunales, motivo por el cual el trabajador encontró no pocos problemas a la hora de ver atendidas sus peticiones. Baste como ejemplo la STS de 7 julio de 1982 (RJ.1982/4564).

⁶⁴ Así lo entendió TORRES GALLEGO, E. en: *Comentarios de urgencia a la Ley de Relaciones Laborales*. Asociación para el progreso de la dirección. Madrid. 1976. Pág.51

Y es precisamente este artículo el que denotaba todavía una clara influencia de las ideas anteriores, en lo relativo al mantenimiento del puesto de trabajo. En efecto, el art.35LRL disponía que el despido sin justa causa generaba la readmisión; sin embargo, tal precepto no gozó de una larga duración.⁶⁵

1.7.3. El preaviso

Si por algo destaca la LRL en el ámbito de la dimisión es por la introducción de la figura del preaviso. Hasta entonces se hablaba de términos como la notificación pero es en este momento cuando se obligó, de forma paralela, a empresario y trabajador, a anunciar debidamente (de manera expresa o tácita) la voluntad rescisoria.

Sin embargo, existieron muchos obstáculos, puesto que se produjo una disonancia normativa entre la necesidad de preaviso de los contratos para obra o servicio y los laborales indefinidos. Por ello se adoptó la decisión final refiriéndose a los contratos de obra a través de una legislación específica.

No obstante, se hace mención a otros cuerpos legislativos dado que, en algunos casos, el preaviso pudiera ser menor⁶⁶. Y, ¿qué consecuencias tenía un incumplimiento por parte del trabajador? En ocasiones establecer una indemnización a cargo del trabajador puede ser inútil, por poco práctica,⁶⁷ sobre todo si el salario es el único sustento del trabajador. Por ello, se pactó, no sin discusión, que la indemnización correspondería al número de días de falta de preaviso por parte del trabajador.

También suscitó no pocas dudas la excepción del preaviso para los contratos inferiores a un mes de duración. Si el preaviso era y es considerado un deber de

⁶⁵ En concreto, fue suspendido por el RDL 18/1976, de 8 de octubre y finalmente derogado por el RDL 17/1977, de 4 de marzo.

⁶⁶ ALBIOL MONTESIONS, I.; CAMPS RUIZ, L.M.; JUÁNIZ MAYA, JR; LÓPEZ GANDÍA, J; SALA FRANCO, T; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: *Las Relaciones Laborales (Un estudio crítico de la Ley de Relaciones Laborales, del decreto-ley sobre medidas económicas y del decreto-ley sobre relaciones de trabajo)*. FERNANDO TORRES-EDITOR. Valencia. 1977. Pág.116

⁶⁷ TORRES GALLEGU, E.: *Comentarios de Urgencia a la Ley de Relaciones Laborales*. Asociación para el Progreso de la Dirección. Madrid. 1976. Pág.50.

buena fe del trabajador para evitar perjuicios al empresario ante circunstancias que pudieran alterar el proceso productivo, ciertamente es incomprensible esta excepción. Puede alegarse que, normalmente, aquellos trabajadores contratados por período inferior al estipulado acostumbran a ser los de menor cualificación y más fácilmente sustituibles. Sin embargo, también es cierto que el puesto ha de ser ocupado por otro empleado cuyo proceso de selección puede ser igualmente complejo. En realidad, considero que este debate es más doctrinal que práctico dado que, efectivamente, parece ridículo exigir un preaviso de quince días a aquel trabajador que va a estar en la empresa menos de treinta.

El preaviso surgió sin duda como un deber de buena fe del trabajador para con el empresario, responsable de la organización de la empresa, y al cual una baja sobrevenida en su personal podía afectar de un modo más o menos sustancial. No obstante, esta figura fue duramente criticada por una parte de la doctrina, pues se entendía como elemento limitador de la libertad del trabajador de finalizar voluntariamente su relación laboral. En realidad, y pese a las reticencias, lo cierto es que dicha figura vino a resolver una problemática que venía dándose desde hacía tiempo, y que consistía en la dificultad para los juristas de discernir entre una verdadera dimisión y un caso de abandono⁶⁸. Puede argumentarse en este sentido que el abandono responde a una conducta reiterada, deliberada y unívoca⁶⁹ en la que el empleado manifiesta, generalmente por conductas pasivas u omisivas, su nula voluntad de retornar a la realización de las labores que le son propias, mientras que en el caso de la dimisión la exteriorización suele ser más concreta y expresa. No obstante, en la práctica la diferenciación no resultaba tan sencilla, por lo que el preaviso se introdujo, entre otras cosas, como elemento diferenciador.

⁶⁸ ALBIOL MONTESINOS, I. “*La resolución del contrato de trabajo por el trabajador. (En torno al artículo 78LCT)*”. (Escuela Social de Valencia). 1973. Págs.9-10.

⁶⁹ Si bien el abandono también puede ser expreso, pues como reconocía el anterior art.81LCT la resolución se exterioriza “abandonando el trabajo”, siendo caracterizado como un acto revelador del propósito deliberado por ALONSO OLEA, M. Y CASAS BAHAMONDE, M.E.: *Derecho del Trabajo*. Ed. Thomson Civitas, Vigésima Primera Edición. Madrid. 2003. Pág.509.

Hasta tal punto llegó el escepticismo respecto del preaviso que llegó a observarse como verdadera barrera a la libertad del trabajador de trabajar donde éste decidiera, incluso obligándole a renunciar a empleos con mejores condiciones.⁷⁰ Esta oposición tan frontal fue probablemente uno de los motivos más extendidos por los cuales, en la redacción del Estatuto de los Trabajadores, se obviaba el establecimiento de un plazo exacto de preaviso, dejando a la costumbre o al pacto interpartes el establecimiento del más adecuado.

Sin embargo, y pese a los puntos de vista encontrados, la conclusión más sensata es la de pensar que la introducción de la dimisión de forma expresa supuso un claro avance en las libertades de los trabajadores y que, exigir el preaviso, no era más que una exigencia de buena fe. Así, si bien es verdad que al principio se consideró que el establecimiento de un plazo únicamente suponía el facilitar al empresario el resarcimiento por los daños causados⁷¹, lo cierto es que en la práctica tan solo los casos de flagrante abandono podían dar lugar a esta indemnización.

Queda, en este sentido, una cuestión sin abordar, ¿qué ocurría si se producía la extinción sin causa alguna o el incumplimiento por parte del trabajador? A estos efectos es importante resaltar que no es requisito eximente de la indemnización el mero preaviso pues, aún cumpliéndose, puede generar un perjuicio notable al empresario. En este sentido se pronunciaba el artículo 81 de la Ley de Contrato de Trabajo que ya preveía esta posibilidad.

1.7.4. Extinción causal

El párrafo 2º se refiere al derecho del trabajador a una indemnización cuando el contrato lo rescinda porque la vida en la empresa se le hace imposible. La

⁷⁰ SERRANO MARTÍNEZ, J.E.: *La Ley de Relaciones Laborales y la extinción del contrato de trabajo...* Pág.507.

⁷¹ PÉREZ-ESPINOSA-SÁNCHEZ, F. *El preaviso en la extinción del contrato de trabajo*. Ed. Montecorvo. Madrid. 1980. Pág. 59. El autor incide en esta obra en la dificultad de probar los daños y perjuicios ocasionados por el abandono del trabajador. Este extremo puede probarse en supuestos muy específicos en que el papel del trabajador tiene es muy relevante y reconocible dentro del proceso productivo de la empresa.

enumeración de los supuestos legalmente reconocidos para poder ejercitar esta facultad se concreta teniendo en cuenta que: *“las modificaciones en las condiciones de trabajo sean sustanciales”* o, *“que puedan redundar en perjuicio grave de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad”*. Los supuestos legalmente reconocidos deben ser reconducidos al art.78 de la Ley de Contrato de Trabajo, quedando vigente en este sentido, y modificado o completado según el tenor literal del artículo 21, lo cual no deja de ser preocupante

Las causas o supuestos en los que el trabajador podía fundar su decisión resolutoria, en base a la normativa anterior, principalmente la LCT1944, con derecho a indemnización equiparable al despido improcedente eran:

- Los malos tratos de palabra u obra o la falta de consideración grave por parte del empresario o de sus representantes o empleados al trabajador o personas de su familia que con él vivan;
- La falta de pago o puntualidad en el abono de la remuneración convenida;
- Exigir el empresario trabajo distinto del pactado, salvo los casos de urgencia previsto por la ley y
- Modificación del reglamento establecido para el trabajo, al celebrarse el contrato o incumplimiento del mismo (y añade *“cualquier otra causa análoga o semejante a las anteriores”*).

La ejecución de esa facultad se realizaba a través de la Magistratura de Trabajo, siendo el Magistrado el que fijaba la indemnización tras el estudio de si, efectivamente, había existido una modificación sustancial en las condiciones laborales, grave perjuicio para su formación profesional o notorio menoscabo de la dignidad del trabajador.

Además el que se aludiera a supuestos legalmente reconocidos quería decir que, no solamente era posible fundar la petición del trabajador en los motivos enumerados del artículo 78 de la Ley del contrato de trabajo de 1944 y otros

semejantes, sino también en los contenidos en las reglamentaciones y ordenanzas de trabajo. Por último, se establece una obligación final: “*el documento en que el trabajador declare terminada la relación de trabajo y satisfechos sus derechos laborales tendrá que estar visado por la Entidad Sindical correspondiente.*”

Antes de acabar, es importante tener en cuenta, que con la Ley de Relaciones Laborales los contratos de trabajo se presumían indefinidos. Ello, al amparo del artículo 14 LRL, supuso un gran avance y, como apunta SEGUÍ PASTOR⁷², se realizó en base a la gran tasa de desempleo existente, favoreciendo la permanencia en la empresa u obligando al empresario a indemnizar para despedir.

El análisis de la LRL indica que, como apuntaba SERRANO MARTÍNEZ⁷³, se trató de una Ley que intentó equiparar los derechos de trabajador y empresario a la hora de extinguir el contrato de trabajo. No obstante, no ha de obviarse que dicha norma tuvo una tendencia en algunos casos ventajosa para este último, dado que, en base a la situación económica, se tendió a proteger “*la reserva empresarial de la organización de la producción*”. Es cierto este punto, si bien considero algo exagerado definirla como abusiva para una de las partes, dado que también se hicieron avances en lo que a derechos del trabajador se refiere. El citado artículo 14LRL constituía un claro beneficio al trabajador así como la instauración del desistimiento unilateral. De otro lado, el artículo 35, uno de los más comentados sin lugar a dudas, proporcionaba al trabajador el derecho a ser readmitido o indemnizado (a elección del empresario), cuando el magistrado considerase que no había existido justa causa de despido. Por tanto, si bien es cierto que se potenciaron diversas medidas que favorecían el crecimiento de la empresa, no es menos cierto que el trabajador también vio mejoradas sus condiciones laborales.

⁷² SEGUÍ PASTOR, R: *La aportación de la Ley de Relaciones Laborales*. Valencia. 1978.

⁷³ SERRANO MARTÍNEZ, J.E.: *La Ley de Relaciones Laborales y la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador...* Cap.15. Pág.467-552 (517)

En conclusión, antes de la llegada del Estatuto de los Trabajadores en 1980, la evolución del derecho laboral español discurrió desde la aceptación de la rescisión por voluntad del trabajador, como si de un contrato civil se tratara, a la actual concepción de extinción *ad nutum* o sin causa.

Sin embargo, aun en el supuesto de la extinción causal, las contravenciones empresariales no iban directamente relacionadas con indemnizaciones específicas y el juez debía valorar en cada caso el perjuicio causado. Las causas habilitantes eran de tipo abierto, por lo que los ejemplos de incumplimiento eran infinitos. Así, mientras que la visión de la conducta lesiva era amplia y genérica, la interpretación respecto de la reparación del daño era claramente restrictiva.⁷⁴

Finalmente, y a pesar de hacerlo desde este citado enfoque restrictivo, el 24.3LRL reguló una autorización administrativa en caso de modificación de horarios. No obstante, para la aceptación de ésta como susceptible de indemnización se exigían las calificaciones de sustancial y grave, y cuyo resarcimiento era gradual en función del daño causado.

De este modo, y de forma paulatina, la legislación fue mermando la capacidad decisoria e interpretativa del juez, tratando de dotar de mayor seguridad jurídica a dicha institución y facilitar el trabajo a los tribunales hasta la promulgación del Estatuto de los Trabajadores, cuyos planteamientos siguen hoy en día, en su mayoría, vigentes.

1.8. Un supuesto específico: evolución histórica de la figura del preaviso

Dada la importancia de este instituto jurídico dentro de la materia de estudio, y especialmente en el campo de la extinción *ad nutum*, resulta necesario realizar un análisis pormenorizado de su evolución hasta nuestros días.

⁷⁴ Así SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*. Aranzadi. Pamplona. 1999. Pág.40. También EZQUERRA ESCUDERO, L.: *Tiempo de trabajo en España: aproximación histórica. Desde la emergencia del Derecho Social hasta el Estatuto de los Trabajadores de 1980*. Atelier. Barcelona. 2006. Pág.272

Ya desde un principio, trató de regularse esta institución en las sucesivas normas laborales, si bien la intención fue, en todo momento, desvincularlo del preaviso que le viene siendo exigido al empresario para los casos de despido.

La figura del preaviso tiene sus raíces en la legislación mercantil, en concreto se introduce en el Derecho español mediante el Código de Comercio de Sainz de Andino de 1829 en su artículo 196, y manteniéndose en el 302 de su sucesor en 1885, que atribuye a las partes contratantes libertad de extinción, instándoles únicamente a respetar un plazo de preaviso de un mes.

El principio de extinción unilateral con preaviso aparece recogido en todos los proyectos de Ley que van de 1905 a 1921, pasando por el Proyecto Dávila (1906), el Proyecto Merino (1908), el Proyecto De la Cierva (1914) y los proyectos iniciados por Sánchez Guerra, Ruiz Giménez y Burgos y Mazo hasta finales de la década.

Puede decirse que la regulación del preaviso observa sus primeros intentos en proyectos de Ley como el de LCT de 1905 en que se establecía que, *“ha de anunciar el obrero su propósito de rescindir el contrato ocho días antes de abandonar el trabajo”*, pudiendo obviar este preaviso si pagaba al empresario el equivalente al jornal de los ocho días citados. Pese a que el artículo 23 del Proyecto contenía una exigencia prácticamente idéntica respecto de la suspensión de la obra o el despido al trabajador, tal situación no era del todo clara y, según PÉREZ-ESPINOSA, cabe afirmar que la extinción unilateral del contrato de trabajo, tan solo podía aplicarse a la dimisión del trabajador.⁷⁵

Es por ello que, en el proyecto de 29 de mayo de 1908 (De la Cierva), la redacción se realizó de manera distinta, equiparando el preaviso de empresario y trabajador, y regulándolo en un mismo artículo. El art.9 del citado proyecto se decía que *“Cualquiera de las partes puede rescindir libremente el contrato,*

⁷⁵ PÉREZ-ESPINOSA-SÁNCHEZ, F. *El preaviso en la extinción del contrato de trabajo*. Ed. Montecorvo.1980. Madrid. Pág.28

denunciándolo con ocho días de antelación” o abonando la correspondiente cantidad por ese período de tiempo.”

El Código de Trabajo de 1926 supuso un giro en este sentido, pues se hizo preponderante el contrato de duración determinada o temporal. Además, se estableció que para la extinción unilateral del contrato tan sólo cabía la justa causa por lo que se omitió cualquier alusión al preaviso.

El Código del Trabajo de 1931 recuperó la senda marcada anteriormente. Sin embargo, obvió la figura de la extinción sin causa de manera sorprendente. Trató de solucionarse este problema haciendo una interpretación extensiva del art.89.7 que regulaba la extinción causal, aunque se otorgó licitud a la dimisión *ad nutum*. Se publicó a su vez la Ley de Jurados Mixtos que, en parte, vino a solucionar dicha carencia.⁷⁶

En 1944, la LCT pecó del mismo error que la anterior, si bien no queda del todo claro si se trató de una omisión involuntaria o de un precepto acorde con el hecho de que el empresario podía una indemnización si, en su opinión y demostrándolo, consideraba que se le habían causado daños y perjuicios. No obstante, finalmente ocurrió una situación similar a la de su predecesora y, mediante una interpretación más laxa pudo recuperarse la extinción sin causa.

Por último, la Ley de Relaciones Laborales de 1976 reconoció expresamente la extinción *ad nutum* que respondía a una conducta que ya se venía llevando a cabo, dándole un explícito amparo legislativo. Pero sobre todo, el preaviso quedó fijado de manera clara, como requisito previo, y estableciendo literalmente un plazo de quince días. Sin embargo, y como apunta RODRÍGUEZ SANTOS⁷⁷, nada se dijo sobre los efectos del incumplimiento del requisito de preavisar, lo que supuso una gran discusión doctrinal.

⁷⁶ Ley del Ministerio de Trabajo y Previsión de 27 de Noviembre de 1931

⁷⁷ RODRÍGUEZ SANTOS, E. *La extinción de la relación laboral por dimisión...* Pág.261

2. El Estatuto de los Trabajadores en relación con la voluntad extintiva del trabajador

Previa la redacción y posterior aprobación del Estatuto de los Trabajadores fue promulgada en España la Constitución de 1978. Fruto de las nuevas ideas democráticas y alejadas de anteriores posicionamientos, el nuevo “*Estado social y democrático de derecho*” trató de rebajar el intervencionismo que había caracterizado la anterior legislación. Desde el punto de vista del Derecho Laboral conviene destacar el artículo 35CE que establece el trabajo como un derecho y un deber. Del mismo modo, el apartado segundo de este mismo precepto estableció la necesidad de elaborar una norma específicamente laboral que diera respuesta a las necesidades de un mercado de trabajo en franca decadencia, y que la LRL no había conseguido subsanar⁷⁸.

Fruto de esta remisión se promulgó la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. Uno de los puntos más interesantes que introduce este cuerpo normativo es el de contradicción de intereses entre empresario y trabajador. Mientras la legislación previa a la constitución tendía a situar en condiciones de igualdad a ambas partes, llegando en algunos casos a equiparar situaciones de despido y extinción por voluntad del trabajador, lo que supone una incorrecta transposición de los principios civilistas, con el nuevo ET se reconoce la situación de debilidad del trabajador.

Es por ello que, pese a no ser el propósito inicial del legislador el establecer una relación exhaustiva de derechos y deberes de los trabajadores, lo cierto es que puede concluirse que la regulación es realmente extensa, en lo que a prerrogativas del trabajador por cuenta ajena se refiere.

⁷⁸ Una remisión cuyo “*enunciado no puede ser más simple, pero tampoco más vacío de contenido*” en palabras de ALONSO GARCÍA, M.: *Las materias no contenidas en el Estatuto de los trabajadores*. En *Jornadas de estudio de los Magistrados de Trabajo*. Instituto de Estudios Sociales. Madrid. 1980. Pág. 365.

2.1. *El Estatuto de los Trabajadores*

La regulación de la extinción del contrato de trabajo sigue una evolución dispar en el derecho laboral español. Por una parte, la extinción por voluntad del empresario ha sufrido notables cambios desde su primera redacción tanto en el ámbito sustantivo como en el procesal.

Por otra, las distintas reformas referidas a la extinción por voluntad del trabajador han sido realmente escasas y refiriéndose siempre a ciertos matices, sin verdaderos cambios sustanciales que se pudieran resaltar.

Sí han existido mayores variaciones en lo que a la extinción causal se refiere, principalmente en lo referente al art.50ET cuya afectación directa e indirecta ha sido indiscutible, por cuanto su análisis va acompañado en ocasiones del estudio de otras figuras tales como las modificaciones sustanciales, reguladas en otros preceptos que sí han sufrido mayores transformaciones. Del mismo modo, la normativa procesal también ha ido avanzando, por lo que en el último capítulo de este estudio se analizará la evolución del procedimiento, así como otros aspectos de vital importancia, como puede ser la ejecución provisional o las medidas cautelares, cuyos cambios sí han sido de vital importancia.

Pero lo que en definitiva debe quedar claro es que, a partir de la promulgación del Estatuto de los Trabajadores la dimisión queda habilitada sin importar si el trabajador mantiene una relación de carácter indefinido o no.

Es cierto que algún autor, tiempo atrás, aun ha dudado respecto de las consecuencias de un desistimiento en contratos celebrados para obra o servicio determinado⁷⁹. Estas dudas, fruto de una doctrina laboral muy reiterada, no sólo en la doctrina, sino también en la legislación previa al Estatuto de los Trabajadores, han sido ampliamente superadas y hoy el supuesto es indiscutido⁸⁰.

⁷⁹ PENDAS DÍAZ, B *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Madrid: ed. ACARL. Segunda edición. 1992. Pág.23

⁸⁰ Por todos, RODRÍGUEZ SANTOS, E. *La extinción de la relación laboral por dimisión del trabajador*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. 2007. Pág.41. ALONSO OLEA, M.: *La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador*. Revista de Política Social (RPS). N°126. 1980. ÁLVAREZ GIMENO, R.: *La*

La razón de estas reticencias puede únicamente explicarse desde un punto de vista civilista, que entienda los perjuicios que puede causar la cesación de funciones de un trabajador contratado con un objetivo específico.

Por otra parte, la extinción causal queda regulada de diferente forma desde el punto de vista de empresario y trabajador, atendiendo a las nuevas teorías en las relaciones laborales y eliminando el proteccionismo propio de los regímenes autoritarios.

Tres son los apartados que configuran el artículo 50ET relativo a la finalización indemnizada del contrato de trabajo, siendo el último de ellos una cláusula de cierre para posibles supuestos que pudieran quedar fuera de los dos primeros. Como motivos específicos, se recogen dos casos que acompañaron desde un principio, si bien con diversa redacción, a la normativa laboral de principios de siglo: a saber las modificaciones sustanciales que redunden en perjuicio de la dignidad y formación profesional del trabajador, y la falta o retrasos en el pago del salario por parte del empresario.

2.2. Las reformas laborales y su afectación a la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador

En los últimos cuarenta años se han producido diversas modificaciones en el campo de la extinción por voluntad del trabajador, principalmente relativas a la finalización causal de la relación laboral.

Varios, aunque nunca de forma drástica, han sido los cambios que se han producido en los artículos 49 y 50ET. A continuación haré un repaso de los más relevantes:

extinción causal por voluntad del trabajador. Ed. Comares. Granada. 2012. Pág.43. RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. *La voluntad del trabajador en la extinción del Contrato de Trabajo*. Ed. La Ley-Actualidad. Madrid. 1998. Págs.49 y ss.

2.2.1. Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores

Tan solo cuatro años después de la promulgación del Estatuto de los Trabajadores se produjo la primera modificación de alcance. Dicha reforma deja prácticamente inalterados los artículos 49 y 50ET, si bien considero que es de vital importancia porque trata un tema que había sido discutido de manera ferviente en el pasado. Me refiero, por supuesto, a la diferenciación entre trabajadores por tiempo indefinido y temporal.

Ya desde la exposición de motivos pudo observarse que uno de los principales objetivos de esta norma era la *desaparición de la desigualdad (...) aplicable a trabajadores fijos y (...) aplicable a los trabajadores temporales*. Con este fin se incluye en el 49.3ET, respecto a la expiración de los contratos para obra o servicio, la remisión al artículo 15ET sobre duración de los mismos.

Ha de recordarse que, incluso en la LRL, vigente tan sólo cuatro años antes que el Estatuto de los Trabajadores, la dimisión era tratada de forma desigual para trabajadores con contratos superiores o no a un mes. Pero sobre todo, y desde mi punto de vista, su importancia radica en dos motivos:

En primer lugar, porque la situación y soluciones que pueden observarse son muy similares a las actuales. Así, *“el fenómeno del desempleo, debido principalmente a la crisis económica mundial (...), ha hecho sin embargo que dicho principio vaya cediendo en favor de que se tomen medidas tendentes a suavizar tal fenómeno, entre ellas (...) flexibilizar el mercado de trabajo”*⁸¹.

Por tanto, la flexibilidad en el seno de la empresa, tan manida en la situación actual, no es una novedad, al igual que el problema del desempleo. No obstante, las modificaciones en este ámbito llevan implícito el riesgo de la afectación a los derechos laborales del trabajador. Si en la actualidad gran parte de las medidas adoptadas han ido encaminadas al ámbito de las modificaciones sustanciales

⁸¹ FERRER FERRER, R.: *Examen de las distintas modalidades de contratación temporal a partir de la publicación de la Ley 32/1984 de 2 de agosto*. Tesina. Escuela Social de Valencia. 1987. Pág.1

como solución a la pérdida de puestos de trabajo, con esta Ley se pretendió dotar al empresario de otras modalidades contractuales de carácter temporal. Así, se amplió a doce meses la duración máxima de la contratación temporal y se fomentaron los contratos de formación y prácticas. De ahí la importancia de que, en el ámbito de la dimisión, se equipararán los derechos de una y otra modalidad contractual con el Estatuto de los Trabajadores. Paralelamente y para la defensa de tales derechos, con la redacción de la L32/1984 “*los trabajadores fijos discontinuos y los vinculados por contrato de duración determinada puedan dar su voto a los mismos representantes de los fijos*”⁸², cosa que hasta entonces no era posible.

Si bien es verdad que la reforma no incidió directamente en los artículos 49 y 50ET, lo cierto es que puso de manifiesto la clara desigualdad legislativa que existía a la hora de regular los contratos temporales y fijos. Prueba de ello es la redacción inicial del art.49.3ET, en que se regula la extinción de los contratos por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio determinado, es mucho más exigua que la actual en tamaño e importancia.

2.2.2. Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del ET, la LPL y la LISOS

Se trata, en mi opinión, de la primera gran reforma del ET por la cantidad de artículos que modifica. Como ocurrirá con reformas posteriores, los artículos exclusivamente dedicados a la extinción no sufren cambios destacables, de hecho, permanecen inalterados en este caso.

Sin embargo, la afectación derivada de la nueva interpretación de las modificaciones sustanciales, geográfica y funcional, fue innegable.

Baste destacar la inclusión, como modificación sustancial, de la letra f) del 41.1ET para supuestos en que el empresario encargue funciones que excedan de los límites del 39ET. Se introduce además el criterio cuantitativo a la hora de

⁸² RONDA ESCRIVA, F.: *La Reforma de la Ley del E.T. Análisis de la Ley 32/1984 (BOE, 4/8)*. Tesina. Escuela Social de Valencia. 1985. Pág.52

definir qué es una modificación de tipo colectivo y se realizan también modificaciones en el ámbito de la movilidad geográfica.

El contenido de esta Ley excede de la simple variación, constituyendo cambios de extraordinaria relevancia superiores a la “*mera alteración del tenor legal*”⁸³, no sólo en el ET sino también en otras normas de gran importancia, por lo que a este trabajo se refiere⁸⁴.

La conclusión que debe extraerse de esta norma viene dada en su exposición de motivos en que se justifica su aprobación en base a una necesidad indiscutible de mayor flexibilidad interna, por lo que a la gestión de los recursos humanos se refiere. Ello se hace *como mecanismo preventivo frente al riesgo de pérdida de empleo*. Como se verá posteriormente, esta tónica va a continuar incluso en las más recientes reformas, principalmente en situaciones en las que, como en el caso, los datos económicos en general, y de empleo en particular, no son positivos.

2.2.3. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

A mediados de los noventa se hizo patente la necesidad de una reordenación de la legislación laboral, dadas las numerosas reformas que se habían llevado a cabo en los últimos quince años. Con este objetivo, y el de reformar ciertos artículos en una etapa de excesivo desempleo fue aprobado este texto refundido.

Por lo que a la extinción se refiere, destaca la nueva redacción del artículo 49, no por sus modificaciones sino más bien por su ordenación alfabética en lugar de

⁸³ ORTEGA LIMÓN, J.M.: *Comentarios a la reforma parcial del Estatuto de los Trabajadores. Ley 11/1994 de 19 de mayo*. Asociación de Industrias Químicas y Básicas de Huelva. 1994. En el prólogo de Santiago González Ortega.

⁸⁴ Ejemplo claro es la modificación del RD 696/1980, de 14 de abril, sobre aplicación del Estatuto de los Trabajadores a los expedientes de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y suspensión y extinción de las relaciones laborales.

numérica. Así, la dimisión pasó, por ejemplo, de estar regulada en el 49.4 al 49.1.d) ET.

Se añade asimismo un párrafo segundo dentro del artículo 49, en el que se integran dos garantías concretas para con el trabajador, probablemente para compensar las medidas de flexibilidad interna adoptadas, tanto por esta norma, como por la L11/1994 y legislación posterior.

Así, el empresario, al comunicar a los trabajadores la denuncia o preaviso de extinción, deberá acompañar una propuesta del documento de liquidación de lo adeudado y, por otra parte, el trabajador tendrá el derecho de solicitar la presencia de un representante legal de los trabajadores en el momento de la firma, habiendo de hacerse constar este hecho o la renuncia voluntaria del trabajador a esta posibilidad.

Respecto de la extinción causal, el Texto Refundido añade un curioso motivo específico. Y digo curioso teniendo en cuenta que lo integra dentro de una cláusula de cierre dispuesta a ser lo más abierta posible.

En efecto, al artículo 50.1.c)ET destinado a reparar *“cualquier otro incumplimiento grave”* se le añade *“la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41”* en caso de que una sentencia haya declarado injustificadas las modificaciones impuestas al empleado.

La explicación de este añadido se justifica del mismo modo que la operada en el artículo 49.2ET, pues las notorias reformas en cuanto a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo hacen necesaria una protección mayor de los derechos de los trabajadores. No es esta última una modificación cualquiera respecto del tema que aquí se trata, y por ello será objeto de un análisis pormenorizado en la segunda parte de este trabajo.

2.2.4. Últimas reformas

En la última década han sido constantes, pero de diverso calado, las reformas operadas por el legislador laboral español. Y todas ellas, como es natural, han estado marcadas por la situación económica en que se encontraba la sociedad. Así, mientras en período de bonanza se tomaban medidas para proteger y mejorar la calidad del empleo⁸⁵, en los últimos años las variaciones legislativas han ido encaminadas a potenciar su creación, exigiendo mayores sacrificios al trabajador y tratando de dar ventajas e incentivar su contratación.

En primer lugar, es necesario hacer referencia a la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Su afectación se observa principalmente en el ámbito de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Sin embargo, su redacción supo a poco a una buena parte de la doctrina, que reconoció la enorme complejidad que mantenía el artículo 41 y la falta de simplificación de la que adolecía.⁸⁶ Por tanto, dicha complejidad se traducirá posteriormente en el estudio del artículo 50ET, cuya fuente de supuestos deriva de los casos que exceden de los artículos 39 a 41ET. La nueva definición de las causas técnicas, organizativas, de producción y económicas y su carácter preventivo, son a mi juicio otros aspectos a destacar.⁸⁷

⁸⁵ Como ejemplos significativos pueden darse dos. En primer lugar, la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y el empleo, elimina del art.49.1.c) la referencia a los contratos de inserción. En segundo lugar, la Disposición Adicional Séptima de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género, y que introduce una nueva figura extintiva, de carácter enormemente específico, como es la contenida en el 49.1.m) ET relativo a la dimisión voluntaria de la trabajadora como consecuencia de ser víctima de violencia de género. Será este nuevo apartado motivo de estudio pormenorizado teniendo en cuenta que reviste las características propias de la dimisión, pero con una causa no imputable al empresario y con consecuencias muy diferentes a las derivadas de la extinción *ad nutum*.

⁸⁶ SAN MARTÍN MAZZUCONNI, C.: *La reforma de los artículos 40 y 41ET*. En *Comentario a la reforma laboral de 2010. Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo*. Ed. Civitas-Thomson Reuters. Madrid. 2011. Pág. 224. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. (Director): *Estudios sobre las últimas reformas laborales. Efectos de la crisis en el Derecho del Trabajo*. EOLAS ediciones. León. 2011. Pág. 139.

⁸⁷ Nueva concepción muy criticada por autores como BAYLOS GRAU, A.: “Unilateralidad empresarial e inaplicación del convenio” en *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de Reforma Laboral*. Ed. Bomarzo. Albacete. 2011. Pág.235

En segundo lugar, debe destacarse la afectación de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. A lo largo de este trabajo se analizará en qué medida ha variado la concepción de la extinción del contrato de trabajo de acuerdo a las modificaciones operadas por la Ley. Baste a modo de introducción una novedad directa, que elimina el perjuicio a la formación profesional del trabajador que se exigía en el 50.1.a) ET respecto de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo consideradas especialmente gravosas, y una de tipo indirecto, como es la amplia remodelación realizada respecto de las modificaciones sustanciales de trabajo por el art.12 de esta Ley, y que afecta de manera relevante al artículo 41ET.

Finalmente, en el ámbito procesal, fue promulgada la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, que sustituía al RDL 2/1995, de 7 de abril, de Procedimiento Laboral. Si bien su redacción ya fue anunciada por la Ley 35/2010, lo cierto es que sorprendió su celeridad. A pesar de ser un nuevo cuerpo legislativo con nueva nomenclatura, la conclusión que se extrae de su contenido es se está ante una evolución de la anterior.

En cualquier caso, y respecto al tema que aquí se trata, su incidencia es indiscutible, teniendo en cuenta las modificaciones en materia de ejecución provisional de sentencias, recogidas principalmente en el 303.3LRJS, así como las novedades operadas en lo que a medidas cautelares se refiere, contenidas en el artículo 79.7 en relación con el 180.

Resultaba necesario, no obstante, en mi opinión, el haber hecho este estudio de la progresión histórica de la institución, a fin de comprender la situación actual de la extinción contractual por voluntad del trabajador, y las razones que han llevado a ella, así como para poder analizar, de una forma más amplia, los problemas jurídicos que de ella se derivan.

**CAPÍTULO II: EL CONCEPTO EXTINTIVO DE LA FINALIZACIÓN
CONTRACTUAL POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR**

CAPÍTULO II: EL CONCEPTO EXTINTIVO DE LA FINALIZACIÓN CONTRACTUAL POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR

1. Delimitación conceptual (Terminología concreta y relacionada)

La delimitación conceptual es, sin duda, uno de los mayores problemas que pueden encontrarse a la hora de hacer una valoración de la extinción contractual por voluntad del trabajador. Como se ha visto en la introducción, tanto la doctrina como la jurisprudencia han emitido diversas calificaciones a la hora de referirse a este tipo de extinción sin hallar una figura común ni un concepto claro haciendo, en ocasiones, referencias vagas o que poco ayudan a la concreción, e incluso, diversificando la propia figura.

Esta discusión, que en el ámbito jurídico ha sido indudablemente problemática, contrasta con la visión que de ella tiene la sociedad. Así, desde siempre se ha considerado la finalización del contrato de trabajo por parte del empresario como un despido, mientras que en el caso contrario, de lo que se habla es de dimisión. No importa en este sentido si la voluntad del trabajador es fruto de un incumplimiento, de circunstancias anómalas que le llevan a dimitir, o si la decisión tiene su base en la exclusiva voluntad del empleado.

No obstante, es justo decir que, hasta la entrada en vigor de la Constitución Española, la decisión unilateral del trabajador renunciando a su puesto de trabajo era comúnmente calificada como abandono⁸⁸. La obsesiva visión que el legislador tenía respecto de la pervivencia de los contratos, y principalmente el de trabajo, hacía que el término para definir una conducta como esta contuviera matices de carácter negativo.⁸⁹

⁸⁸ Probablemente la obra que mejor representa la concepción de la dimisión con la denominación de abandono es MONTROYA MELGAR, A.: *La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador*. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla. 1967. En ella son tratadas ambas figuras, dimisión y abandono, si bien es difusa su diferenciación, en cuanto a la denominación de ambas.

⁸⁹ Dichas connotaciones fueron discutidas, durante el proceso de redacción del Estatuto de los Trabajadores. Entre dichos matices se estudió la necesidad de incluir en el 49.4ET la obligación del trabajador de indemnizar por daños y perjuicios al empresario en caso de abandono del puesto de trabajo,

Sin embargo, la diferenciación entre dimisión y despido para englobar todas las conductas rescisorias parece demasiado simple, teniendo en cuenta las características propias de una y otra figura y sus diversas modalidades.

Por ello, resulta necesario profundizar en el concepto extintivo, en lo que a la voluntad del trabajador se refiere.

Por tanto, si bien las discusiones doctrinales no son pocas, sí existe coincidencia a la hora de calificar la extinción como un negocio jurídico resolutorio por el cual finaliza una relación contractual entre empresario y trabajador.

Así, y dado que la naturaleza jurídica será tratada a continuación, una primera definición de dimisión puede ser la “*renuncia, abandono de un empleo o una comisión*”⁹⁰. En realidad, esta definición es bastante matizable. Ciertamente es que se renuncia a un puesto de trabajo pero ello, como ya se ha explicado, no tiene por qué significar una renuncia de derechos. Si bien se deja de tener el derecho al cobro de un salario, paralela y voluntariamente, se deja de tener también la obligación de cumplir con un cometido.

Por otra parte, la propia RAE utiliza como sinónimo el término abandono. En el ámbito dimisorio no sólo no son sinónimos sino que traen consigo consecuencias muy dispares. Es cierto que el propio Estatuto de los Trabajadores utiliza dicho concepto en el art.49.1.m) al referirse a la dimisión de la trabajadora víctima de violencia de género. No obstante, la realidad es que, en mi opinión, ni siquiera en ese caso está justificado el uso del término abandono como sinónimo de dimisión ya que la víctima, para poder ejercer su derecho a la rescisión al amparo de este artículo, ha de comunicar su decisión a la empresa, con la única peculiaridad de que el ordenamiento, en base a su especial situación, la libera del requisito de la comunicación preavisada de su voluntad. De este modo, es importante

postura que como es bien sabido fue finalmente descartada. No obstante, sí se aprobó la equiparación indemnizatoria del trabajador con la del despido improcedente, a pesar de la voluntad de varios grupos parlamentarios de establecer una cuantía independiente. Así lo recoge SAGARDOY, J.A.: *La terminación del contrato de trabajo*. Publicación del Instituto de Estudios Económicos. Madrid. 1980. Pág.159.

⁹⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. *22ª Edición del diccionario de la Lengua Española*. Colección Diccionarios Espasa. Madrid. 2001

diferenciar que en el ámbito del derecho del trabajo, dimisión es la cesación voluntaria en las funciones de un trabajador, comunicada al empresario con el período de preaviso dispuesto en las normativas sectoriales. De no mediar dicho plazo ni la comunicación correspondiente, se estará ante un abandono del puesto de trabajo. Respecto de esta figura he de decir que, en mi opinión, en realidad se está ante una dimisión de mala fe.

Algunos autores como GARCÍA FERNÁNDEZ la califican de “*dimisión torpemente ejercitada*”⁹¹ mientras que otros como RODRÍGUEZ PIÑERO la califican como una dimisión por “*actos concluyentes*”⁹². En cualquier caso, y dada la entidad de las consecuencias que se pueden derivar, la jurisprudencia exige que sean actos que no dejen lugar a dudas sobre la intención del trabajador.⁹³

A continuación se analizarán otras figuras asimilables al concepto de dimisión.

1.1. El desistimiento

Este concepto es, probablemente, uno de los más utilizados a la hora de buscar sinónimos de la extinción sin causa, siendo tratado en ocasiones con escaso rigor jurídico y aceptando comparaciones con otras figuras como la rescisión, la renuncia o la disolución. Este hecho ya fue apuntado por RODRÍGUEZ SANTOS pues, como la propia autora indica, debe atenderse y entenderse como desistimiento “*un cauce extintivo ad nutum*” que actúa de manera unilateral con el resultado de la resolución y que además no exige un órgano o trámite que

⁹¹ GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: *La terminación del contrato por voluntad del trabajador*, Universidad de Palma de Mallorca, 1983. Pág.61.

⁹² RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. *La voluntad del trabajador en la extinción del Contrato de Trabajo*. Ed. La Ley-Actualidad. Madrid. 1998. Pág.72. en ella el autor explica que se trata de “manifestaciones de voluntad, actos o conductas del trabajador de ausencia del trabajo de las que es meridianamente clara la intención del trabajador de finalizar su relación laboral.

⁹³ SSTs de 6 de febrero de 1981 (RJ.1981/637); de 3 de marzo de 1986 (RJ.1986/1186); de 7 de octubre de 1986 (RJ.1986/5414); de 14 de abril de 1987 (RJ.1987/2768); de 3 de junio de 1988 (RJ.1988/5212) y SSTSJ de la Castilla la Mancha de 4 de noviembre (AS.2004/3050); de Cataluña, de 29 de julio de 2005 (AS.6614/2005) y de la C. Valenciana, de 4 de junio de 2008 (AS.2008/1986)

convalide la actuación⁹⁴. Sin embargo, opino que el término desistir tiene un carácter más bien procesal por cuanto supone el renunciar a la interposición de una acción o habiéndolo hecho, *abandonar la acción procesal*⁹⁵.

1.2. *La rescisión*

Curioso este concepto pues, desde el punto de vista jurídico tiene una idéntica naturaleza, configurándose como un *negocio jurídico con efecto resolutorio*⁹⁶. Además, juristas de reconocido prestigio la entienden como característica propia de las relaciones bilaterales de carácter patrimonial⁹⁷. No obstante, es innegable su marcado carácter civil. Ya no sólo por su expresa regulación en el Código Civil (Arts.1290-1299) sino por el hecho de que el concepto rescisorio va aparejado siempre de una causa. Por tanto, ha de alejarse del concepto dimisorio pudiendo ser asimilado a la extinción causal. En efecto, la doctrina acostumbra a acuñar el término “*rescisión por lesión*”⁹⁸ para referirse a este término, aludiendo a la ya mencionada causa para la finalización del contrato de trabajo. Las diferencias en el ámbito laboral y civil radican más en la desigualdad de las partes y las consecuencias jurídicas pues, mientras que en el ámbito laboral existe una indemnización tasada, de la cual hay que probar su existencia y no su alcance, en el civil la compensación por daños y perjuicios exige la cuantificación de lo sufrido.

En cualquier caso, y como ocurre en el ámbito laboral, existe una inequívoca voluntad del ordenamiento por garantizar la pervivencia de los contratos. Ello responde al hecho constatable de que el contrato de trabajo no es extingible

⁹⁴ RODRÍGUEZ SANTOS, E. *La extinción de la relación laboral por dimisión del trabajador*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. 2007.

⁹⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. *22ª Edición del diccionario de la Lengua Española*. Colección Diccionarios Espasa. Madrid. 2001. Consultada Online

⁹⁶ ABRIL CAMPOY, J.M.: *La rescisión del contrato por lesión*. Enfoque doctrina y jurisprudencial. Tirant Monografías. Valencia. 2003. Pág.119

⁹⁷ DÍEZ PICAZO, L: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 2007-2010.

⁹⁸ Así ciertas obras de conocidos civilistas como RASCÓN GARCÍA, C.: *Rescisión de los contratos por lesión (la justicia de los precios)*. Lección inaugural del Curso Académico 2001-2002. Universidad de León. 2001 o MONTAÑANA CASANÍ, A.: *La rescisión por lesión (Origen, evolución histórica y recepción en Derecho moderno)*. Tirant Monografías. Valencia. 1999.

automáticamente por el trabajador en supuestos en que pretenda la indemnización del art.50ET.

En este sentido, el ordenamiento civil indica que *ningún contrato se rescindirá por lesión* fuera de los casos previstos por la ley y la acción por rescisión es subsidiaria (arts.1293 y 1294CC).

En el ámbito laboral, no obstante, no es desconocido el término en relación con la extinción del contrato por voluntad del trabajador. Así, es muy representativo el caso de las “*cláusulas de rescisión*” de los deportistas profesionales. Desde la STS de 17 de febrero de 1940 (RJ.131), la jurisprudencia ha declarado de forma unívoca que la relación entre este tipo de trabajadores y sus empleadores es de tipo laboral, configurando una relación por cuenta ajena. Sin embargo, y como recoge el art.2.1.d) ET, se trata de una relación laboral especial y, por tanto, también su regulación lo es.⁹⁹ Se establece por tanto un paralelismo en lo que a la extinción causal se refiere, apartándose completamente en el ámbito de la dimisión, así como de los efectos automáticos de la extinción *ad nutum*¹⁰⁰. Y ello porque, con la nueva regulación desapareció la consideración de extrasalarial de la antigua “prima de fichaje” que se pagaba en concepto de cumplimiento íntegro del contrato. Así, resultaba imposible *mantener la resolución ad nutum de la devolución* de dicha prima¹⁰¹.

La peculiaridad, en este caso, es que, en el caso de los deportistas profesionales, se está ante un supuesto cercano en su significado al del pacto de permanencia.¹⁰²

⁹⁹ RD 1006/1985, de 26 de junio, de deportistas profesionales.

¹⁰⁰ CARDENAL CARRO, M.: *Deporte y derecho. Las relaciones laborales del deporte profesional*. Universidad de Murcia. 1996. Pág.354

¹⁰¹ Por todos, ESQUIBEL MUÑIZ, U.: *Las denominadas “Cláusulas de rescisión” del contrato de los deportistas profesionales*. Ed Dykinson SL. Madrid. 2005. Pág. 39. ROQUETA BUJ, R.: *El trabajo de los deportistas profesionales*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1996. Pág.196 y SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. Y GUERRERO OSTOLAZA, J.M.: *El contrato de trabajo del deportista profesional*. Ed. Civitas. Madrid.1991. Pág.71-73.

¹⁰² Así lo ha entendido CRUZ VILLALÓN, J.: *El pacto en convenio colectivo de la indemnización por formación de los deportistas profesionales*. Relaciones Laborales, Tomo II. 1986. Pág.330

1.3. Resolución

Similar término al anterior queda reflejado en el 1124CC, en que se habla de la posibilidad de “*resolver*” obligaciones recíprocas. A lo largo de este trabajo se observarán no pocos paralelismos entre este precepto civil y la fundamentación jurídica de la extinción causal. Ayudan a ello las diversas definiciones que da la doctrina civilista, y que refieren a la facultad de una de las partes contratantes, en una obligación recíproca, de denunciar el contrato en virtud de un incumplimiento de la otra¹⁰³. Así, su naturaleza jurídica será muy similar a la contenida en el art.50ET. Es por ello que, tanto en el caso de la resolución como en el de la rescisión, las diferencias van a venir dadas por las peculiaridades propias de cada ordenamiento y por las características de las partes que lo integran, así como de las consecuencias jurídicas que se derivarán en uno u otro caso.

1.4. Dimisión inducida

Tampoco debe este trabajo enfocarse desde el prisma de lo que se ha llamado “dimisión inducida”, que perfectamente se encuentra prevista en la STS de 6 de febrero de 2007¹⁰⁴. En este caso concreto, un trabajador sustrae dos linternas del comercio en el que presta sus servicios siendo captado por las cámaras de seguridad. Tras ser informado del hecho, la dirección le hace saber de las consecuencias laborales y penales que de estos hechos pudieran derivarse, dándole la oportunidad de redactar de su puño y letra una baja voluntaria. Finalmente, esta “invitación” no significó coacción alguna, puesto que ni la dimisión “por motivos personales” entrañó vicio en el consentimiento, ni existe norma alguna que imponga un periodo de reflexión para tales supuestos, ni la retractación posterior (al día siguiente) evidencia la voluntad viciada.

¹⁰³ ÁLVAREZ VIGARAY, R.: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. Tercera edición. Editorial Comares. Granada. 2003. Pág.75. También MANRESA y NAVARRO, J.M. en: *Comentarios al Código Civil español*. Ed. Reus. Madrid. 1987. Pág. 353.

¹⁰⁴ RJ.2007/3340

1.5. *El mutuo disenso*

La extinción del contrato de trabajo por “la voluntad de las partes” está recogida en el artículo 49.1.a) ET y el mero hecho de haber sido redactado de forma separada del apartado d) ya indica una voluntad del legislador de diferenciar ambas conductas.

Sin embargo, las similitudes son indudables y la mayoría de obras dedicadas al concepto de dimisión tienen un apartado dedicado al mutuo disenso. Efectivamente, si la dimisión es el acto por el que, de forma voluntaria e indubitada, el trabajador pone fin a su relación laboral, dichas notas características se mantienen en el acuerdo extintivo.

En primer lugar, el carácter voluntario de la formalización del contrato que consiente en crear obligaciones en base al 1254CC se entiende también desde el punto de vista de aquellos mismos que lo pactaron, a decidir su final de igual manera.¹⁰⁵

En segundo lugar, ni en un caso ni en otro se exige una concreta forma de realización del acto extintivo más allá de la voluntad de las partes *debidamente formada y expresada*.¹⁰⁶

No obstante, las diferencias son también notables como se podrá observar a continuación, hasta el punto de ser consideradas instituciones jurídicas completamente independientes.

La principal razón es que la dimisión no constituye un acuerdo de voluntades, sino una decisión unilateral por parte del trabajador. Así, la colisión de ambas figuras es corriente en ciertos casos, si bien deben distinguirse unas conductas de otras.

¹⁰⁵ Así NÚÑEZ BOLUDA, M.D.: *El mutuo disenso*. Ed. Mc Graw Hill. Ciencias Jurídicas. Madrid. 1996. Pág.42. También reconocidos civilistas como DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Vol.II. Pamplona. 2010. Pág.904.

¹⁰⁶ BLASCO PELLICER. A., “*La individualización de las relaciones laborales*”. Madrid. Consejo Económico y Social. 1995. Pág.145.

- Dimisión previa al acuerdo

En este sentido, podría por ejemplo suscitarse la duda de qué ocurre cuando un trabajador dimite y a continuación el empresario muestra su conformidad con tal decisión. La respuesta no admite discusión, los efectos serán exactamente los mismos en uno y otro caso puesto que la extinción *ad nutum* es de carácter recepticio, y se hará efectiva con independencia de que el empresario muestre o no su conformidad. Piénsese que lo contrario sería tanto como reconocer que es el empleador el que debe dar su permiso al ejercicio del derecho, situación completamente ajena a la voluntad del legislador y al principio de unilateralidad del 49.1.d)ET.

En este sentido se ha valorado la firma del recibo del finiquito como un acuerdo de voluntades. Efectivamente, en este supuesto existe una doble voluntad de finalizar la relación laboral y satisfacer todas las obligaciones que quedaran pendientes. Sin embargo, es necesario tener claro que el recibo del finiquito es única y exclusivamente una cuestión de cantidades, que en nada afecta a la situación del vínculo laboral¹⁰⁷.

Dicho de otra forma, el empresario no puede entrar, ni siquiera en virtud de un acuerdo, a valorar la extinción de un contrato de trabajo que ya ha quedado extinto con anterioridad. En cualquier caso, habrá que atender a la verdadera voluntad de las partes¹⁰⁸, derivada de sus actos y no a lo que éstas manifiestan. Además, no debe olvidarse que los pactos no pueden ser en ningún caso abusivos para ninguna de las partes.¹⁰⁹ Si lo que se pretende es defender el finiquito como manifestación de la voluntad del trabajador de extinguir el contrato de trabajo, ésta deberá constar expresamente.

¹⁰⁷ GARCÍA RUBIO, M.A.: *El recibo del finiquito y sus garantías legales*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1995. Pág.16

¹⁰⁸ STS de 18 de julio de 1990 (RJ.1990/6426)

¹⁰⁹ Sentencia de 20 marzo 1986 (RJ.1986/1361) y STSJ de Andalucía de 4 de marzo de 1997 (AS.1997/2758).

Sin embargo, sí conviene plantearse que ocurre en otros supuestos no tan pacíficos.

- Conformidad del trabajador con el despido

Otra de las posibilidades que puede darse y que podría entenderse como mutuo disenso es la renuncia del trabajador a las acciones legales encaminadas a evitar la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario.

A estos efectos coexisten dos opciones, una primera que consistiría en interpretar que la declaración del empresario tiene valor constitutivo y que, por tanto, los actos posteriores no afectan en demasía a la naturaleza del acto; mientras que una segunda visión entiende que, al existir un pacto posterior, el primero queda enervado.

En realidad el acto de despido es, al igual que la dimisión, un acto de tipo unilateral. Pero no sólo eso, si bien la dimisión posee efectos diferidos (la relación se rompe al finalizar el plazo de preaviso) y la extinción causal principalmente declarativos hasta la sentencia, el despido tiene en sí mismo un carácter constitutivo que hace que la relación, a pesar de que también pueda darse el plazo de preaviso, haya quedado resuelta desde que se tome la decisión. Por tanto, un posterior acuerdo puede referirse a los modos en que va a acometerse el fin del vínculo o las consecuencias de una y otra parte, pero en ningún caso restará valor a la naturaleza inicial de la voluntad empresarial.¹¹⁰

- Las bajas incentivadas

Debe en este sentido distinguirse el ofrecimiento de una baja incentivada de la dimisión inducida o que responde a la limitación de los daños que causaría al

¹¹⁰ Así lo entendieron RODRÍGUEZ SANTOS, E. *La extinción de la relación laboral por dimisión del trabajador*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. 2007. Pág.79. “*La individualización de las relaciones laborales*”. Madrid. Consejo Económico y Social. 1995. Pág.302. SANTIAGO REDONDO, K.M.: *La extinción consensual de la relación laboral. Un estudio sobre la delimitación de los tipos, su causalidad y calificación*. Editorial lex nova. Valladolid. 2000. Pág.231. Este último lo hace en base a jurisprudencia reiterada, véase la STS de 29 enero 1987 (RJ.1987/296); que fue seguida de muchas otras, en el ámbito de los organismos públicos, como por ejemplos las SSTs de 16 de mayo de 1988 (RJ.1988/3630); y de 14 de enero de 1988 (RJ.1988/1).

trabajador una ulterior sanción disciplinaria de la empresa y que ya ha sido comentada anteriormente.

En este caso de lo que se habla es de acuerdos extintivos entre empresario y trabajador en que este último recibe algún tipo de compensación por su cercanía a la edad de jubilación y que acostumbran a ser conocidas por prejubilaciones.

Si bien es cierto que el trabajador manifiesta su voluntad decisoria en un documento escrito, lo cierto es que dicha voluntad responde únicamente a un pacto con el empresario.

Una de las diferencias más importantes que pueden resaltarse con la dimisión es que, mientras en la extinción *ad nutum* la voluntad extintiva parte del trabajador, en las bajas incentivadas la oferta de extinción siempre parte del empresario, que es quien puede ofrecer las condiciones del pacto.

La razón de esta modalidad extintiva tiene un carácter marcadamente social. Siempre es mucho menos problemático el ofrecer un pacto a un trabajador que iniciar un procedimiento de despido que, no sólo suele acabar con un largo proceso, sino que además pone a la empresa en una incómoda situación ante el resto de los trabajadores, amén de que éste puede ser declarado injustificado o nulo, agravando las consecuencias que del acto se derivan.

Su razón dentro del ámbito del derecho de obligaciones radica en el 1809CC que expone que las partes de un contrato dando, *prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa*, evitan los males mayores que supondría la iniciación de un proceso judicial.

Además, normalmente las bajas incentivadas no suelen ofrecerse a personas específicas sino que, en el ámbito de las empresas de cierto tamaño, cuando se decide amortizar puestos de trabajo o regenerar la plantilla, se hace un

ofrecimiento genérico a un perfil de personas concreto, por lo que no existe discriminación a no ser que los requisitos posean ese carácter.¹¹¹

Por otra parte, en el análisis de las figuras de la dimisión y la extinción causal se dedicarán apartados dirigidos al estudio de sus efectos. Pero previamente es necesario recordar que los efectos que aquí se citan son los derivados de la extinción del contrato de trabajo por mutuo disenso puramente entendido, en relación con el 49.1.a) ET y no las conductas asimilables que han sido expuestas con anterioridad como ejemplo de lo que no debe entenderse como un verdadero acto consensual.

Así, la primera comparación indica que las consecuencias en lo que a la prestación de desempleo se refiere son exactamente las mismas. Ni aquel que llegue a un pacto con su empleador ni aquel que dimita por su sola voluntad tienen derecho a la prestación por desempleo ya que ni la letra a) ni la d) del artículo 49 encuentran acomodo en el artículo 208 LGSS. Esta solución es del todo lógica dado que la prestación por desempleo está enfocada a paliar la pérdida del empleo de aquel que, de forma sobrevenida e involuntaria, se enfrenta a una situación económica adversa.

Así, si existe un pacto entre empresario y trabajador, que raramente adolece de un acuerdo económico implícito u otros motivos de fondo, éste último es el que decide prescindir de la fuente de financiación personal que supone el salario, asumiendo los efectos que se derivan, incluida la pérdida de la prestación.

Otra similitud que puede encontrarse entre dimisión y mutuo disenso es que en ambos casos es completamente irrelevante si existe causa alguna para llevarlas a cabo. Así como el art.50ET, en relación con la rescisión del 1290CC, precisa de

¹¹¹ RODRÍGUEZ SANTOS, E. *La extinción de la relación laboral por dimisión del trabajador*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. 2007. Págs.79-80. RODRÍGUEZ SANTOS, E. *La extinción de la relación laboral por dimisión del trabajador*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. 2007. ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: *El abandono del trabajador: una forma de exteriorizar la facultad dimisoria*. Ed. Aranzadi. Thomson Reuters. Pamplona. 2012. Pág.53

motivos que la habiliten (en el propio art.50ET y en el 1291CC), en este caso no es necesario que se justifique la finalización sobrevenida.

Sí existen grandes diferencias en cuanto a la eficacia y efectos que el mutuo disenso tiene sobre la relación extinguida.

En primer lugar, la fecha de efectos de una y otra figura no son exactamente las mismas. Y ello porque, si bien la exteriorización de la decisión no requiere simultaneidad con ningún otro acto, en el supuesto del acuerdo es extraño que el concurso de voluntades se dé de una forma coincidente y espontánea en el tiempo. En cualquier caso, la dimisión correctamente ejercitada surtirá efectos desde el momento en que se exprese y reciba por el empresario, sin finalizar la relación laboral hasta el transcurso del período de preaviso, mientras que en el mutuo disenso la relación puede quedar extinta de inmediato.

En segundo lugar, respecto de la naturaleza del mutuo disenso, existe una visión muy extendida que entiende que esta institución no es más que un contrato sucesivo¹¹² que no extingue el anterior, sino que lo deja sin efectos jurídicos, mientras que otra parte de la doctrina opina que este segundo contrato atañe directamente al primero¹¹³.

Manifestando de antemano que mi opinión va acorde con la segunda postura, lo que pretendo poner de manifiesto es que en el mutuo disenso existe un contrato posterior que, de una u otra forma, afecta a un primero, mientras que en la extinción *ad nutum* o causal se está ante un acto unilateral en que no coinciden dos o más voluntades si se pretende un contrato novatorio.

En la misma línea, algunos autores han entendido que no existe problema alguno para reconducir un pacto novatorio al 49.1.ET, dado el carácter constitutivo de la autonomía de la voluntad, naciendo un nuevo convenio que sustituirá al anterior

¹¹² OSTI, G.: *La risolubilità dei contratti per inadempimento*, I, Imola 1922. PÉREZ, M.: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Tomo XV. Vol. I. Ed. Edersa. Madrid. 1989. Pág.203. NÚÑEZ BOLUDA, M.D.: *El mutuo disenso*. Mc Graw Hill. Ciencias Jurídicas. Madrid. 1996. Pág. 138

¹¹³ DÍEZ PICAZO, L.: *Sistema de derecho civil. El contrato en general. La relación obligatoria*. Vol. II. Tomo I. Décima edición. Ed: Tecnos.. Madrid 2012. Pág.253.

con la peculiaridad de que la nueva situación no será otra que el fin del vínculo.¹¹⁴

En definitiva, y pese a las diversas notas comunes que puedan unir a ambas conductas, las diferencias son de la suficiente entidad como para hablar de dos instituciones de naturaleza similar, por cuanto ambas persiguen la extinción del contrato de trabajo, pero completamente diferenciables en la práctica.

En cuanto a su aparición en el mundo del derecho del trabajo, desde luego ha suscitado muchas menos dudas que la dimisión, por su carácter de pacto y voluntad de ambas partes.

Así, si no existe duda de la posibilidad del trabajador de extinguir el contrato por su propia voluntad, cuanto menos va a existir a hacerlo mediante pacto. Es más, como expone SANTIAGO REDONDO¹¹⁵, ante el silencio del legislador respecto de la definición y efectos del mutuo disenso, no cabe otra interpretación que la de acudir a la libertad de las partes, con el ya consabido respeto a las normas laborales más básicas y el respeto a los derechos de las partes.

1.6. Conclusión semántica

En conclusión, es necesario referirse a la dimisión como a una vía de unilateralidad que refleja un negocio jurídico y que debe atender a la buena fe por parte de aquel que la realiza. Al igual que el empresario debe anunciar su voluntad de extinguir el contrato de trabajo cumpliendo una serie de requisitos, la dimisión se constituye como la figura paralela desde el punto de vista del trabajador, en la finalización del contrato de trabajo.^{116 117}

¹¹⁴ BLASCO PELLICER. A., “*La individualización de las relaciones laborales*”. Madrid. Consejo Económico y Social. 1995. Pág.133. Citado en la misma obra, y en el mismo sentido, RIVERO LAMAS, J.: *La novación del contrato de trabajo*. Barcelona. 1964. Pág.154.

¹¹⁵ SANTIAGO REDONDO, K.M.: *La extinción consensual de la relación laboral. Un estudio sobre la delimitación de los tipos, su causalidad y calificación*. Editorial lex nova. Valladolid. 2000. Pág.116.

¹¹⁶ FERGOLA, P.: *La teoría del recesso e il rapporto di lavoro*. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. 1985. Pág.16. El autor habla de “*licenziamento*” respecto de la figura del despido y “*recesso*” a la hora de hablar de extinción si bien la traducción correcta de este término es “*retiro*”.

La propia acción devengará un efecto constitutivo como es el de la finalización de la relación laboral y exigirá, como se expondrá más adelante, una manifestación unilateral, específica y vigente que si bien no exige un acto solemne concreto, si precisa la efectividad total de la declaración y una conducta expresa o tácita acorde con la realidad expresada.

Por lo que respecta a la extinción causal, sin embargo, existe una voluntad unilateral, al igual que en la dimisión, pero que viene precedida de un agente externo, esto es, un incumplimiento, por la otra parte contratante. Así, mientras que en la dimisión la voluntad del trabajador es cesar en el puesto de trabajo que venía ostentando hasta el momento sin mayores razones que las de índole personal, que en nada afectan al ordenamiento jurídico, en la llamada “*dimisión provocada*”¹¹⁸, puede no existir tal intención, pero las circunstancias acaecidas e imputables al empresario han forzado que así sea. De este modo, y sin perder la condición de negocio jurídico resolutorio, tanto causas como efectos de una y otra decisión serán claramente y diferenciados.

2. Naturaleza jurídica de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador (relación con la teoría general de obligaciones y contratos)

*“El contrato de trabajo, como negocio jurídico bilateral, hace nacer la relación de trabajo entre los sujetos que lo conciertan. Es un acto jurídico al que el ordenamiento jurídico atribuye un efecto determinado: el de la relación laboral.”*¹¹⁹ La manifestación que realiza BLASCO PELLICER indica que un contrato laboral es, como pudiera serlo cualquier acuerdo amparado en los artículos 1089 y siguientes del Código Civil, la generación de una obligación sinalagmática, por la que el trabajador se compromete a realizar determinada

¹¹⁷ CARUSO, B; CINELLI, M.; FERRARO, G.: *Il rapporto di lavoro*. Giappichelli Editore. 2000. Torino. Pág.202. Como figura paralela se encuentra “le dimissioni” (o recesso del prestatore di lavoro) como “la cesación del contrato de trabajo decidida unilateralmente por el “prestatore” (trabajador).

¹¹⁸ GONZÁLEZ DE PATTO, R.Mª.: *La dimisión provocada*. Ed. Comares. Granada. 2009.

¹¹⁹ BLASCO PELLICER. A.: *La individualización de las relaciones laborales*. Madrid. Colección Estudios. 1995

actividad bajo la dirección del empresario y éste, a su vez, se obliga a remunerar la tarea realizada.

Esta asimilación no es baladí en tanto en cuanto, el ordenamiento laboral, y en concreto el contrato de trabajo, proceden del arrendamiento de servicios del Código Civil. Dicha procedencia ha causado en ocasiones cierta falta de estudio y algunas lagunas a la hora analizar determinadas figuras jurídicas.

Sin embargo, resulta a mi juicio necesario hacer una distinción clara entre los órdenes civil y laboral. Más aun, en este caso, pues los contratos de trabajo son, a juicio de CABRERA BAZÁN¹²⁰, relaciones jurídicas en que una de las partes está en clara desventaja. De ahí que sea necesario puntualizar correctamente los términos y proteger al sujeto más desfavorecido.

En este sentido, el Estatuto de los Trabajadores¹²¹ indica en su artículo 49.1.d) que cabe la resolución del contrato de trabajo “*por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar*”.

2.1. La dimisión

En torno a este artículo y a la facultad que asiste al trabajador de ejercer la *extinción ad nutum* de trabajo girará el estudio a realizar en la segunda parte de este trabajo. No obstante, y antes de profundizar más en este sentido, es importante tener en cuenta la fundamentación que asiste a esta institución. Si bien puede pensarse que se está ante una renuncia de derechos, opino que tal afirmación es ciertamente errónea.

¹²⁰ CABRERA BAZÁN, J: “*Sobre la causa y el principio de equivalencia de las prestaciones del contrato de trabajo*”, en *Estudios del Derecho del Trabajo (en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón)*. Tecnos. Madrid. 1980. Pág.155

¹²¹ Cuya redacción inicial está contenida en la Ley 8/80 de 10 de marzo, y confirmada por Real Decreto Legislativo 1/95, de 24 de marzo

Efectivamente, OJEDA AVILÉS¹²² habla del derecho de disposición como de aquel *que habilita a la persona para realizar negocios jurídicos de enajenación patrimonial*. Es por tanto un derecho que asiste al trabajador. Si bien es verdad que con la renuncia al puesto de trabajo el trabajador pierde los derechos que le asistían (a cobrar un salario principalmente), no es menos cierto que tal libertad se hace por la exclusiva y unilateral voluntad del trabajador que, sin causa alguna, tiene la posibilidad de rescindir una relación sinalagmática¹²³. Posteriormente se verá además que, cumpliendo los requisitos que estipula el ET (en relación con el preaviso), puede hacerlo incluso sin ser responsable por daños y perjuicios para con el empresario. Daños que raramente se exigen y que fueron, como se ha expuesto antes, expresamente apartados de la redacción final del Estatuto de los Trabajadores. En este sentido, ha de tenerse claro que la dimisión *ad nutum* se configura como un negocio jurídico resolutorio efectuado por la sola voluntad del trabajador por cuenta ajena cuyo efecto principal es la extinción del contrato que une a ambas partes.

Sin embargo, el artículo 1256CC es muy claro a la hora de señalar que los contratos no pueden quedar al arbitrio de una de las partes. Ante esta afirmación, ¿cabe la resolución *ad nutum* del contrato de trabajo por voluntad del trabajador? A fin de cuentas, y observando de manera estricta el precepto del Código Civil, quedaría a merced de una de las partes la posibilidad de resolver una relación contractual sin causa aparente.

Se habla pues, de una situación excepcional que inhabilita la interpretación analógica del 1256 e incluso para algunos, se trata de una figura absolutamente excluida de los casos del propio precepto puesto que tal situación queda regulada específicamente en el 3.1.c)ET antes comentado. Sería viable esta posibilidad, por tanto, en aquellos ordenamientos en que se autorice expresamente. Esto es porque efectivamente, quedan desamparados los principios de obligatoriedad e

¹²² OJEDA AVILÉS, A: *La renuncia de derechos del trabajador*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1971. Pág.33

¹²³ SSTs de 27 junio 2001. (RJ.2001/6840); de 29 marzo 2001. (RJ.2001/3410); de 21 noviembre 2000. (RJ.2001/1427); STSJ Castilla-La Mancha de 9 febrero (AS.2001/1531)

irrevocabilidad. DÍEZ PICAZO se refiere a esta posibilidad, avalándola, al decir que no se trata de “*desistir de una relación jurídica creada por el contrato al arbitrio de los contratantes, sino autorizarle para poner fin a una situación jurídica*”.¹²⁴

Por tanto, y en palabras de MONTOYA MELGAR¹²⁵, es importante recordar que la extinción *ad nutum* por voluntad del trabajador es un *negocio jurídico resolutorio de carácter unilateral, eventualmente recepticio, constitutivo y no sometido a formas solemnes*. Es cierto que el autor también añade el adjetivo “causal”, pero no lo es menos que se refiere a una legislación diferente y que, de la lectura de su obra, no se desprende que con este término se esté refiriendo a causas motivadoras de la dimisión, sino más bien a la causa (tan particular por parte del trabajador) de querer finalizar la relación laboral. Por ello, y por no inducir a error ya que las causas por las que se puede llegar a tomar esta decisión, no son relevantes para el objeto del estudio, es conveniente extraer el término de la definición.

A la vista de esta apreciación, ha de concluirse que la extinción unilateral es un hecho (y un derecho) en la actualidad. Podría pensarse que esta actuación supondría un claro perjuicio para el empresario y, en cierto modo, así es¹²⁶. No obstante, la obligación de preaviso y la generación de indemnizaciones en caso de demostrarse los inconvenientes causados al empresario, hacen que la impunidad de la extinción no sea tal.

2.2. *La extinción causal*

La finalización del contrato de trabajo por voluntad del trabajador puede manifestarse de diversas formas, como ya se ha indicado con anterioridad. Sin embargo, es preciso distinguir aquellos supuestos, como la dimisión, en que la

¹²⁴ DÍEZ PICAZO, L. “*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*”. VOL I, Madrid, CIVITAS, 1996

¹²⁵ MONTOYA MELGAR, A.: *La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador*. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla. 1967. Pág.30

¹²⁶ STS (Sala de lo Social), sentencia de 26 abril 1991. (RJ.1991/3390) por parte del trabajador y, paralelamente, por parte del empresario, ante la falta de preaviso STSJ de Andalucía, de 13 de mayo de 1999 (AS.1999/2808) y del TSJ de la Comunidad Valenciana, de 10 de mayo de 2000 (AS.2000/4415).

voluntad es libremente formada, de aquellos otros en que interviene causa externa que motiva la decisión.

Si bien el fundamento extintivo es similar, en cuanto al hecho de constituir un negocio jurídico resolutorio¹²⁷, la diferencia estriba en la motivación de la decisión, ya que en la dimisión ésta es completamente irrelevante, mientras que en la extinción causal es el objeto de la finalización contractual.

Y ello porque, pese a que la última decisión procederá siempre del trabajador, de lo que se trata es de que aquel que ha sido perjudicado por un incumplimiento de la otra parte, no pague además con las consecuencias de una decisión que va contra sus propios intereses.¹²⁸

¹²⁷ *Comparte el carácter unilateral e irrevocable del acto.* RODRÍGUEZ SANTOS, E. *La extinción de la relación laboral por dimisión del trabajador.* Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. 2007. Pág.82. Conviene en este sentido precisar que la irrevocabilidad es única y exclusivamente del acto, dado que en el caso de la extinción causal éste ha de ser ratificado por un juez. No obstante, y como se observará en el futuro, la revocabilidad de la dimisión está siendo objeto de estudio en la actualidad.

¹²⁸ RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. *La voluntad del trabajador en la extinción del Contrato de Trabajo.* Ed. La Ley-Actualidad. Madrid. 1998. Pág.142.

***PARTE SEGUNDA: LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL POR
VOLUNTAD DEL TRABAJADOR SIN CAUSA***

**CAPÍTULO III: RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EXTINCIÓN DEL
CONTRATO DE TRABAJO POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR: LA
DIMISIÓN**

CAPÍTULO III: RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR: LA DIMISIÓN

El contrato de trabajo, al igual que cualquier otro vínculo jurídico de obligaciones recíprocas, precisa la observación de ciertos requisitos para constituirse válidamente. Del mismo modo, cuando lo que se pretende es finalizar dicha relación, resulta necesario igualmente atender algunas particularidades respecto de la persona que insta la resolución y el modo en que lo hace.

Por ello, en este capítulo se va analizar la figura del trabajador desde su posición de persona jurídica, hecho que le permite ejercitar derechos, como es el caso de la dimisión, y contraer obligaciones. Precisamente en este ámbito es de vital importancia el comprobar si, a la hora de ejercer la extinción por su propia voluntad, el empleado está en disposición de acometer una conducta que, si bien no supone una renuncia de derechos, sí conlleva el cese de una actividad que acostumbra a ser principal fuente de ingresos del trabajador.

Por otra parte, y respecto de los requisitos formales, el Estatuto de los Trabajadores nada observa en lo referente al ejercicio del derecho dimisorio más allá de apelar a la costumbre en lo referente al preaviso. No obstante la doctrina y principalmente la jurisprudencia, han ido perfilando una serie de requisitos que deben cumplirse a fin de realizar dicha conducta de modo menos traumático para ambas partes.

En este sentido, las prerrogativas que a continuación se estudiarán podrían plantearse como una limitación al derecho a dimitir. Aun así, y dada la laxitud de las mismas, parece más bien una forma de paliar los efectos de la extinción sobrevenida de la relación laboral y evitar consecuencias imprevistas, apelando a la buena fe, que una verdadera restricción de la potestad dimisoria.

Y precisamente, para concluir, será el preaviso como requisito de buena fe, uno de los que merezca mayor atención pues acostumbra a marcar, no sin ciertas matizaciones, la diferencia entre una dimisión correctamente acometida y supuestos tales como el de abandono del puesto de trabajo, con las consecuencias que ello implica.

En definitiva, en el presente capítulo serán tratadas todas aquellas exigencias de tipo formal y subjetivo que el trabajador, depositario del derecho en cuestión, debe cumplir y de las consecuencias que supone el no hacerlo.

1. La voluntad del trabajador y sus requisitos

Por lo que se refiere a las características que deben observar ambos sujetos, lo cierto es que el énfasis recaerá sobre la figura del trabajador, dado que el empresario no pasa de ser mero receptor de la voluntad dimisoria del empleado, reduciéndose su actuación a la denuncia de las posibles anomalías que puedan darse en la declaración, pero en ningún caso respecto de la decisión extintiva en sí misma.

No existe duda de que el derecho a extinguir la relación laboral sin necesidad de alegar causa alguna asiste al trabajador, que no precisará autorización o pacto alguno con su empleador para su ejercicio.

Sin embargo, y al igual que ocurre en las relaciones bilaterales en otros ordenamientos, sí se exigen ciertos requisitos para que la exteriorización de la voluntad sea conforme a derecho. Así, en este epígrafe se estudiarán tales prerrogativas, derivadas en su mayoría del derecho privado, pero atendiendo siempre a las especificidades de las relaciones de tipo laboral.

1.1. La voluntad: requisito de todo negocio jurídico

El contrato de trabajo es una relación de tipo laboral, fruto de un acuerdo al que se llega de manera libre por las partes que lo integran.

No obstante, puede darse tal caso en lo que DÍEZ PICAZO¹²⁹, entre otros autores, denomina “*vicios de la declaración*”, que se producen cuando la voluntad de una de las partes ha sido formada irregularmente. Es posible que esta circunstancia se dé por falta de información, coacciones o engaños, que lleven a la persona a tomar una decisión discordante con sus deseos.

En este supuesto, sin embargo, se habla de una actuación unilateral, en la que no debe mediar elemento distorsionador alguno. La dimisión consistirá en una actuación del trabajador realizada a conciencia y voluntad, que ponga fin al nexo jurídico laboral, siendo en la voluntad interna del dimisionario donde se forma ese ánimo y no interviniendo vicio alguno.

Dado que el Estatuto de los Trabajadores simplemente remite al 3.1.c) para dar validez a la voluntad de las partes, ha de acudir al Código Civil, y en concreto al artículo 1265, para saber que en la figura de la dimisión no debe intervenir nunca la violencia, el error, la intimidación o el dolo.

Se trata en este caso de una enumeración taxativa¹³⁰, que habilita la impugnación de los contratos por vicios en la formación del mismo.¹³¹

En conclusión, de lo que se trata es de evaluar la forma en que el trabajador hace uso de la autonomía de la voluntad, que puede ser definida como la potestad del

¹²⁹ DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. I Introducción. Teoría del contrato*. Ed. Civitas.1992. Madrid. Pág.186

¹³⁰ DÍEZ-PICAZO, L Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil* V2.Ed: Tecnos. 14ªEdición.Madrid.2012. Pág.53

¹³¹ Sin embargo, las diferencias con el ámbito civil son en este sentido notorias. A pesar de que existen supuestos excepcionales recogidos en el propio ordenamiento, lo cierto es que la regulación del derecho privado no es muy proclive a la aceptación de actos unilaterales no motivados por incumplimiento. Así, el art.1156CC, al hablar de las diferentes formas de extinción de la obligación, no contempla una opción asimilable a la extinción *ad nutum*. En cualquier caso, y como ocurría en el pasado en el ordenamiento laboral, el hecho de que no esté recogida o vista con buenos ojos, no significa que sea ajena a la realidad. Es más, el propio artículo obvia otras figuras como el mutuo disenso, la muerte o la condición resolutoria. Así lo entiende SÁNCHEZ CID, I.: *Lecciones de derecho civil. Parte General, Obligaciones y Contratos*. 2ª edición. Ed. Ratio Legis. Salamanca. 2013. Pág.289.

individuo de estructurar su esfera privada, y en este caso, la parte de la misma concerniente a su realidad laboral.¹³²

Y ello porque, en el ámbito del libre desistimiento no existen trabas a la libertad individual. De hecho, ni siquiera será aplicable el principio de indisponibilidad de derechos recogido en el 3.5ET¹³³ como más adelante podrá observarse, por lo que, a continuación, se analizarán los presupuestos que pueden invalidar la decisión extintiva, y que afectan únicamente a la esfera más personal de la voluntad del trabajador.

1.2. La relación entre la autonomía de la voluntad y la extinción del contrato de trabajo

A la hora de hablar de autonomía de la voluntad y de extinción del contrato de trabajo debe entenderse que van a tratarse dos términos estrechamente ligados. Desde el punto de vista de este trabajo de investigación, que estudia la voluntad del trabajador de extinguir el contrato de trabajo, no cabe la finalización voluntaria sin existir plena libertad para realizar este negocio jurídico resolutorio.

Su importancia es tal que puede considerarse el eje más importante del ordenamiento jurídico por lo que al ámbito negocial se refiere¹³⁴. En la legislación española, dicha libertad se recoge, dentro de la esfera privada, en el 1255CC supeditando la licitud de los contratos exclusivamente a aquello que esté dentro de “*la ley, la moral y el orden público*”.

¹³² En similares términos se expresa QUESADA SÁNCHEZ, A.J. en *La autonomía de la voluntad y el contrato*, en *Conceptos básicos de derecho civil*. 3ª edición. Valencia. 2009. Págs. 141-159 (142).

¹³³ Mientras que el art.3.5ET se refiere a los derechos del trabajador en el ámbito del desarrollo de su actividad laboral o a beneficios para el trabajador obtenidos mediante negociación colectiva o desarrollo normativo, y que la autonomía individual del empresario no puede enervar, la dimisión se refiere al ámbito constitutivo de la relación jurídica. Así lo entiende, entre otros, GOERLICH PESET, J.M.: *La extinción por libre desistimiento del trabajador: dimisión y abandono*. En: *Extinción del contrato de trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. Págs. 270-285 (274).

¹³⁴ Incluso ha llegado a ser calificada como cimiento sobre el cual descansa “la virtualidad de los contratos lícitos como fuente creadora de vínculos y obligaciones jurídicamente exigibles. Así, LÓPEZ AGUILAR, J.F.: *Derechos fundamentales y libertad negocial*. Ministerio de Justicia. Ministerio de Justicia. Madrid. 1990. Pág.39

En definitiva, la autonomía de la voluntad supone la libertad del individuo plenamente capaz de contraer obligaciones y decidir hasta qué punto lo hace. Sin embargo, es imprescindible, como se hace reiteradamente en este análisis, observar la intervención legislativa o “*publicización*”¹³⁵, según la cual los poderes públicos entran a regular esta materia con el objetivo de paliar la desigualdad que existe en ciertos contratos y, más concretamente, en el de ámbito laboral.

Hablando ya en clave laboral, BLASCO PELLICER¹³⁶ se manifiesta al respecto indicando que “*la autonomía individual se configura, así, no sólo como fuerza generadora de la relación jurídica, sino también como elemento causal de su extinción.*” Continúa, el propio autor, citando a DE CASTRO Y BRAVO, manifestando que tal potestad faculta, por sus propias características, a la generación, modificación y extinción de relaciones jurídicas.¹³⁷

En efecto, el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 49.1.d), recoge la máxima expresión de la autonomía de la voluntad en el ámbito extintivo, al facultar la finalización de la relación laboral, “*por dimisión del trabajador*”, sin más exigencias que el establecimiento de un período de preaviso.

En dicho precepto se manifiesta la opción del trabajador no sólo a crear, sino también a finalizar la relación laboral sin mayor obligación al respecto que la de un preaviso que evite complicaciones en el proceso productivo por ser sobrevenido. De este modo, el Estatuto de los Trabajadores realiza una interpretación extensiva del 35CE, entendiendo el derecho al trabajo desde un punto de vista amplio que incluye también el derecho a no trabajar donde uno no quiere.

¹³⁵ COMPAGNUCCI DE CASO, R.H.: *El negocio jurídico*. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1992. Pág.56. También se analiza la extensión del concepto de autonomía de la voluntad hacia supuestos relacionados con la extinción contractual en ALTERINI, A.A. Y LÓPEZ CABANA, M.: *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1989. Págs. 54-56.

¹³⁶ BLASCO PELLICER. A., “*La individualización de las relaciones laborales*”. Madrid. Consejo Económico y Social. 1995. Pág.140

¹³⁷ DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, pág.13.

No obstante, la autonomía de la voluntad no se limita tan solo a la extinción unilateral. Evidentemente, puede considerarse como su máxima expresión, dado que se trata de una rescisión arbitraria del propio trabajador, parte implicada en el contrato, que decide, sin tener que resarcir a la otra parte (en principio), por la decisión llevada a cabo.

Al contrario, existen otro tipo de comportamientos que también manifiestan la autonomía de la voluntad. El mutuo disenso es, probablemente, el ejemplo más claro. Recogido en el art.49.1.a) ET, hablamos del mutuo acuerdo como de la resolución bilateral del contrato de trabajo. Pese a que no es propiamente el objeto de este estudio, al afrontar esta figura debe tenerse en cuenta que la individualidad de la decisión permanece intacta con una salvedad, la aquiescencia y acuerdo de la otra.

En realidad, la situación es análoga a la de la extinción unilateral en el ámbito de la autonomía de la voluntad, si bien menos traumática puesto que se llega a un acuerdo en que es deseo de ambas partes el finalizar la relación contractual o, al menos, el modo de llevarla a cabo. Ningún problema suele concurrir en este tipo de casos dado que no parece existir objeción alguna a que las dos partes que consintieron libremente en obligarse recíprocamente, del mismo modo, decidieran eximirse de tales obligaciones, salvo que de ello derivara un daño para un tercero o existiera algún tipo de vicio por el cual alguna de las partes no consintiera libremente.

En cualquier caso, deben seguir manteniéndose todas las reservas y objeciones respecto de los vicios que puedan producirse pues la situación, normalmente, suele ser más desfavorable para el trabajador que, pese a manifestar la voluntad extintiva, es en realidad el que renuncia a su puesto de trabajo, mientras que el empresario puede sustituirle buscando un nuevo empleado. No obstante, las características del contrato de trabajo deben permanecer inalterables, de forma que el asalariado tenga plena libertad para decidir, en base a su relación contractual, si permanece o no en la empresa con los derechos y obligaciones que ello conlleva.

- Comparación con otros supuestos en que también interviene la voluntad del trabajador

A pesar de que las diferentes formas estudiadas responden a la voluntad del trabajador, de forma unilateral o bilateral, debe quedar clara la separación entre unos y otros conceptos.

Cuando la extinción es unilateral, la voluntad es exactamente la que se deriva del tenor literal de la declaración, esto es, finalizar por la iniciativa única y exclusiva de un sujeto, con la relación previa y vigente.

Cuando se habla del mutuo disenso, la extinción se da por la voluntad de ambas partes. Sigue manteniéndose la autonomía de la voluntad del trabajador, si bien ésta se mantiene en consonancia con la del empresario o empleador.

Debe concluirse que son dos manifestaciones de la individualización de la extinción del contrato de trabajo, pero con notas características muy diversas que las hacen independientes la una de la otra.

1.3. Elementos distorsionadores de la libre emisión de la voluntad: error, violencia, intimidación y dolo.

1.3.1. El error

El error es un vicio del consentimiento causado por la equivocación de buena fe que anula el acto jurídico, siempre y cuando afecte a lo esencial del mismo o de su objeto. De este modo, se observa una disonancia entre la voluntad externa e interna del trabajador dimisionario. Es el propio DÍEZ PICAZO¹³⁸ el que considera la figura del error como presupuesto de buena fe. Dicha equivocación debe referirse a un desconocimiento o conocimiento erróneo del acto jurídico que va a llevarse a cabo. Además, esta falta de información ha de ser el nexo causal predominante que lleva al trabajador a decidirse por la dimisión, o dicho de otra manera, debe ser la razón principal que lleva a la extinción. En ningún caso

¹³⁸ DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho...* Pág.176

puede referirse a un error de tipo secundario dado que, para que pueda ser revocado, debe demostrarse que es en base al error cometido, y únicamente por ese motivo, que se emitió tal declaración de voluntad¹³⁹. Sin embargo, no hay que olvidar que, al contrario que algunas de las figuras que se verán a continuación, en este caso no existe ilicitud alguna a cargo de la contraparte, es decir el empresario, que pueda conducir a la comisión de este acto.

De este modo, y atendiendo a lo dicho anteriormente, debe tenerse en cuenta el carácter de excepcionalidad que supone la alegación del error a la hora de ejecutar la dimisión. En este mismo sentido, RODRÍGUEZ SANTOS, aporta una visión al estudio que se centra en la inviabilidad del error sobre los motivos, dado que, efectivamente, la dimisión *ad nutum* es, por su naturaleza, una resolución del contrato de trabajo sin motivación alguna¹⁴⁰.

El trabajador que decide voluntariamente extinguir la relación contractual, debe probar que el error fue la causa y que de no haber existido tal error, no se hubiera dado la circunstancia de la extinción.¹⁴¹ Nuestro Código Civil argumenta, en sintonía con algunos autores¹⁴² que “*para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo*”.

Es muy típico en este sentido, el alegar el error de confundir la recepción de la carta de despido con la emisión de la voluntad dimisoria. Por esta razón, el Tribunal Supremo ha venido aplicando una jurisprudencia bastante restrictiva y reacia a apoyar esta versión. Exige, para aceptar este motivo, que la parte demuestre la falta de claridad en el documento, su extensión, su complejidad...

¹³⁹ PIETROBON, V.: *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1971. Pág.532.

¹⁴⁰ RODRÍGUEZ SANTOS, E. *La extinción de la relación laboral por dimisión del trabajador*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. 2007. Pág.147

¹⁴¹ SSTS de 29 junio 2009 (RJ.2009/4288) y de 22 de mayo de 2006 (RJ.2006/3280); también SSTSJ Madrid, de 10 septiembre de 2010 (AS.2010/2262) y de 16 de octubre de 2009 (AS.2009/2959).

¹⁴² DE COSSIO, A.; DE COSSIO, M.; Y LEÓN-CASTRO, J.: *Instituciones de derecho civil. Parte general, obligaciones y contratos* Pág.443.

también se atiende a los comportamientos anteriores y posteriores que el trabajador lleva a cabo.¹⁴³

De otro lado, es importante hablar de los errores de cuenta. Este tipo de fallos, dado el carácter restrictivo del que hemos hablado antes, en ningún caso darán lugar a la revocación de la dimisión y ello por dos razones: la primera es que, efectivamente, un error de cuentas es un motivo que no podría incardinarse en el ámbito de la dimisión, ya que es un fallo puntual fácilmente subsanable y; la segunda, es que el artículo 1266CC tan sólo habla de la corrección del error numérico sin habilitar ninguna otra opción.

Por último, debe hablarse del concepto de “*error excusable*”¹⁴⁴. Se trata de un fallo que atendiendo a la STS de 4 de enero de 1982, cumple con los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La misma sentencia explica que el error pierde su excusabilidad cuando pudo ser evitado utilizando una diligencia media o regular.¹⁴⁵ Lo que pretende la jurisprudencia en este caso es evitar confundir error con negligencia, perjudicando a un tercero que en nada interviene cuando el error pudiera haberse evitado. Debe tenerse en cuenta, además, la conducta llevada a cabo. No cabe referirse únicamente al actor sino también a sus circunstancias personales, como pueden ser los conocimientos del dimisionario sobre aquello que manifiesta, su nivel intelectual, la información que se le ha aportado y, por supuesto, las de la contraparte, que no puede haber sido motivo de la conducta errónea. En este caso se estaría hablando de un error provocado que, por supuesto, invalidaría la dimisión, generando en el trabajador la confianza justificada acerca de los hechos a los que el error se refiere.

En definitiva, debe quedar claro que la consecuencia del error es la ineficacia del negocio, por lo que permanecería vigente la relación laboral y la realidad contractual quedaría retrotraída al momento anterior a la declaración dimisoria del trabajador.

¹⁴³ STS de 14 de 1994. (RJ.1994/1469)

¹⁴⁴ GOERLICH PESET, J.M.: *La extinción por libre desistimiento del trabajador: dimisión y abandono*. En: *Extinción del contrato de trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. Pág.276

¹⁴⁵ RJ.1982/79

1.3.2. Violencia

Es la máxima expresión de elemento distorsionador de la voluntad de una persona. Ésta emite una declaración obligada por otra, generalmente por la contraparte del contrato o en otros casos por un tercero, mediante el uso de fuerza física sobre la misma o sobre las cosas. COMPAGNUCCI la definió como “*el constreñimiento corporal sobre otro para que obre de determinada manera o forma*”.¹⁴⁶

Para entender lo que nuestro ordenamiento considera violencia debe acudirse al 1267CC que expone que, “*hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible*”. Debe entenderse violencia no sólo como manifestación de una conducta coactiva física, sino también como aquella que llevada a cabo, genera en el que la padece la sensación de no tener otra alternativa o de las consecuencias que podrían derivarse de no actuar como pretende el agresor. Esta distinción es la que se refiere a los términos de violencia absoluta y relativa. Los efectos de esta diferenciación vienen a ser, a grandes rasgos, que en la primera no existe el contrato, puesto que no se considera que existió consentimiento, mientras que en la segunda cabe la impugnación al amparo del 1268CC.

El ordenamiento exige, para que la violencia invalide el acto de la dimisión, que la fuerza sea “*irresistible*”, existiendo además una relación de causa-consecuencia entre la coacción ejercida y el resultado pretendido. Además, es importante recalcar que una vez probada la fuerza utilizada, el trabajador no debe hacer ningún esfuerzo adicional en probar cómo afectó en su ánimo esta conducta, puesto que la violencia es ilícita en cualquier caso.

Sí debe quedar probado que existía una manifiesta imposibilidad de negarse a esta coacción de manera eficaz.

Sucede que, en ocasiones, el que comete la coacción opta por hacerlo mediante otra persona. Son casos en que la conducta se realiza a través de un compañero

¹⁴⁶ COMPAGNUCCI DE CASO, R.H.: *El negocio jurídico*. Ed. Astrea. 1992. Buenos Aires. Pág.293

de trabajo, una persona ajena o se está ante una conducta generalizada de menosprecio por parte de las personas del entorno, si bien, en este caso, no se estaría ante un caso de violencia sino más bien ante un supuesto de acoso laboral o mobbing. El hecho es irrelevante en todo caso pues la violencia, como se decía, es ilícita sin importar quien la ejerza, y siempre y cuando pueda demostrarse el nexo causal entre ambas conductas.

De nuevo debe concluirse que, si queda probada la conducta ilícita, la declaración de extinción de la relación laboral no tendrá valor alguno. En consecuencia, la situación se retrotraería al momento inicial, al igual que en el caso anterior, y el empresario estaría obligado a reincorporar al trabajador a su puesto de trabajo.

Por último, es importante distinguir los conceptos de violencia e intimidación (que será tratada a continuación), puesto que la jurisprudencia las diferencia tratando a esta última *“no como una violencia que priva absolutamente de la voluntad, sino, lo que la doctrina suele definir como “vis compulsiva”, en la medida que implica un temor ante un peligro actual o futuro sobre la persona o bienes, y que frente a la “vis absoluta” sí requiere ser demostrada”*.¹⁴⁷

¹⁴⁷ STS de 4 octubre de 2002 (RJ.2002/9797) y en el mismo sentido, dentro del ámbito civil, las SSTS de 21 de octubre de 2005 (RJ.2005/8548), de 5 de octubre (RJ.1995/7021) y de 7 de febrero (RJ.1995/74) de 1995. En el ámbito laboral, gran parte de la doctrina judicial va en la línea de la dimisión inducida, motivo que no ha sido reconocido por la jurisprudencia como de intimidatorio, tal y como se expresa en las SSTS de 14 de junio de 2010 (RJ.2010/8436); de 13 de mayo de 2008 (RJ.2008/3042) y de 6 de febrero de 2007 (RJ.2007/3340). Sin embargo, otras sentencias han entendido que la conminación al trabajador a la baja voluntaria a fin de evitar un ulterior despido, debe ser resultado de una valoración proporcionada del ilícito cometido por el trabajador. De lo contrario, la conducta empresarial sí puede considerarse intimidatoria, tal y como exponen las STSJ del País Vasco de 2 de marzo de 2010 (AS.2010/2732) y en la misma línea las de TSJ de Galicia, de 5 de octubre de 2011 (AS.2011/370645); del País Vasco, de 17 de mayo de 2011 (AS.2011/301178); y de Andalucía, de 2 de febrero de 2006 (AS.2006/243806). En ellas se destaca la importancia de la conducta empresarial, cuando las diversas acciones llevadas a cabo por ésta se convierten en una amenaza coactiva que origina a todas luces la influencia de un ánimo que vicia la voluntad y el consentimiento expresado en la baja laboral efectuada. Así, la verdadera motivación interna del empleado a llevar a cabo la dimisión no responde a su autonomía de la voluntad, sino al temor fundado de los posibles daños que tal actuación pudiera causarle en un futuro.

1.3.3. La intimidación

Como se ha dicho, se está ante un caso similar al anterior en que el intimidante incita al dimisionario a realizar tal conducta, haciéndole conocedor de las consecuencias negativas que tendrá para su persona o sus intereses el actuar de modo distinto.

El artículo 1267CC considera intimidación a aquella conducta que, “*inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona y bienes (...)*”, o en el de sus más allegados.

Una vez más, el vicio del consentimiento debe anular expresamente la voluntad del trabajador, impidiendo que éste perciba cualquier otra posibilidad, y debe ser ejercido por persona interesada en tal conducta.¹⁴⁸

Al respecto, la jurisprudencia reacciona de manera restrictiva negando que la información sobre repercusiones jurídicas (despidos disciplinarios por ejemplo) constituyan “per se”, una coacción suficiente como para invalidar la declaración dimisoria, como reconoció la STS de 6 de febrero de 2007 entre otras.¹⁴⁹ Al contrario, debe considerarse una amenaza contra derecho o sobre ilícito. En concreto, debe amenazarse con un mal injusto.

No obstante, los propios tribunales, y a diferencia de lo que sucede con otras figuras, sí han establecido conceptos de lo que entienden es intimidación.¹⁵⁰ Por ello, al hablar de este vicio de la voluntad se hará de aquella conducta empresarial que fuerce al trabajador a tomar una decisión dañina para sus intereses propios, en este caso la dimisión, y que suponga una renuncia de

¹⁴⁸ SSTS de 7 febrero (RJ.1995/745.) y de 5 de octubre (RJ.1995/7021) de 1995 y de 21 de octubre de 2005 (RJ.2005/8548)

¹⁴⁹ Recurso de Casación (RJ.2007/3340) en relación con la STS y otras como la de 31 de diciembre de 1998 (RJ.1999/4674).

¹⁵⁰ La intimidación es *el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona y bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Para poder calificar la intimidación hay que tener en cuenta la edad y condición de la persona. Tanto la violencia como la intimidación pueden darse por terceros ajenos al contrato.* Así lo ha entendió la STSJ de Andalucía, de 10 febrero de 2009 (AS.2009/948).

derechos derivada de una actuación empresarial desproporcionada o no ajustada a derecho.¹⁵¹

Como criterios para establecer si existe violencia o intimidación, deben tenerse en cuenta las siguientes características:

a) Debe existir una amenaza

Debe entenderse el concepto de amenaza como la acción de intimidar a alguien con el anuncio de la provocación de un mal grave para la víctima. Para ello, ha de quedar patente que la amenaza fue real y como se ha expuesto, la doctrina judicial es bastante reacia, como demuestra la sentencia del TSJ de Canarias de 29 de octubre de 2008, que negó que existieran amenazas cuando se le indicó a un trabajador que si no aceptaba la entrada en una sucesión de empresa sería incluido en un futuro expediente de regulación de empleo. El motivo de desestimación de este punto fue que ningún trabajador de su grupo (administrativos) se vio involucrado en tal expediente.¹⁵² La amenaza puede realizarse de cualquier modo, ya sea por palabras, medios escritos, telemáticos...

Es importante no englobar como amenaza la indicación al trabajador de la posibilidad de emprender acciones legales por otro motivo ajeno a la posible extinción del vínculo laboral. En ocasiones ante un ilícito producido por el trabajador o una conducta susceptible de despido, la empresa ofrece al empleado la posibilidad de dimitir, a fin de que la extinción tenga un carácter de menor notoriedad que pueda empañar la imagen pública del mismo. De otro lado, esta misma situación puede utilizarse de manera abusiva para inducir al trabajador a tomar una decisión que no es conforme a sus intereses y que, en otras circunstancias, no hubiera tomado. Por ello, la jurisprudencia ha reiterado que en

¹⁵¹ La STSJ del País Vasco de 7 noviembre. (AS.2007/94891), se refiere al caso de una empleada de carnicería que, en lugar de tirar productos caducados, los etiquetó a mitad de precio, constatándose que finalmente la trabajadora no procedió a la exposición para su venta. Así, considera el tribunal que lo acertado hubiera sido un apercibimiento, a diferencia de la actuación empresarial consistente en la llamada a la trabajadora para que dimitiera de su puesto de trabajo a fin de preservar la naturaleza de los hechos y su participación dentro de la empresa, pues se trataba de una cooperativa.

¹⁵² AS.2009/126

estos casos el dimisionario debe ser informado de todos sus derechos y alternativas posibles, así como al asesoramiento de los representantes de los trabajadores y tener la oportunidad de consultar, si así lo desea, con representación letrada.¹⁵³

No obstante, deben distinguirse ciertas conductas a fin de no conducir a error. Existen otro tipo de ofrecimientos más cercanos al mutuo acuerdo que a la figura del despido, que tampoco pueden considerarse coacciones. En la STS de 23 de enero de 1986¹⁵⁴ se resuelve sobre un caso en que la empresa ofrecía la cesación de servicios a cambio de una contraprestación o indemnización al efecto y, *“Por ello, ha de desestimarse el motivo, en el que el recurrente aduce violación del art.49.4¹⁵⁵ del Estatuto de los Trabajadores, puesto que, conforme al relato fáctico, el demandante se acogió a la referida circular de la empresa y no dimitió de su cargo, como pretende el recurrente.”*

Caso distinto es el que se da cuando la información acerca de las posibilidades de la empresa contra el trabajador se hace por medios incorrectos. Se refiere este caso a aquellas conductas del empresario dirigidas a minar la voluntad del trabajador, utilizando medios de presión que puedan reducir su libertad o enfocar su decisión de manera determinante. Se habla en algunas monografías ya citadas de la creación de un ambiente especialmente hostil que redunde en las

¹⁵³ STS 1 de julio y 18 de julio de 1988; (RJ.1988/6111 y RJ.1988/6163). STSJ de Castilla y León, de 23 de febrero de 2012 (AS.2012/684); de la Comunidad Valenciana, de 25 de noviembre de 1999 (AS.1999/7490); de 23 de septiembre de 1997 (AS.1997/2998); de 19 de junio de 1996 (AS.1996/2998); y de 7 de mayo de 1993 (AS.1993/2575). A estos efectos, considero también de gran importancia la STSJ de Baleares de 20 septiembre. (AS.1995/3271) en que el Alto Tribunal expone la procedencia civil de la intimidación, ex artículo 1267CC, y que define como aquella voluntad que se obtiene de haber inspirado en el trabajador un *“temor racional y fundado”* de que, en caso de no llevarse a cabo, va a padecer un mal injusto e ilícito. De ahí que la propia sentencia haga mención al mal inminente y grave que puede sufrir la persona en sus intereses o bienes, o incluso en los de su familia. En este sentido, resulta relevante el destacar que, la advertencia de una ulterior acción legal en ningún caso puede suponer una coacción, o al menos no presume la intimidación *per se*.

¹⁵⁴ RJ.1986/271

¹⁵⁵ Actual artículo 49.1.d)

debilidades o temores del trabajador, o incluso de no guardarle el debido respeto o dignidad.¹⁵⁶

b) Debe suponer un temor para el amenazado

Con esto lo que pretende decirse es que para entender como tal una amenaza, debe existir un temor racional y fundado. Algunos autores como DÍEZ PICAZO sostienen que el contrato debe ser nulo si uno de los contratantes es consciente del miedo creado en la otra parte y, aún sin haberlo provocado, hace uso de esta situación en su propio beneficio.¹⁵⁷ Para que el temor causado al trabajador constituya un vicio de la voluntad extintiva el empresario, o alguien que actúe a instancias del mismo, deberá haber ejercido una amenaza sobre el trabajador, cuya eminencia y actualidad sean consideradas suficientes como para eliminar la voluntad del dimisionario por lo que debe existir un nexo causal entre el elemento intimidatorio, el mal que podría causarse y la decisión final que el amenazado se ha visto obligado a tomar.

c) El mal debe dirigirse contra el amenazado

En este sentido se expone que el daño producido ha de tener como sujeto pasivo al sujeto dimisionario. Tal efecto dañino puede producirse sobre el propio amenazado, pero también sobre sus bienes, “*o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes y ascendientes*”. Este mal debe dirigirse, efectivamente, contra bienes personales o patrimoniales, y debe ser considerado como “*inminente y grave*”, quedando el trabajador impotente ante esta conducta y siéndole imposible una reacción eficaz.

Tal intimidación habrá de permanecer vigente en el momento de la dimisión y suponer una decisión que podría llamarse “mal menor”. Puede hablarse de mal menor como del resultado de una amenaza que consigue crear, en el sujeto pasivo, la convicción de que la dimisión excluye el padecimiento de un perjuicio

¹⁵⁶ RODRÍGUEZ SANTOS, E.: *La extinción de la relación laboral por dimisión del trabajador*. Ed. Tirant lo Blanch. 2007. Valencia. Pág.155

¹⁵⁷ DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Ed. Civitas. Parte1. 1993. Madrid. Pag.161

mucho mayor. A modo de ejemplo, en los casos en que la empresa ofrece la posibilidad dimisoria, ha de constatarse que se está ante un pacto para evitar un despido disciplinario que perjudique la imagen del trabajador y no de un intento de “chantaje”.¹⁵⁸

d) Debe existir un nexo causal

Efectivamente, de nada sirve la coacción si ésta no tiene un hilo conductor a la decisión dimisoria del trabajador. Debería considerarse un ilícito igualmente, pero no conduciría a la nulidad de la emisión de voluntad puesto que en nada afectó a su decisión. El miedo al daño será el elemento que determine la decisión final y tan solo este extremo facultará la posibilidad de anular la decisión.

Sin embargo, no cabe duda de que la interpretación del trabajador, al ser una de las partes implicadas, siempre contendrá un cariz subjetivo por lo que será misión del Tribunal el descubrir cuán importante era el motivo por el que se solicitó la nulidad y, en qué medida influyó en la decisión final. En concreto, apunta ARCOS VIEIRA, es necesaria una certeza probatoria que no admita otras interpretaciones, deducciones o conjeturas.¹⁵⁹

A estos efectos, el artículo 1267.3CC, compele al juez a tener en cuenta factores como la edad o la “*condición de la persona*”, a la hora de determinar la posible conducta coactiva y, principalmente, la influencia sobre el individuo y sobre su decisión.

Dentro del mismo artículo se puntualiza, no obstante, que “*El temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el*

¹⁵⁸ En términos similares se manifiesta la STS de 8 de noviembre de 2007 (RJ.2008/247) en que se especifica que para que exista el vicio deben concurrir los requisitos de amenaza injusta o ilícita, mal inminente y grave, prestación de consentimiento contractual y nexo causal. También en este sentido la STS de 11 de octubre de 2005 (RJ.2005/8584) y la STSJ de Madrid, de 13 de junio de 2011 (RJ.2011/1922).

¹⁵⁹ ARCOS VIEIRA, M^a.L.: Responsabilidad Civil: *Nexo Causal e Imputación Objetiva en la Jurisprudencia*. Ed: Thomson-Aranzadi. 2005. Navarra. Pág.35. También en la STS DE 7 de junio de 2002 (RJ.2002/5216); SSTS de 31 octubre (RJ.2006/8882) y de 30 marzo. (RJ.2006/5291) de 2006; y de 30 de noviembre de 2001 (RJ.2001/9919)

contrato” en lo que se configuraría como una conducta de “*coacción moral*”, demasiado subjetiva a efectos de nulidad de la extinción.

Todos estos factores son de vital importancia dado que determinadas circunstancias, como lo pudieran ser la edad o la condición de cada uno, hacen más voluble la decisión del trabajador en un sentido o en otro. El problema reside en mayor medida en las consecuencias de la decisión como son la posible irrevocabilidad, la falta de prestación por desempleo... extremos estos que, ante ciertas situaciones, son valorados de forma más laxa por el dimisionario que es incapaz de ver más allá del momento del acto. Por tanto, se hace más notorio el conflicto por las repercusiones posteriores a la extinción, que por la finalización unilateral en sí misma, como apunta RODRÍGUEZ SANTOS.¹⁶⁰

En base a lo expuesto debe decirse que la consecuencia de este vicio del consentimiento es, según el artículo 1300CC, que “*los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados*”.

Concluyendo, la intimidación es un vicio de la voluntad que impide al trabajador el ejercitar libremente su voluntad con respecto a la continuidad de la relación laboral. Tradicionalmente se ha venido diciendo que se trata de la conducta empleada por el empresario consistente en crear en el trabajador el temor infundado a un mal inminente y grave, valiéndose de un acto injusto, y no del ejercicio no abusivo de un derecho, como en los casos de dimisión inducida.

Sin embargo, y pese a que el concepto tradicional sigue indudablemente en vigor, la jurisprudencia avanza por el camino de considerar males susceptibles de ser calificados como intimidatorios no sólo a aquellos que gocen de inminencia, sino también los que puedan producir un mal posterior de la suficiente entidad. Si bien en el ámbito laboral esta distinción no es en sí determinante, dado que el solo hecho de perder el empleo y las consecuencias que de ello se derivan ya son mal suficiente, teniendo en cuenta las repercusiones que para el trabajador por cuenta ajena supone el perder su principal fuente de ingresos, sí puede abrirse

¹⁶⁰ RODRÍGUEZ SANTOS, E. *La extinción de la relación laboral por dimisión...* Pág.156

una nueva vía para la inclusión de nuevos supuestos ajenos a la inmediatez hasta ahora exigida.¹⁶¹

1.3.4. Dolo

El artículo 1269CC señala que existe un vicio de la voluntad que hará ineficaz el negocio jurídico resolutorio, y en concreto existirá conducta dolosa, cuando se utilicen “*palabras o maquinaciones insidiosas*” que serán realizadas por parte o por orden de uno de los contratantes para celebrar un contrato que de no mediar esta presión, no se hubiera realizado.

En definitiva, dice la jurisprudencia, el dolo presupone que uno de los contratantes, conscientemente –“*como se deduce de la expresión «insidiosas» del artículo 1269 del Código Civil- pretende determinar la voluntad de su contraparte en el sentido por aquel previsto y querido, de modo que sin la conducta dolosa no se hubiera llegado a alcanzar el acuerdo.*”¹⁶²

a) Concepto

Las definiciones de dolo son innumerables. Destaca por su simpleza y acierto la expuesta por FUENTESECA, “*como una influencia antijurídica sobre la voluntad ajena*”¹⁶³.

Así, puede entenderse el dolo como la conducta contrapuesta a la buena fe y dirigida a interferir en la voluntad negocial de las partes contratantes para que una de ellas actúe en contra de sus propios intereses. En cualquier caso, el dolo viene definido en el 1269CC como ya se ha comentado anteriormente, por lo que

¹⁶¹ Sobre la distinción entre los conceptos tradicional y actual de intimidación, hace una clara distinción la STS de 29 julio (RJ.2013/5010). Esta nueva tendencia va en consonancia con recientes fallos que han exigido la modernización de la doctrina en relación con las nuevas operaciones comerciales tales como las SSTS de 15 de junio de 2009 (RJ.2009/4749); de 22 de octubre de 2008 (RJ.2008/5782); de 13 de marzo de 2008 (RJ.2008/2674); y de 17 de febrero de 2005 (RJ.2005/1413). Fundamentación eminentemente civil pero que puede abrir una nueva vía a otros planteamientos de tipo laboral.

¹⁶² RJ.1994/7157. Sentencia muy interesante teniendo en cuenta que profundiza sobre el concepto de abuso de derecho, que es en este caso, y que guarda una estrecha relación con el concepto anteriormente citado de dimisión inducida.

¹⁶³ FUENTESECA, C.: *El dolo recíproco*. Ed. Dykinson. Madrid. 2002. Pág.55.

únicamente conviene resaltar que, a pesar de que el precepto viene referido a la acción de contratar, igualmente puede ser de aplicación a la resolución del mismo.¹⁶⁴

En cualquier caso, sí es necesario incidir sobre el alcance del concepto doloso. Así, existen dos posibilidades: entender el dolo como un vicio de la voluntad en sí mismo o como elemento generador del elemento distorsionador.

Y ello porque el dolo puede aparecer tanto en la formación del contrato y en su fase de cumplimiento (más aun en relaciones de tracto sucesivo), como en su fase de finalización. Así, deberá entenderse el concepto desde el punto de vista más amplio posible.¹⁶⁵

b) Características

DE COSSIO Y LEÓN CASTRO¹⁶⁶ indican que en este caso aparecen entrelazadas, y a menudo confundidas, dos realidades que pueden generar una conducta dolosa. De una parte puede encontrarse una causa de vicio de la voluntad y, de otra, una infracción civil. Así, debe distinguirse que en el primer caso lo que se busca es la impugnación del contrato, o más concretamente, de la conducta extintiva, a fin de anular tal decisión y, a continuación, el ilícito civil que facultaría al juez para establecer una indemnización a favor del trabajador por el perjuicio causado.

Ligada a la figura del dolo aparece, muy a menudo, el elemento distorsionador del error. Efectivamente, una conducta dolosa genera una concepción en el dimisionario que puede conducirle a la extinción unilateral sin haberlo pretendido, o por causas equívocas. En este sentido y como recuerdan los autores citados en el anterior párrafo, debe tenerse en cuenta que la nulidad por error en

¹⁶⁴ Así lo ha entendido la STS de 29 abril. (RJ.1998/3269) en que se expone la viabilidad de la resolución, siempre y cuando no intervenga el dolo.

¹⁶⁵ FUENTESECA, C: *El dolo...* Pág.56.

¹⁶⁶ DE COSSIO, A.; DE COSSIO, M.; Y LEÓN-CASTRO, J.: *Instituciones de derecho civil. Parte general, obligaciones y contratos.* Pág.446

lo convenido y el dolo son dos vicios distintos definidos respectivamente en los artículos 1266 y 1269 del CC.

Sin embargo, el hecho de que puedan concurrir e invalidar el consentimiento por ser causa del mismo no obsta para que sean contempladas por separado como dos figuras autónomas. De este modo si se alega un error cometido por dolo de uno de los contratantes y no se demuestra esta imputación, pero sí la realidad de aquel vicio que priva de validez al consentimiento prestado, no será incongruente la sentencia que declare la conducta como nula, fundada en la existencia del error, y que al hacerlo así concede al demandante menos de lo por él pedido.

Debe exigirse por tanto que para que haya dolo intervengan cuatro factores¹⁶⁷:

- El empleo de palabras o maquinaciones insidiosas que generen el engaño en la contraparte.
- El propósito de engañar. Si bien no se requiere una voluntad dañosa, si debe existir el ánimo de crear confusión en aquel que lleva a cabo la extinción dado que el dolo debe contener, en todo caso, un elemento intencional.
- Que el autor sea una de las partes del contrato, no existiendo reciprocidad en la conducta dolosa.
- Que sea la causa de la decisión

A la vista de lo estudiado hasta ahora, ¿cabría la posibilidad de que el dolo fuera cometido por un tercero?

Para analizar este supuesto es importante resaltar que, al hablar de terceros, debe entenderse como tal, a personas que nada tienen que ver con la contraparte, en este caso el empresario. Por poner un ejemplo, no se estaría ante este supuesto, en caso de que el jefe de personal de la empresa, omitiera voluntariamente ciertos datos al trabajador por imperativo del empresario. Debe hablarse de un tercero como de aquella persona ajena a la contraparte. Podría ser el caso en que un representante legal del trabajador informara a éste de manera incorrecta o

¹⁶⁷ DE COSSÍO Y CORRAL, A.: *El dolo en el Derecho Civil*. Ed. Comares 2005. Granada. Págs.190-203

parcialmente veraz. Ante estas situaciones la reflexión es más compleja dado que el empresario nada ha tenido que ver. La solución en este caso podría darse acudiendo a una impugnación por error. Respecto al comitente de la conducta dolosa, el trabajador podría dirigirse contra él, reclamándole mediante una acción por daños y perjuicios.

Es curioso como el legislador, atraído sin duda por el derecho romano, entiende que la violencia ejercida por un tercero sí puede dar lugar a la rescisión del contrato, mientras que en el caso del dolo, sólo lo hará cuando sea ejercido por la parte contratante de forma directa.¹⁶⁸

En conclusión debe puntualizarse que para que exista la conducta dolosa, ésta debe ser grave. Pero no sólo debe ser considerada grave sino que además, debe probarse que fue esta conducta la que produjo la decisión final de extinguir la relación laboral.

1.4. Vicios derivados de la capacidad

La capacidad es uno de los requisitos necesarios para poder contratar. Por ende, se configura como una de las características necesarias para poder extinguir una relación laboral. A estos efectos, en lo referido a los vicios de la voluntad, se ha recurrido a lo estipulado en el Código Civil. Recordando el citado artículo 1263CC ahora en términos de capacidad, conviene resaltar que “*no pueden prestar consentimiento*”, los menores no emancipados y “*los incapacitados*”.

La interpretación de este artículo se da en relación con el 1304CC en el que se expone que aquellos que se encuentren en alguno de los supuestos del 1263CC y celebren un contrato podrán incurrir en motivo suficiente para la nulidad del contrato. La redacción de este precepto ha sufrido ciertas, y no de poca importancia, modificaciones en las últimas décadas que han adaptado su literatura a la evolución social, dejando de lado interpretaciones que atentaban

¹⁶⁸ GIORGI, G.: *Teoría de las Obligaciones en el derecho moderno*. Traducida de la 7ª ed. italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia y precedida de una introducción por Eduardo Dato Iradier. Madrid. 1913.

contra la igualdad de hombres y mujeres, o a acepciones poco afortunadas sobre aquellos considerados incapaces¹⁶⁹. En cualquier caso, hoy no parece complicado el entender que la razón del precepto es la protección de colectivos especialmente vulnerables. Ello se manifiesta en el hecho de que, a la hora de realizar negocios que puedan suponer ventajas jurídicas para el menor, no existe problema alguno.¹⁷⁰

Así, algunos autores han entendido el 1263CC desde el punto negativo, como legislación reguladora de la “*incapacidad para contratar*”, si bien reconociendo en cualquier caso la voluntad protectora del precepto.¹⁷¹

Sin embargo, más allá de la interpretación civil, en este caso debe acudir a la legislación más específica, esto es, al Estatuto de los Trabajadores que, en el artículo 7, trata las características de la contratación en el ámbito laboral. Podrán contratar, en base a este artículo, aquellos que puedan hacerlo según el Código Civil, más allá de algunas limitaciones de edad que serán tratadas de forma individual.

Se configura de este modo la capacidad como un requisito previo, condición sin la cual una prestación de consentimiento, en este caso una voluntad extintiva, no puede llevarse a cabo válidamente. Los artículos 6 y 7ET son los que indican, para el caso concreto, cuáles son los presupuestos que debe cumplir el trabajador.

Debe tenerse en cuenta respecto del acto jurídico a tratar (la dimisión), que la legislación no recoge expresamente tal figura en lo que a capacidad para llevarla a cabo se refiere. No obstante, parece bastante acertado el pensar que aquel con capacidad para contratar dispondrá también de la posibilidad de rescindir el acto jurídico que, a fin de cuentas, sí pudo generar. No sería muy lógico que un

¹⁶⁹ Previa la promulgación de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de protección del menor y que evita expresiones tales como “locos, dementes y sordomudos”, más cercanos a la retórica popular que a la base científica y al derecho.

¹⁷⁰ LÓPEZ SAN LUIS, R.: *La capacidad contractual del menor*. Ed. Dykinson. Madrid. 2001. Pág.64.

¹⁷¹ TOLDRÀ ROCA, M.D.: *La anulabilidad por causa de incapacidad. (Reflexiones en torno al artículo 1304 del Código Civil)*. Ed Tirant lo Blanch. Universitat de València. 2006. Pág.23. LÓPEZ SAN LUIS, R.: *La capacidad contractual del menor*. Madrid. 2001. Pág.64.

individuo, salvo por razones sobrevenidas, dispusiera de la capacidad necesaria para crear un vínculo generador de derechos y obligaciones que, más tarde, fuera incapaz de romper. Así parece manifestarse el artículo 7.b) ET al hablar de los “*deberes que se derivan de su contrato y para su cesación*”.

A tal efecto, lo primero que hace el citado artículo séptimo es remitirse al Código Civil para definir quién y quién no, posee la capacidad de contratar. De esta manera, se emite un precepto genérico según el cual, aquella persona que alcance la mayoría de edad tiene plena capacidad para contratar y rescindir. Posteriormente la norma hace varias matizaciones, dándose la posibilidad a los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho de contratar bajo la autorización de sus tutores legales. Del mismo modo, podrán hacerlo también los residentes extranjeros “*de acuerdo con la legislación específica*”. Caso aparte supone el consentimiento para menores de dieciséis años. En este caso, para contratar o rescindir, se precisa no sólo el permiso paterno, sino también el emitido por la autoridad laboral para espectáculos públicos y siempre con carácter de “*excepcionalidad*”.

Como conclusión, puede deducirse que tendrán capacidad para realizar dicha extinción:

- Mayores de dieciocho años según las reglas del CC. (art.1263)
- Mayores de dieciséis años o en régimen de mayoría de edad con base al art.321CC o emancipados legalmente.

Es aventurado y erróneo decir que un menor de dieciséis años tiene capacidad de contratar por el mero hecho de que un apartado del artículo 6 habilite su participación en espectáculos públicos. No debe olvidarse la excepcionalidad con la que se trata este extremo ni el hecho de que, si puede producirse esta contratación, responde más concretamente al otorgamiento de una “licencia” por parte de la autoridad laboral que a una verdadera capacidad para contratar o extinguir.

1.4.1. Limitaciones a la capacidad para dimitir: la edad

El artículo 12 de la Constitución Española de 1978 expone que “*los españoles son mayores de edad a los dieciocho años*”. De este modo una primera aproximación nos dirá que, en concatenación con las normas del Código Civil, existirá capacidad para contratar una vez cumplida esa edad y quien no la haya alcanzado, carecerá de la misma. En cualquier caso no debe considerarse al menor de edad como a una persona totalmente incapaz. En realidad, debe hablarse con más acierto de una “capacidad limitada”. Por tanto, a la hora de contratar, si un menor de dieciocho años y mayor de dieciséis lo hace sin consentimiento del tutor, el contrato será impugnabile y, en última instancia, anulable. Ello no quiere decir que no pueda darse alguna sanción de tipo administrativo para el empresario, como la derivada del artículo 548.1CP o de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.¹⁷²

Esta visión de la situación jurídica del menor viene avalada por parte de la doctrina, que opina que, a la hora de juzgar la situación de aquel que no ha alcanzado la mayoría de edad, es necesario hacer un análisis profundo y no aceptar que, el trabajador, al no haber cumplido este requisito, es completamente incapaz.

Dicha teoría entronca con el artículo 10CE y con la LO1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, acerca del libre desarrollo de la personalidad, que no puede ser completamente coartado por una razón de edad, habiendo de atender al caso concreto para conocer el alcance de tal incapacidad.¹⁷³

Por todo lo expuesto, ha de concluirse, respecto a la situación del trabajador en particular, que la mayoría de edad es el momento a partir del cual el individuo

¹⁷² DEL REY GUANTER, S. y otros: “*Estatuto de los Trabajadores comentado y con Jurisprudencia*”. Ed. La Ley. 2005. Madrid. Pág.136

¹⁷³ También con diversos autores, que abogan por esta teoría, baste nombrar a TOLDRÀ ROCA, M.D.: *La anulabilidad por causa de incapacidad. (Reflexiones en torno al artículo 1304 del Código Civil)*. Ed Tirant lo Blanch. Universitat de València. 2006. Pág.86. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *Pago y transmisión de propiedad. El artículo 1160 del Código Civil*. Ed. Civitas. Madrid. 1990. Págs.50-51.

pasa a tener plena disposición del ejercicio de sus derechos, de aquellos que le son provechosos, y de los que le suponen el contraer obligaciones. Pero ello en ningún caso supondrá que el sujeto esté *per se*, en una situación de incapacidad similar a la que pudiera declararse judicialmente.

Es por ello que, tras esta primera aproximación, deben observarse las peculiaridades que ofrecen el ordenamiento laboral y el Estatuto de los Trabajadores en concreto. Si bien algunas de ellas ya han sido mencionadas, otras son inherentes a la concreta relación jurídica de la que se habla.

En el ámbito laboral, la explicación de las limitaciones por razón de edad no atiende tanto a la incapacidad natural del individuo, como a un instinto protector del legislador.

Lo que sí debe quedar claro es que un individuo emancipado es, a todos los efectos, una persona capaz. Esto es, aquel trabajador mayor de dieciséis años con autorización paterna o de su tutor, tiene la capacidad para emitir una declaración válida, tanto a la hora de nacer la relación laboral como, en este caso, para darla por finalizada. Así lo recuerda el art.7.b) ET al indicar que si el representante legal autoriza la contratación, también faculta al autorizado a ejercer todos los derechos y cumplir todas las obligaciones que se derivan del contrato de trabajo, incluyendo su cesación.¹⁷⁴

Una vez prestada ésta autorización, el trabajador quedará facultado, con los límites del ET¹⁷⁵, a gozar de una relación laboral ordinaria, ejercitando plenamente sus derechos y cumpliendo, asimismo, con las obligaciones derivadas de la relación contractual.

Visto lo anterior resulta imprescindible, teniendo en cuenta que en este capítulo se están tratando los vicios del consentimiento, analizar qué ocurriría si un menor celebra un contrato de trabajo haciéndose pasar por mayor de edad.

¹⁷⁴ A estos efectos, es de vital importancia el Auto del Tribunal Constitucional de 12 de marzo de 1997 (AC.1997/77) en que se expone “*la autorización del representante legal de una persona con capacidad limitada supone no sólo autorizar para la celebración del contrato sino también para todas las vicisitudes de la relación laboral, incluida la extinción del mismo*”.

¹⁷⁵ Como puede ser la prohibición de realizar horas extraordinarias del artículo 6.3ET

No obstante, la principal diferencia que puede encontrarse entre los vicios anteriormente citados y el caso que ocupa es que, generalmente, el que produce el ilícito y se beneficia del mismo es en este caso el trabajador.

De este modo, para que pueda observarse una conducta susceptible de ser impugnada deben darse los siguientes requisitos:

- Que efectivamente el sujeto incumplidor sea menor de edad no emancipado y que no cuente con el permiso del tutor.
- Que el empresario haya podido presumir la mayoría de edad o sea lógico el error cometido.
- Que la infracción cometida cause algún daño al empleador. En este caso, no obstante, opino que el solo hecho de contratar a un menor mediante error supone en sí un daño, teniendo en cuenta las consecuencias que para el empresario puede tener respecto del desempeño de las posibles labores que hubieran sido pactadas en el contrato. Piénsese en profesiones de riesgo o en situaciones en que la actividad de la empresa pueda verse comprometida, como por ejemplo en posteriores transacciones que el menor realizara en nombre de la misma¹⁷⁶.
- Finalmente, es imprescindible que exista un comportamiento voluntario a la hora de ocultar la minoría de edad. Es decir, puede entenderse un error el caso de quien no revela su condición de menor porque no se le requiere o porque no lo considera necesario, pero sí existe dolo cuando, al ser requerido en este sentido, se hacen manifestaciones falsas o se oculta información al respecto.

En caso de ser los representantes del menor los que interpusieran la acción, se entendería que es porque las partes firmantes mantienen la intención de que el contrato siga en vigor, por lo que el perjudicado (en este caso el empresario),

¹⁷⁶ En el ámbito civil, existen autores que indican que, de no haber daño, el acto no es impugnabile. Ejemplos de ello son: ASÚA GONZÁLEZ, C.I.: *La culpa in contrahendo. Tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*. Universidad del País Vasco, Servicio Editorial. Bilbao. 1989. Pág.264. GÓMEZ CALLE, E.: *Los deberes precontractuales de información*. Ed. La Ley. Madrid. 1994. Págs.50-51.

podría tener derecho a una indemnización por daños y perjuicios a causa del dolo en la contratación y los efectos derivados de la posible anulación del contrato.

En definitiva, en el ámbito de la extinción los requisitos exigibles deben ser los mismos para el menor, puesto que no puede impedirse a un trabajador que ha sido amparado por el ordenamiento para contratar, a finalizar dicha relación jurídica. En el caso de los contratos ejercitados ilícitamente o en que concurren vicios como los enunciados anteriormente, no parece que haya problema alguno respecto de la posibilidad de finalización *ad nutum* del contrato de trabajo, cuando además persisten las notas de anulabilidad y posible impugnación sobre el mismo.

Finalmente, debe concluirse que, dado que el 1263CC emite un precepto afirmado negativamente (“*no pueden prestar consentimiento los que...*”), aquellos que sí cumplan tales requisitos estarán, en principio, facultados para la contratación y por extensión, a la extinción de la relación laboral.

1.4.2. Limitaciones en el ámbito de la contratación derivadas de la incapacidad

Existen más limitaciones a la hora de contratar que aquellas derivadas de la mera edad del trabajador. Hasta ahora se ha hablado de supuestos de capacidad plena o limitada. Debe enfocarse ahora el estudio desde el punto de vista de la falta de capacidad.

Como se ha visto anteriormente el artículo 1263CC habla de “*locos y dementes*” así como de “*sordomudos que no sepan escribir*”. Se deduce con facilidad que esta es una redacción que acompañó al Código Civil original pues, no existe duda hoy en día, de que ser sordomudo, por sí solo, no es condición directamente aparejada a la declaración de incapacidad.

Los contratos de los declarados incapaces no son nulos “per se”, son en realidad anulables. En este caso, la acción debe ser ejecutada por aquellos tutores o representantes legales del incapaz o, si tal incapacidad fuera temporal o

transitoria, por éste mismo desde el momento en que le fuera revocada. Como en el caso de la incapacidad derivada de la edad, no podría impugnar el contrato, o en este caso la extinción, la otra parte afectada.

Sin embargo, cuando hablamos de la extinción por parte de enfermos mentales o de disminuidos psíquicos no incapacitados, la acción reviste otras características. En efecto, se está ante un caso de falta de consentimiento, que no de falta de capacidad, lo que daría lugar a un acto extintivo nulo de pleno derecho.

Es indiscutible, no obstante, que la legislación laboral no se refiere de una manera expresa a la incapacidad o a los efectos derivados de los consentimientos prestados, en este caso, de tipo extintivo. Así, debe atenderse al art.7.1a) ET que especifica que sólo aquellos que estén plenamente capacitados podrán contratar. En cualquier caso, entiendo que la interpretación más lógica es la que entiende que, cuando hace referencia a posibles autorizaciones para aquellos que no dispongan de tal capacidad, se está incluyendo también a este colectivo. La situación de vacío normativo queda en cualquier caso patente en este supuesto.

Por último, tan solo apuntar que la incapacidad no es a priori un estado permanente o irrevocable. Tal extremo vendrá determinado por la sentencia de incapacidad. En este sentido, hay que valorar el hecho de que, si el incapacitado es habilitado para contratar, lo es porque conoce las vicisitudes y características del contrato que va a firmar y, por tanto, también quedará habilitado para resolver el contrato cuando así lo estime conveniente.

Dado que la sentencia será la que determine el grado de incapacidad, habrá de estarse a lo dispuesto en la misma, para el caso concreto, lo cual indicará el grado de dependencia del incapaz que, a su vez, marcará los límites de la incapacidad y aquello que el sujeto puede y no puede realizar.

2. La voluntad dimisoria: el preaviso y su recepción

El contrato se extinguirá por la sola voluntad del trabajador debiendo mediar el preaviso que establezcan los convenios colectivos o la costumbre del lugar. A continuación se procederá al análisis del único requisito que, al menos en la legislación, establece el ordenamiento laboral al trabajador para ejercer su voluntad resolutoria.

Ello no significa, ya adelanto, que el hecho de que no se observe este requisito vaya a suponer la imposibilidad de realizar el acto, pero sí el hecho de que la dimisión estará mal ejercitada¹⁷⁷. Sí supondrá, no obstante, el derecho en favor del empresario de resarcirse de los daños que se le hubieran podido ocasionar, dado que se está ante una contravención de la buena fe contractual, aun en el caso de que ésta deba observarse para, precisamente, finalizar este vínculo. Respecto a la cuantificación de estos daños, suele acudir a lo pactado en convenio o en el contrato, siempre y cuando no sea abusivo o desproporcionado, o bien a las normas de derecho privado.¹⁷⁸

En cualquier caso, y teniendo en cuenta que la figura del abandono será tratada a posteriori, me centraré ahora en los requisitos necesarios para realizar una *extinción ad nutum* acorde a la ley.

¹⁷⁷ STS de 26 de abril de 1991 (RJ.1991/3390). Pero también las SSTSJ de Cataluña, de 25 de marzo de 2003 (AS.2003/130440) y de 21 de mayo de 2001 (AS.2001/199973), así como la STSJ de Extremadura, de 31 de julio de 2001 (AS.2001/271659). En ellas la voluntad extintiva es expresa aunque manifestada “torpemente”, hecho que no obsta para la declaración de los contratos como extintos así como la imposibilidad de la retractación posterior. No obstante, como se verá más adelante, el ámbito del retracto dentro del período de preaviso es motivo de estudio separado dadas las nuevas tendencias jurisprudenciales, lo cual no es óbice para entender que una extinción ad nutum por parte del trabajador desplegará efectos siempre y cuando no existan vicios de la voluntad, siendo accesorios los requisitos de forma.

¹⁷⁸ STSJ de la Comunidad Valenciana, de 22 de octubre de 2008 (AS.2009/366). A pesar de tratarse de personal de alta dirección regulado por distinta legislación (RD1382/1985, de 1 de agosto), es muy ilustrativa esta sentencia y su fundamentación. En ella se invoca el fallo de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 5 de marzo de 2002 (AR.2002/1394), para justificar que, a la hora de establecer tal indemnización debe acudir a los artículos 1101 y 1103 del Código Civil.

El concepto, sin embargo, ofrece muchas dudas que normalmente ha venido a solventar la jurisprudencia, como por ejemplo cuál es ese período de preaviso o cuáles las vicisitudes y efectos que pueden darse durante este período.

Dado que no existe un plazo estipulado en el Estatuto de los Trabajadores, tiende a generalizarse el plazo de 15 días importado de la legislación anterior¹⁷⁹, si bien es bastante común el que sea tratado en el ámbito de la negociación colectiva.

Así, la libertad que asiste al trabajador debe entenderse desde un punto de vista amplio, entendiéndose en ella no sólo la facultad de dimitir sin causa ajena que lo justifique, sino también a hacerlo del modo en que crea conveniente y estableciendo la fecha de exteriorización de la voluntad interna.

No obstante, a continuación van a ser analizadas las pautas exigidas por la legislación para que la declaración de voluntad sea ejercitada conforme a la ley evitando así posibles perjuicios futuros por su mala praxis.

2.1. Requisitos legales de la declaración de la voluntad dimisoria

2.1.1. Claridad

La dimisión constituye una realidad que permite al trabajador finalizar voluntariamente la relación de tipo laboral que le une al empresario. Tal realidad supondrá, una vez llevada a cabo, que el empleado por cuenta ajena cesará en su obligación de prestar su trabajo al empresario, que, por su parte dejará de ostentar el poder de dirección sobre el mismo. Como contrapartida, el empresario no soportará ya la carga de retribuir las tareas que, en el marco laboral, venía realizando el trabajador dimisionario hasta el momento de la extinción.

Dicha situación exige que la exteriorización de esta voluntad no pueda conducir a error ni admita contradicciones. Así, debe ser lo suficientemente clara como para que ninguna de las partes (en mayor medida el empresario que es el receptor de

¹⁷⁹ También por la doctrina, en este sentido ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: *El abandono del trabajador: una forma de exteriorizar la facultad dimisoria*. Ed. Aranzadi. Thomson Reuters. Pamplona. 2012. Pág.67

la noticia) pueda realizar una interpretación alternativa o distorsionada de aquello que realmente quiso comunicarse.

Dado que, como se ha apuntado, los requisitos de forma no son excesivos, sí ha de quedar constancia suficiente de que la voluntad extintiva era tal, esto es, de que el trabajador de forma unilateral, ha demostrado su intención de finalizar el negocio jurídico que le unía al empresario hasta el momento. Por ello, dado que puede hablarse sin temor de libertad de forma, no cabe apreciar ambigüedades en la declaración, ni condiciones ni retractos. Se exige por tanto que el trabajador indique claramente el objeto de su declaración (la dimisión), junto con el efecto jurídico que se pretende (finalización de la relación al término del preaviso por ejemplo).

De la exteriorización debe obtenerse pues una información clara y unívoca que permita al receptor constatar la libertad que ampara la declaración, y la falta de vicios en su emisión. La razón de la transparencia y precisión de la declaración tiene su fundamento, además, en la mayor facilidad de constatación o de verificación por parte del empresario a los efectos oportunos (impugnar la decisión, reestructurar su plantilla...).

En este sentido, la dimisión requiere la especificación de un objetivo claro en el que no debe alegarse causa alguna. Se trata de una acción arbitraria por una de las partes que no debe fundamentarse ya que, de lo contrario, estaríamos atendiendo a una dimisión causal, con unos efectos absolutamente distintos, en los que pueden mediar indemnizaciones por daños y perjuicios y reclamaciones de otro tipo.

La declaración debe ser lo suficientemente explícita como para poder diferenciarla de otras manifestaciones. En ocasiones tiende a confundirse con casos en que el trabajador exterioriza su voluntad de ausentarse por un tiempo determinado, incluso con peticiones de excedencia. No obstante, en estos casos suele imperar la regla de justificar la decisión o fundamentar la solicitud. Pero no

es una obligación por lo que puede suscitarse el error. De ahí la importancia capital de este requisito a fin de no inducir a confusiones a ninguna de las partes.

No puede olvidarse que, en este caso, pese a que no se habla de una renuncia de derechos, expresamente prohibida por el 4.2.b) ET, sí es verdad que el trabajador va a dejar de percibir una retribución económica.¹⁸⁰

Se trata sin lugar a dudas de uno de los aspectos más confusos dentro del ámbito de la dimisión. En ocasiones surgen divergencias acerca de qué y qué no es una dimisión. Trata de asimilarse a esta figura diversos comportamientos, incluso vulneraciones de la relación contractual, en que realmente no existe la declaración de voluntad que se exige para que se tenga por cierto este comportamiento.

Por ello, debe distinguirse entre dimisión expresa y tácita: según el Tribunal Supremo “*Hay declaración expresa cuando se utilizan signos, por lo común escritos u orales, encaminados a lograr la percepción de que se habló. Hay declaración tácita cuando su autor no utiliza esos signos explícitos, sino que lleva a cabo un comportamiento o conducta de los que se infiere inequívocamente su voluntad; se habla de declaración tácita, porque no resulta de lo dicho, sino de lo hecho («facta concludentia»).*”¹⁸¹

Una vez diferenciados ambos conceptos la siguiente cuestión es si caben ambas variantes a la hora de aceptar la declaración como válida.

En un primer estudio se ha dicho, amparándose en las sentencias citadas, que se requiere voluntad unívoca que no conduzca a error acerca del querer externo del trabajador. A la vista de lo expuesto, podría concluirse que la voluntad manifestada expresamente es la única válida y que, por tanto, genera la convicción en el sujeto pasivo de que la clara intención del empleado es la de dimitir de su puesto de trabajo. Sin embargo, en ocasiones, puede ser incluso más

¹⁸⁰ OJEDA AVILÉS, A: *La renuncia de derechos del trabajador*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1971.

¹⁸¹ STS de 21 noviembre 2000 (RJ.2001/1427)

convinciente una determinada actitud que la propia manifestación expresa en ciertos abandonos del puesto de trabajo. La jurisprudencia mantiene una posición similar al reconocer que *“La dimisión del trabajador, como todo acto negocial, en este caso con finalidad de extinguir otro negocio más amplio, y de carácter sucesivo o prolongado, que es el propio contrato de trabajo, requiere una voluntad incontestable en tal sentido; la cual puede manifestarse al exterior, para que la conozca el empresario, de manera expresa: signos escritos o verbales que directamente explicitan la intención del interesado; o de manera tácita: comportamiento de otra clase, del cual cabe deducir clara y terminantemente que el empleado quiere terminar su vinculación laboral.”*¹⁸²

Es importante en este sentido destacar que las faltas al puesto de trabajo no siempre incorporan el necesario reconocimiento de la voluntad extintiva. De hecho, el Tribunal Supremo ha llegado a plantear que las meras faltas de asistencia puntuales e incluso sucesivas (*“más o menos prolongadas”*) precisan de un comportamiento que acompañe tal voluntad y del cual pueda desprenderse dicha voluntad extintiva.¹⁸³ Ni siquiera la no aceptación de ciertas órdenes puede, en ocasiones, encontrarse dentro de las conductas que pueden llevar a pensar que existe dimisión, siempre y cuando exista una causa que lo justifique.¹⁸⁴

Evidentemente, la voluntad expresa será por regla general y razones obvias, más fácil de probar, pero no por ello dejan de existir casos de esta segunda realidad.

¹⁸² STSJ de Castilla la Mancha de 11 de Febrero de 2003 (AS.2003/1728). A pesar de la relevancia de esta sentencia, lo cierto es que la jurisprudencia es muy prolija en este sentido, baste con citar las SSTs de 27 de junio de 2001 (RJ. 2001/6840); de 29 de marzo de 2001 (RJ. 2001/3410); de 21 de noviembre de 2000 (RJ.2001/142); de 7 de noviembre de 1989 (RJ.1989/8018.); de 27 de junio de 1983(Ar1983/3050).SSTSJ de Canarias, de 9 de noviembre de 2011 (AS.2012/80370); de Cataluña, de 2 de diciembre de 2010 (AS.2011/719) de Andalucía, de 14 de abril de 2010 (AS.2010/218270); de las Islas Canarias, de 18 de diciembre de 2006 (AS.2007/1698); de Navarra, de 25 de abril de 2006 (AS.2006/156277) de Cataluña, de 11 de enero de 2000 (AS.2000/75); de Galicia, de 12 de febrero de 1998 (AS.1998/24).

¹⁸³ STS de 27 de junio de 2001 (RJ.2001/6840) y Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 15 abril de 2005 (AS.2005/924)

¹⁸⁴ STS de 25 de julio de 1988 (RJ.1988/2645), respecto de un trabajador que se negó a realizar determinadas actuaciones no contempladas en su contrato y derivadas de un traslado con el que no estaba de acuerdo.

Así, el TS discutió sobre la situación de los presos. De un lado, cabe decir que de no haber sentencia firme, el contrato queda en suspenso y por tanto, no se extingue. De otro, el Tribunal debió valorar si, al concederse la libertad condicional a uno de sus trabajadores existía obligación de retomar la actividad laboral. Esta cuestión fue resuelta afirmativamente por STS de 16 de mayo de 1988.¹⁸⁵

En resumen, y en base a la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, éste exige dos requisitos para tener por incontestable la voluntad tácita del trabajador:¹⁸⁶

- Que se dé respecto de una relación laboral vigente en el momento de exteriorizar la voluntad.
- Que sea clara, no ofreciendo lugar a dudas

2.1.2. Unilateralidad

Como bien apunta RODRÍGUEZ PIÑERO¹⁸⁷, la extinción unilateral o *ad nutum* del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, es tratada marginalmente por el legislador y el ordenamiento poco aporta al respecto. Dada esta situación, aquellos requisitos que sí parecen claros adquieren mayor importancia. La unilateralidad se configura como uno de ellos. Efectivamente, el contrato de trabajo es personalísimo, así como los derechos y obligaciones que de él dimanar. Por tanto, la decisión de rescindir el vínculo laboral sólo puede responder a una manifestación de voluntad emitida por el propio trabajador.

Como se ha dicho, el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 49.1.d), faculta al trabajador por cuenta ajena a finalizar su relación laboral por la mera razón de su voluntad.

¹⁸⁵ RJ.1988/4983

¹⁸⁶ STS de 27 de junio de 1983 (RJ.1983/3050)

¹⁸⁷ RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; BRAVO FERRER; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. *La voluntad del trabajador en la extinción del Contrato de Trabajo*. Ed. La Ley-Actualidad. Madrid. 1998. Pág.51

Esta situación tiene encaje en la concepción del derecho al trabajo como una libertad que, por su naturaleza, puede ejercerse o no, según convenga al empleado.

En cualquier caso, la importancia jurídica de la dimisión y las repercusiones sociales que conlleva (finalización de las retribuciones y disminución patrimonial así como imposibilidad de acceder a las prestaciones por desempleo), hacen que la decisión tenga un carácter absolutamente unívoco desde el punto de vista de la unilateralidad del negocio jurídico. Supone de este modo, romper con la práctica bilateral o de reciprocidad de derechos y obligaciones que corresponden a los firmantes del vínculo jurídico.

De este modo, el trabajador será el primer y único responsable de la actuación que va a llevar a cabo. De no ser así, se estaría hablando de otro tipo de figura. En concreto, si mediara voluntad del empresario se estaría hablando de un despido o, de existir voluntad de ambas partes, de mutuo acuerdo, aspectos a los que no se refiere esta situación.

En ocasiones suele haber problemas de diferenciación pues se establece una delgada línea divisoria entre la dimisión y el desistimiento por mutuo acuerdo. El Tribunal Supremo se ha manifestado en este sentido admitiendo que *“el trabajador no está ligado de modo permanente al trabajo como hipotético siervo de la gleba-sentencia de esta Sala de 20 de marzo de 1986- y la extinción de la relación laboral por mutuo acuerdo no requiere formalidades específicas -sentencia de 26 de enero de 1984, sino acreditamiento del cese y de voluntad de las partes en llegar a tal resultado.”*¹⁸⁸

Caso similar ocurría en aquellos casos en que el trabajador manifestaba su voluntad de cese y el empresario aceptaba esta declaración. Posteriormente, los trabajadores entendían esta modalidad como una extinción por mutuo disenso y recurrían.

¹⁸⁸ STS de 18 de julio de 1990 (RJ.1990/6426) en la que se citan las SSTs de 26 de enero de 1984 (RJ.1984/102) y; de 20 de marzo de 1986 (RJ.1986/1361)

No se estaría ante el mismo caso, dado que el hecho de que el empresario manifieste la recepción del acto extintivo o incluso acepte tal extremo, no lleva a pensar con carácter general, que la voluntad provenga del mismo. En otras palabras, la recepción de la dimisión o la aceptación de la misma, no disminuye ni desvirtúa la unilateralidad del acto ni las consecuencias que de él emanan.

Se ha discutido si el carácter recepticio de la dimisión afecta a la unilateralidad de la decisión. Nada más alejado de la realidad. El empresario aparece aquí como mero destinatario de la declaración externa, como se observa en apartados estudiados anteriormente y su recepción no hace más válida la dimisión. Así, la valoración que el empresario realice sobre la extinción o sus opiniones son irrelevantes. Los efectos serán exactamente los mismos, esté de acuerdo o no. Posteriormente, si así lo cree conveniente por existir pactos anteriores (pacto de permanencia), podrá reclamar sus derechos o impugnar la extinción si considera que no se ajusta a derecho. En este caso, una sentencia favorable (falta de preaviso u otros requisitos de forma) no invalidará la extinción, a pesar de que pueda generar responsabilidades en el trabajador en forma de indemnización por daños y perjuicios, pero nunca será razón para declarar la nulidad del acto. Desde el momento en que la extinción unilateral es comunicada, ésta comienza a desplegar sus efectos y la relación jurídica se modifica.

2.1.3. Vigencia de la relación laboral

No puede existir dimisión de una relación laboral inexistente. Por su propia naturaleza no tendría sentido alguno. Por tanto, la vigencia del contrato de trabajo, por obvia que parezca, se configura como requisito indispensable para la extinción unilateral. No quiere decir ello que la no vigencia haga que el contrato deje de desplegar efectos por completo¹⁸⁹, pero sí que la extinción pierde todo su sentido.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Por ejemplo, indemnizaciones por daños a la salud derivados de una relación laboral previa. Caso muy extendido en sectores como el minero

¹⁹⁰. “Se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena...” art.116 del RD1/94, de 20 de junio (LGSS)

Ante esta situación, debe plantearse si, una vez emitida la declaración de voluntad, desaparece la relación contractual. La respuesta es negativa. De lo contrario, todo lo expuesto, todas las características que se han enumerado acerca de los plazos de preaviso y la situación jurídica existente, no tendrían sentido. Por tanto, en el período que discurre entre la exteriorización de la voluntad extintiva y la finalización del contrato de trabajo, los derechos y obligaciones se mantienen vigentes, con la única diferencia de que se conoce el fin de tal relación laboral. Caso similar es aquel en que la relación aún no ha comenzado o en que se encuentra la relación laboral en una situación precontractual.

2.2. *El preaviso*

“El contrato de trabajo se extinguirá por voluntad del trabajador debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar.” El art.49.1.d) es muy claro al respecto, configurando el preaviso como una condición *sine qua non* cabe la correcta extinción. Sin embargo, no hace una gran referencia a esta figura, remitiéndola a la negociación colectiva y sin especificar más allá de lo comentado. El fundamento del preaviso deriva de la necesidad del empresario de conocer la baja de uno de sus activos de capital trabajo, a fin de poder reaccionar ante este hecho y ver afectada, en la menor medida posible, su producción.

2.2.1. Concepto

El preaviso es la notificación previa a la realización de un acto, en este caso, de la extinción de la relación laboral.

Como se ha dicho, el preaviso viene exigido por el art.49.1.d) ET. Tal exigencia no se concreta en un plazo, pero sí en la necesidad de que exista. Con ello, la legislación laboral consigue extender un nexo de unión entre el 1258CC, que nos dice que los contratos obligan desde su perfección, otorgada desde el consentimiento, y la extinción unilateral, en relación con la buena fe que debe imperar.

Otro punto importante que debe tratarse es la diferencia entre preaviso y dimisión. No constituyen en absoluto la misma figura. Los requisitos necesarios para la dimisión son distintos de los requeridos para el preaviso. Este último es, a fin de cuentas, una mera notificación, siendo la dimisión el acto jurídico relevante. Un preaviso deficiente o inexistente jamás generará la anulación del mismo. En cambio, una dimisión viciada o no conforme a derecho, sí lo hará.

El concepto del que hablamos es, con total seguridad, la primera cortapisa que se puso a la autonomía de la voluntad a la hora de extinguir un contrato de trabajo. Puede decirse de este modo, que el preaviso está estrechamente vinculado a la extinción *ad nutum*, y que no puede entenderse una figura sin la otra. Ello responde a la necesidad de hacer menos dañino el efecto extintivo “*eliminando la sorpresa para el receptor*” y configurándose como un contrapeso a los efectos del mismo.¹⁹¹

Es este un requisito que se encuentra regulado a su vez en otras materias dentro del derecho privado. Su fundamentación es “*otorgar al empresario el tiempo suficiente para sustituir al trabajador.*”¹⁹²

Por tanto, de lo dicho debe tenerse en cuenta que la figura del preaviso responde a un principio de buena fe que complementa el hecho de que va a producirse una acción resolutoria, sin causa y sin que la otra parte pueda manifestarse contrariamente.

Respecto del articulado, el 49.1.d) ET establece que para la fijación del preaviso se atenderá a lo que “*señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar*”. A diferencia de la Ley de RR.LL. de 1976 en que su artículo 21 exigía un preaviso mínimo de 15 días, en este momento no existe regulación tan específica, si bien este precepto, aunque derogado, sigue teniendo bastante acogida hoy en día, en el marco de la negociación colectiva.

¹⁹¹ PINTO, M. y SOUSA FIALHO, F., *O despedimento*, Lisboa, 1973, pag.14. Op. Cit por RODRÍGUEZ PIÑERO, M y BRAVO FERRER. *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*. Ed. Ley-Actualidad. 1998. Madrid. Pág.84

¹⁹²STS 28 de octubre de 1987 (RJ.1987/7219)

Resulta pues una obviedad, que el preaviso ha sido tratado de una forma muy laxa por lo que su estudio se hace por una parte imprescindible, por otra, complejo. De este modo, en las líneas que siguen tratará de darse una visión clara del concepto y de las consecuencias e incidencia que producen sobre la extinción del trabajador.

2.2.2. Comparación con otras figuras

- La notificación

El preaviso, desde un punto de vista meramente formal, es la notificación de la voluntad extintiva por parte del trabajador. Efectivamente, cuando se produce la declaración de voluntad en la que se anuncia la próxima extinción del contrato de trabajo, se está reflejando la notificación de esta realidad y, si ésta se realiza antes de llevarse a cabo, supone un preaviso.

No obstante, deben separarse ambos términos, pues aunque similares, no son en absoluto idénticos. Cada cual tiene su sentido y su función específica. A estos efectos, la función del preaviso, como se ha visto anteriormente, es la de dotar al empresario de un plazo, de un tiempo de reacción ante la (en ocasiones) inesperada salida del trabajador de la empresa. Puede responder más a un acto de buena fe que a una notificación en sentido estricto, si bien, tal notificación queda incluida en el preaviso.

Debe decirse, por otra parte, que en realidad el acto de notificación persigue, exclusivamente, notificar. Este acto, apunta MONTOYA MELGAR, únicamente pretende hacer saber al empresario la intención del trabajador de dejar su puesto de trabajo. Sin embargo, este hecho puede ser “*previo, simultáneo e incluso posterior*” al acto extintivo.¹⁹³

¹⁹³ MONTOYA MELGAR, A.: *La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla. 1967

- La denuncia

La denuncia, al igual que el preaviso o la notificación, persigue un efecto de aviso al empresario acerca de la voluntad extintiva del trabajador. Sin embargo, apunta RODRÍGUEZ SANTOS que el preaviso busca la indicación de la resolución *ad nutum* antes de que ésta se produzca, como un deber de buena fe. Al contrario, la denuncia del contrato se realiza para comunicar a la otra parte la finalización de la relación laboral con efectos inmediatos.¹⁹⁴

Debe recordarse que el artículo 49.1.d) exige un preaviso que, por regla general, suele extenderse a los quince días. De este modo, puede concluirse respecto de las figuras de la notificación y la denuncia que por sí solas, no cumplen este plazo, pues su único objetivo es el de comunicar una situación producida (notificación) o futura (denuncia), y no el advertir al empresario de la próxima extinción del contrato de trabajo.

Así, se ha podido diferenciar entre lo que supone exteriorizar una voluntad interna, en este caso la extintiva, de notificar una situación. El preaviso, qué duda cabe, supone una manifestación externa, si bien no queda limitada a un pronunciamiento sino que indica en qué momento va a llevarse a cabo.

2.2.3. Naturaleza jurídica

A menudo se genera un debate acerca de qué se entiende por preaviso. El concepto ya ha sido tratado en líneas anteriores pero nada se ha dicho sobre su verdadera utilidad. A estos efectos ¿debe considerarse preaviso como el período de tiempo que transcurre entre el momento de exteriorización de la voluntad dimisoria y la extinción, o debe entenderse, por otra parte, como una licencia que se concede al empresario para evitar o aminorar el efecto dañoso?

El artículo 49.1.d), al hablar de preaviso, especifica únicamente que debe existir, pero no hace mención a los términos de plazo o período. Sin embargo, hace referencia a la expresión “mediar”, que apunta a un periodo que debe transcurrir

¹⁹⁴ RODRÍGUEZ SANTOS, E: *La extinción de la relación laboral por dimisión del trabajador...* Pág.256

entre la decisión extintiva y sus efectos últimos. No quiere decir esto que el Estatuto de los Trabajadores lo entienda mediante este concepto. De hecho, al referirse al preaviso que viene a cargo del empresario, cuando se habla de un despido por causas objetivas del art.52ET, se estipula un plazo de preaviso de 15 días para, a continuación, puntualizar que *“durante el plazo de preaviso el trabajador, o su representante legal si se trata de un disminuido que lo tuviera, tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo”*.¹⁹⁵

Así, ha de observarse el uso indiscriminado que la legislación laboral hace del término, aspecto que no redundaría en que ambos conceptos tengan igual significado.

Deben distinguirse, pues, ambas figuras:

- Se habla de plazo como el término o el tiempo señalado para que se dé un suceso, en este caso, para la extinción del contrato de trabajo. La figura del plazo ha sido muy recurrente en el caso del derecho privado. En este sentido, puede destacarse el artículo 302 del Código de Comercio que *“en los casos de que el empeño no tuviere tiempo señalado, cualquiera de las partes podrá darlo por fenecido, avisando a la otra con un mes de anticipación”*.
- Por el contrario, se habla de periodo como un lapso de tiempo, un momento dado que transcurre desde la comunicación de la voluntad extintiva hasta la extinción propiamente dicha. En este espacio transitorio la principal característica es que, obviamente, la relación laboral perdura manteniéndose derechos y obligaciones de ambas partes de forma ordinaria.

Se produce, no obstante, un tránsito algo complejo dado que las relaciones entre empleador y trabajador dimisionario pueden ser algo tensas una vez conocida la voluntad de este último. Aún así, la figura del preaviso está concebida como un

¹⁹⁵ Arts. 53.1c) y 53.2 ET

acto de buena fe por parte del trabajador a fin de suponer el menor daño posible al empresario. Sobre el papel, la relación debe ser la misma si bien, no cabe duda, la realidad suele dar pie a una interpretación distinta. No es este el objeto del proyecto por lo que no me extenderé este sentido.

Concretando en el objeto de este apartado, la naturaleza jurídica del preaviso, es necesario diferenciar entre el acto, meramente formal, que consiste en notificar el desistimiento, y la dimisión, que es un negocio jurídico de carácter resolutorio.

En ocasiones tiende a confundirse un concepto y otro puesto que en la emisión del preaviso se encuentra la notificación y la voluntad dimisoria. Sin embargo, es importante tener en cuenta que la notificación, como recuerda BARASSI¹⁹⁶, no es una declaración de voluntad con carácter autónomo, de hecho, puede darse en diferentes tipos de denuncia del contrato. En realidad, cuando se habla de preaviso, se está ante un plazo, un período de tiempo que transcurrirá desde la comunicación de la voluntad hasta su materialización. Es lo que algunos autores no han dudado en calificar como “*negocio jurídico con efectos diferidos*”¹⁹⁷.

Estoy absolutamente de acuerdo con dicha calificación jurídica, puesto que los verdaderos efectos de la decisión del trabajador comienzan a producirse al finalizar este plazo. Del mismo modo, hay quien como PÉREZ ESPINOSA¹⁹⁸, opina que se trata de un acto suspensivo de los efectos extintivos hasta la finalización del preaviso. Ambas opciones son absolutamente compatibles. Mientras que la primera afirmación opina que no se desplegarán los efectos resolutorios hasta el final de dicho plazo, la segunda manifiesta que estos efectos ya existen, pero están en suspenso.

¹⁹⁶ BARASSI, L.: *Elementi di diritto del lavoro*. A. Giuffrè, 1949. Milano

¹⁹⁷ KLEIN, M. *El desistimiento unilateral del contrato*, ED: CIVITAS. 1997. Madrid. Pág.184

¹⁹⁸ PÉREZ-ESPINOSA-SÁNCHEZ, F. *El preaviso en la extinción del contrato de trabajo*. Ed. Montecorvo. Madrid. 1980. Pág.24

2.2.4. La buena fe

“La buena fe es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto que por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos, traducíéndose el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador en una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual, y pudiendo definirse la buena fe en sentido objetivo como un modelo de tipicidad de conducta exigible” como se manifiesta el TSJ de Andalucía en Sentencia de 13 de febrero de 2004.¹⁹⁹

En este sentido, continúa la sentencia citada, debe atenderse no tanto al daño causado, como a la ruptura con la buena fe presumida y la *“lealtad debida”*. Estos preceptos que se indican pueden sonar un tanto subjetivos, etéreos o difíciles de evaluar. Sin embargo, encuentran su justificación dentro del derecho laboral en las peculiares características que lo componen. En efecto, empresario y trabajador mantienen un vínculo que es de tracto sucesivo. No sólo eso, dejando a un lado la duración continuada del contrato, ya sea indefinido o temporal, existe un alto componente personal y relacional entre ambas partes ya sea con el propio empresario o con el superior jerárquico de la empresa por lo que, la buena fe, reviste si cabe más importancia.

El Estatuto de los Trabajadores, dada la importancia del mantenimiento de la buena fe, refleja su incumplimiento en el artículo 54.2d) considerándolo motivo de despido disciplinario. En concreto, debe decirse que no es necesario el carácter doloso para *“la transgresión de la buena fe contractual”* pues será suficiente con que exista carácter culposo, tal y como indican algunas sentencias

¹⁹⁹ AS.2004/1486. Si bien dentro del ámbito del despido, también resulta importante hacer hincapié en la importancia de la buena fe, incluso como causa de extinción por voluntad del empresario, si bien al tratarse de un concepto desarrollado en mayor parte por la doctrina y la jurisprudencia que por la propia legislación, es necesario ser extremadamente cautelosos a la hora de darle validez. En el acto dimisorio, el preaviso se considera como un acto de buena fe tendente a reducir los posibles daños que puedan causarse al empresario y evitar que la pérdida del capital humano tenga un carácter sobrevenido que afecte a los procesos de producción. Así las SSTSJ de Castilla la Mancha, de 20 de noviembre de 2006 (AS.2007/494); de Cantabria, de 13 de enero de 2006 (AS.2005/3728); y de la Comunidad Valenciana, de 7 de junio (AS.2005/2141) y 3 de marzo (AS.2005/1061) de 2005.

del Tribunal Supremo como las de 30 de abril de 1991 y 4 de febrero del mismo año.²⁰⁰

Llegados a este punto es necesario plantearse a qué debe referirse la buena fe en el ámbito de la extinción del contrato de trabajo. De este modo, debe apuntarse que por lo general hablamos de buena fe como del cumplimiento escrupuloso de los deberes legales, de usos o costumbres, que puedan darse en el ámbito de la relación laboral concreta. Al respecto, la jurisprudencia valora generalmente la responsabilidad del trabajador dentro de la empresa y su influencia en el proceso de producción. En concreto, el Tribunal Supremo sugiere que la buena fe debe ser observada “*especialmente cuando se desempeña la dirección de una unidad productiva de la empresa*” en la STS de 12 de mayo de 1988²⁰¹

El preaviso se traduce de esta manera en un acto de buena fe, de diligencia hacia el empresario ante la extinción futura. Del mismo modo, existe la extrapolación al ámbito contrario. Así, el artículo 53.1c) ET exige la “*concesión de un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo*”. Evidentemente, ya se ha comentado el vacío legal que constituye la institución del preaviso en nuestro ordenamiento laboral lo cual no es óbice para el respeto al plazo establecido en los convenios colectivos y las costumbres específicas de cada puesto de trabajo.

En este punto debe plantearse que, entre trabajador y empresario, se crea un vínculo de confianza al iniciarse la relación laboral. Esta confianza permite pensar al empleado que va a mantener su puesto de trabajo mientras dure su contrato y, al empresario, que cuenta con los servicios del trabajador durante este mismo período.

Al respecto del término confianza y sus implicaciones respecto del preaviso se refiere el Alto Tribunal en diversas ocasiones.

²⁰⁰ RJ.1991/3398 y RJ.1991/794

²⁰¹ RJ.1988/3615.

A estos efectos es importante comentar que no existe una baremación respecto de un término tan subjetivo como el referido.²⁰² El Tribunal Supremo habla de la pérdida de valores éticos que se derivan del normal cumplimiento de la relación laboral.²⁰³ En este punto debe valorarse tanto el aspecto positivo, de una parte, como el negativo. De este modo puede observarse cómo la pérdida de confianza puede responder, tanto a un abuso de confianza por parte del trabajador, generado y agravado por el puesto que ostenta dentro del organigrama de la empresa, como a la simple eliminación sistemática de la serie de valores a los que se ha hecho referencia unas líneas más arriba. El Tribunal Supremo expone *«que la concurrencia de la falta de fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones confiadas requiere una voluntad consciente y querida, para que pueda valorarse como justa causa de imposición de una sanción tan grave como la de despido»*.²⁰⁴

Visto lo anterior, tal vez debiera plantearse que el lucro obtenido por el trabajador pudiera ser requisito indispensable o prueba suficiente para la demostración de la pérdida de confianza. Pues bien, a este respecto el Tribunal Supremo se manifiesta diciendo que no sólo es suficiente sino que, pudiera no ser necesaria ni siquiera esta ganancia para demostrar la conducta reprobable. En concreto, el Alto Tribunal viene a decir que la transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza a que se refiere el apartado d) del artículo 54-2 del Estatuto de los Trabajadores, es falta que se entiende cometida aunque no se acredite la existencia de un lucro personal, ni haber causado daños a la empresa, y con independencia de la mayor o menor cuantía de lo defraudado, pues basta para ello el quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral²⁰⁵

En el preaviso, por tanto, existe un claro componente de confianza interpartes. Cumpliendo con el plazo contemplado en la costumbre del lugar o en el convenio

²⁰² STS de 16 julio 1982 (RJ.1982/4633)

²⁰³ STS de 25 febrero de 1984 (RJ.1984/921)

²⁰⁴ STS de 24 de febrero de 1984(RJ.1984/918)

²⁰⁵ STS de 26 mayo 1986 (RJ.1986/2689)

colectivo, el trabajador satisface el deber de buena fe para con el empleador, que mantiene la confianza en la permanencia de éste en la empresa. Del mismo modo, si el empresario quisiera finalizar su relación contractual, entraría dentro del ámbito de la buena fe (y de las exigencias legales), el cumplir con este requisito.²⁰⁶

La última manifestación que puede realizarse respecto de la buena fe responde a aquellos casos en que el preaviso no se exige. Así, puede observarse cómo el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores no mantiene el plazo de preaviso, pues se trata de una extinción causal, motivada por sucesos ajenos al trabajador e imputables al empresario. De la misma manera, el despido disciplinario del artículo 54 tampoco hace referencia a esta figura, dado que está fundado en incumplimientos graves o muy graves del trabajador.

Por ello, es importante comprender que la imposición de un preaviso por parte de la legislación no debe ser entendida como un resultado exclusivo de la buena fe. Por una parte, el cumplimiento del deber de preaviso, exonerará de una posible indemnización por daños y perjuicios al trabajador que observa y respeta el precepto legislativo.

Por otra, y en jurisprudencia reiterada no cuestionada hasta hace bien poco, se consideraba un precepto que operaba a favor del empresario, al que se permitía un período de tiempo para recomponer el organigrama de la empresa. Como se verá al final de este capítulo, esta situación ha variado sustancialmente.

2.2.5. Regulación sobre los tiempos del preaviso

El art.49.1.d) ET, al tratar la figura del preaviso, no hace mención alguna sobre el lapso de tiempo que debe transcurrir desde la emisión de la voluntad extintiva y la finalización efectiva del contrato. Remite para ello a lo que los “*convenios colectivos o la costumbre del lugar*” pudieran establecer, abriendo así un amplio debate que queda a merced de la negociación y de la voluntad de las partes.

²⁰⁶Art.53.1c) del Real Decreto Legislativo 1/95, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Pudiera esto suponer una grave negligencia del legislador. No obstante, parece claro que la intención es la de dejar a la negociación colectiva un margen, en función de la rama o de la actividad profesional a que se refiera. RODRÍGUEZ PIÑERO²⁰⁷ plantea un problema que, a mi juicio, tiene bastante importancia, y que se refiere al modo de actuar en casos en que ni la negociación colectiva ni la costumbre del lugar se refieren a este sentido.

El propio autor cita la STS de 29 de junio de 1989 (RJ.1989/4856) en la que se acude a la costumbre del lugar. Generalmente la jurisprudencia recurre al plazo de quince días. Plazo que, como ha podido estudiarse, no es en absoluto caprichoso puesto que deriva del artículo 21 de la Ley de Relaciones Laborales. Cabe preguntarse, revisada la jurisprudencia y la legislación, la razón de no plantearse el mantenimiento de este plazo o su exigencia como requisito mínimo dado que, en la actualidad, continúa siendo una constante en el derecho laboral español.

Sin embargo, la ausencia de plazos de preaviso ha sido una constante en nuestro ordenamiento. De hecho, hoy en día la regulación sectorial y convencional es la que prima. Sin ir más lejos, la regla general basada en quince días de preaviso no tiene fundamento legal vigente puesto que, como se ha recordado, procede de una Ley ya derogada. Pese a los intentos que se realizaron en las leyes de Contrato de Trabajo de 1931 y 1944 (a las que se puede añadir la que atañía a las Bases de Trabajo de Jurados Mixtos) no llegó a precisarse un verdadero plazo de preaviso.

Debo concluir, tras lo afirmado anteriormente, que la verdadera voluntad del legislador pudo razonarse en el intento de que los preavisos fueran pactados de forma convencional. Ello tendría el efecto positivo de adaptar el plazo al puesto de trabajo concreto pues, una regulación general pudiera ser perjudicial para según qué casos.

²⁰⁷ RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. *La voluntad del trabajador en la extinción...* pág.87

Cosa distinta ocurre cuando se trata de la extinción por voluntad del empresario. Si bien existen contratos con regulación similar (como puede ser el de interinidad) en que deberá estarse a lo pactado o al régimen establecido por los convenios colectivos, existen otras figuras que, por su especial situación, sí manifiestan un plazo concreto. En este sentido, la rescisión de los contratos temporales requiere un preaviso de quince días siempre que la duración del mismo sea superior al año. Este plazo viene establecido expresamente en el artículo 49.1.c) ET. Del mismo modo, el despido objetivo y por causas de la producción exige un plazo de 15 días durante los cuales el trabajador gozará de una licencia de seis horas semanales para la búsqueda de un nuevo empleo (53.1.c).

Visto lo anterior, debe puntualizarse que existen algunas relaciones laborales especiales que, por sus características particulares, exigen de un preaviso singular para el mantenimiento de la buena fe de la que se ha hablado en el apartado anterior. En estos casos la legislación sí aporta más claridad al asunto. Veamos algunos de estos casos:

- Los representantes de comercio tienen la obligación de preavisar con un plazo de tres meses. En este caso es muy importante el concepto y el tratamiento de la clientela que arrastran por la condición que ostentaban y el daño que en este sentido puede suponer a la empresa.²⁰⁸
- Otro caso en que la regulación es expresa es el de los abogados que prestan servicios a un bufete o a un despacho individual. De nuevo existe una referencia a las fuentes consuetudinarias si bien se establece que, en defecto de las mismas, el preaviso nunca podrá ser inferior a 45 días.²⁰⁹

²⁰⁸ Art. 10.2 del RD 1438/1985 de 1 agosto 1985. Relación Laboral Especial de Representantes de Comercio

²⁰⁹ Art. 22 del RD 1331/2006 de 17 noviembre 2006. Se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos

- Otro ejemplo lo constituye un supuesto de relación laboral especial como es el del artículo 2.1a) ET referido al personal de alta dirección. En este caso, la legislación exige un preaviso mínimo de tres meses que puede extenderse hasta los seis como máximo.²¹⁰
- En las relaciones laborales especiales del servicio del hogar familiar, se exige un preaviso de siete días, el menos extenso que se ha visto hasta este momento. Puede influir en este caso el daño que se causa, la relación de confianza y la posibilidad de encontrar un sustituto al trabajador dimisor.²¹¹

2.2.6. El deber de información respecto del plazo de preaviso

El preaviso es un requisito cuya naturaleza reside en la buena fe de una de las partes que integra el contrato de trabajo, y que va a instar su finalización, a fin de causar en la otra el menor daño posible.

No obstante, como ya se ha comentado, su regulación en la normativa laboral es más bien parca y genérica. Por ello, generalmente ha de atenderse a lo establecido en el contrato individual y, más comúnmente, a la negociación colectiva.

En este último caso, en ocasiones puede resultar complejo para el trabajador estar al tanto de las obligaciones formales que debe cumplir a fin de no incurrir en supuestos de abandono o de dimisión incorrectamente ejercitada.

Así, el legislador promulgó el Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio,²¹² en cuyo artículo 2.2.h) se establece que *el empresario deberá informar por escrito al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral* y más

²¹⁰ Art.10 RD 1382/1985 de 1 agosto 1985. Relación Laboral Especial del Personal de Alta Dirección

²¹¹ Art. 9.4. RD 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar

²¹² Por el que se desarrolla el artículo 8, apartado 5, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo.

concretamente, dentro del derecho a la información, de *los plazos de preaviso que, en su caso, estén obligados a respetar el empresario y el trabajador en el supuesto de extinción del contrato o, si no es posible facilitar este dato en el momento de la entrega de la información, las modalidades de determinación de dichos plazos de preaviso.*

El hecho de que sea un derecho reconocido por el ordenamiento laboral y que la falta del mismo en caso alguno enerve la validez de la voluntad dimisoria hace que algunos autores duden de la importancia de este requisito.²¹³

No obstante, opino que, si bien su omisión no es en caso alguno determinante, sí puede suponer para el trabajador la exoneración del pago de cualquier tipo de indemnización por daños y perjuicios en que estos hayan sido únicamente causados por la falta de preaviso, sin perjuicio de aquellos cuya naturaleza provenga del ámbito patrimonial.

2.2.7. Efectos de la falta de preaviso

En cualquier caso, conviene remarcar que el incumplimiento del plazo de preaviso, ya sea por parte del trabajador, o bien por parte del empresario, no generará la nulidad del acto extintivo sino que habilita la posibilidad de la contraparte de exigir una indemnización por daños y perjuicios. Tal indemnización suele atender a los días de preaviso que se han incumplido en concepto de salario, en caso de ser el empresario el sujeto que incumple, mientras que de ser el trabajador el que falte a la obligación de preaviso, se atenderá a lo pactado en los convenios colectivos. Sin embargo, las consecuencias que se producen a raíz de la inobservancia de este requisito serán ampliamente expuestas en el Capítulo III de este estudio.

²¹³ GARCÍA MURCIA, J. y MARTÍNEZ MORENO, C.: *Los derechos de información en el contrato de trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2001. Págs.56 y 57.

2.3. *La recepción y sus efectos*

2.3.1. La recepción de la dimisión

La recepción es el acto y efecto de recibir. La definición de la RAE es muy significativa y útil para el caso que ocupa. Mediante esta manifestación, el empresario será consciente de la voluntad interna del trabajador, manifestada externamente. Es realmente aquí cuando comienza todo el juego de consecuencias y efectos de la extinción por voluntad del trabajador. En efecto, tanto los plazos de preaviso como las posibles acciones que pueda llevar a cabo el empresario (pactos de permanencia por ejemplo), no tienen sentido hasta que éste es conocedor, formalmente, del acto extintivo.

Por regla general, a la hora de tratar el acto de la dimisión no cabe hacer muchas precisiones pues se atiende, en su conjunto, a lo expuesto por el ordenamiento civil para los casos de declaraciones de voluntad, sobre las que se ha hecho mención anteriormente. Sin embargo, la figura de la dimisión, en su carácter específico dentro del ordenamiento laboral, sí que admite algunas precisiones.

Lo primero que debe apuntarse es el carácter recepticio de la dimisión. Con esta caracterización, la legislación laboral se refiere a que el acto dimisorio, expreso o tácito, debe llegar de manera evidente al empresario. De este modo, y dado el carácter unilateral que acompaña a la extinción a la que me refiero, la responsabilidad que de este hecho se derive será única y exclusivamente del trabajador. La STS de 27 de junio de 2001 (citada anteriormente) ya habilitaba la posibilidad de dimitir de forma tácita o expresa, indistintamente, siempre y cuando, de la actuación del trabajador, se desprendiera inequívocamente la voluntad dimisoria.

Finalmente, es importante resaltar que la recepción puede o no ser confirmada por el empresario que manifestará, si así lo cree conveniente, su conformidad. Pero esta situación no puede declararse análoga al mutuo acuerdo, que produce unos efectos bien distintos. En este segundo caso no cabrían formalidades específicas más allá de la constancia del cese y del acuerdo de las partes, como

manifiesta la STS de 18 de julio de 1990.²¹⁴ En el caso concreto se entiende que la aceptación de la dimisión no es más que una expresión de la buena fe entre las partes, sin más efectos que la comunicación de la voluntad extintiva.

2.3.2. La Irrevocabilidad

Es irrevocable aquella situación que no es susceptible de ser modificada. Por tanto, la revocabilidad, en este caso, permitiría al trabajador retractarse de su decisión extintiva y recuperar sin más su puesto de trabajo. Puede entenderse claramente que, si el dimisionario gozara de la facultad de recuperar su empleo tras haberlo dejado voluntariamente, la posición del empresario ante este tipo de conductas sería de especial debilidad, teniendo un grave problema de confianza respecto de la configuración de su plantilla y los recursos humanos disponibles que podrían, a su antojo, ir y venir sin mayor problema.

Así, la mera recepción por parte del empresario de la voluntad dimisoria convierte a esta declaración en irrevocable. Cabría la posibilidad de que el empresario reconsiderara la postura del trabajador y aceptara el reingreso en la empresa. No obstante, se estaría ante un reingreso condicionado a la voluntad del empleador, por lo que el carácter de irrevocable no variaría un ápice.

En este sentido se manifiesta la STS de 12 de julio de 1990. En dicha resolución, la Sala de lo Social habla, respecto de una trabajadora que se retracta de su decisión, que la postura que tomó, *“al dejar su puesto de trabajo, respondía a una voluntad firme, libremente adoptada, de poner fin al contrato y, en base a esta decisión, la retractación de la actora es por sí sola ineficaz en orden a la reanudación del vínculo cuya extinción ella misma causó.”*²¹⁵

De este modo, tratan de respetarse dos tipos de intereses: uno, el del trabajador, que tiene derecho a trabajar y, por ende, a no trabajar donde no desee y; dos, del empresario a recibir cierta seguridad de la permanencia de los trabajadores que

²¹⁴ RJ.1990/6426

²¹⁵ RJ.1990/6103. También a estos efectos la STSJ del País Vasco, de 9 de septiembre de 1997 (AS.1997/3090)

forman su plantilla. De lo contrario, se atendería únicamente al interés exclusivo y subjetivo del trabajador.

Apunta RODRÍGUEZ SANTOS²¹⁶ que, además, existiría también la voluntad de proteger a terceros de buena fe y pone un claro ejemplo, el del trabajador interino que pudiera haberse hecho ilusiones de obtener ese puesto de trabajo. Este interés puede extrapolarse también al interés del propio empresario que, si bien no es un tercero, sino el sujeto pasivo, sí puede haber realizado previsiones de tipo económico o incluso podría haberse planteado la amortización del puesto de trabajo.

La revocabilidad supondría, además, una clara vulneración del artículo 1256CC que impide dejar el cumplimiento al arbitrio de una de las partes. Quedaría configurada de esta manera la regla general tan solo modificable, como apunta RODRÍGUEZ MARÍN,²¹⁷ por motivos de equidad, de equivalencia en las prestaciones de ambas partes, e incluso por causas de necesidad. Debo expresar no obstante, que al hablar de estas situaciones, el autor parece referirse más bien a la extinción causal en los supuestos en que determinadas situaciones, ajenas al trabajador e imputables al empresario, obligan al dimisionario a acometer la conducta extintiva. Pero aun en este caso, la jurisprudencia se muestra bastante restrictiva respecto de los motivos que conducen al trabajador a plantear su dimisión. En la STS de 2 de marzo de 1987²¹⁸ se resolvía sobre un trabajador que aducía determinadas vicisitudes acerca del funcionamiento orgánico de una caja de ahorros. El Tribunal Supremo juzgó que *“el móvil como lo que mueve material o moralmente una cosa, y el motivo como la causa o razón que mueve para una cosa son actos volitivos que no anulan el consentimiento sino que lo respaldan”*. En efecto, parece claro pensar, o al menos así debe entenderse, que los motivos derivados de la gestión o de la planificación de la empresa, en tanto

²¹⁶ RODRÍGUEZ SANTOS, E. *La extinción de la relación laboral por dimisión...* Pág.247

²¹⁷ RODRÍGUEZ MARÍN, C.: *El desistimiento unilateral: (como causa de extinción del contrato)*. Ed. Montecorvo.2001. Madrid. Pág.45

²¹⁸ RJ.1987/1306

en cuanto no afecten al trabajador personalmente, no pueden ser motivo de una dimisión causal, como en este caso se alegaba.

Cuando un trabajador toma una decisión de este tipo, con carácter general, existe plenitud de conciencia carente de vicios del consentimiento y que, por tanto, no pueden llevar a la obligación del empresario de readmitir o de indemnizar al trabajador.

En conclusión, debe apuntarse que la irrevocabilidad de los actos extintivos unilaterales responde a una voluntad del legislador de hacer responsable de sus actos al trabajador. No hay que olvidar que, si pudiera el trabajador recuperar su trabajo arbitrariamente, se estaría habilitando al empleado a generar una nueva relación laboral. Podría incluso decirse que un ex empleado tendría derecho a ser readmitido de un puesto al que libremente renunció. Dónde estarían los límites a la readmisión o hasta qué punto operaría la revocabilidad deberían ser objeto de estudio por parte del legislador si esta práctica fuera admisible.

2.3.3. Excepción a la irrevocabilidad

Hasta ahora, de todo lo estudiado, se extrae que el acto de dimitir supone una decisión irrevocable una vez perfeccionada. No existe vuelta atrás. Salvo avenencia con el empresario, un trabajador que ejerce su derecho al desistimiento unilateral de su contrato de trabajo, queda obligado por las consecuencias que se derivan de tal actuación.

O al menos así había sido hasta hace bien poco.²¹⁹ La doctrina jurisprudencial a la que me refiero ha sido comentada con cautela a lo largo del trabajo, a expensas del análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2010.²²⁰

En dicha resolución, el Alto Tribunal da un giro radical a aquello que, hasta ahora, venía siendo aplicado de manera reiterada.

²¹⁹ Entre otras muchas SSTs de 7 de noviembre de 1989 (RJ.1989/8018) de 27 de junio de 1983 (RJ.1983/3050) y 2 de julio de 1985 (RJ.1985/3661).

²²⁰ RJ.2010/8438

a) Supuesto de hecho

El proceso se desarrolla en base a la demanda interpuesta por un trabajador contra una empresa de automoción. El empleado en concreto, ocupa diversos cargos dentro del organigrama de la empresa y había estado de baja por depresión unos años antes. Uno de los cargos que ocupa es el de Jefe de Calidad. La empresa le comunica que en fechas muy cercanas se va a producir una auditoría. El actor, dadas las circunstancias y debido a la presión que soporta decide dimitir de su puesto de trabajo a lo que la empresa, posteriormente, le indica que reflexione unos días y tome una decisión. El trabajador, no obstante, envía declaración expresa de su voluntad de dejar la empresa pero, unos días más tarde, y dentro del período de preaviso, se retracta de su decisión. Dado que la empresa no accede a permitir su reincorporación, interpone demanda por despido ante los Tribunales.

b) Irrevocabilidad

La irrevocabilidad se ha enfocado tradicionalmente desde el punto de vista de la responsabilidad²²¹ del trabajador, de un acto voluntario y unilateral que supone la extinción *ad nutum* de un contrato de trabajo. Así lo ha entendido la jurisprudencia y, en mi opinión, es una afirmación bastante lógica. Dado que ya es ciertamente complejo el dejar al arbitrio de una de las partes el destino de una relación jurídica con obligaciones recíprocas, parece obvio pensar que dicha voluntad deba ser asumida por quien la ha llevado a cabo.

Sin embargo, el Tribunal Supremo atiende ahora a un nuevo enfoque. De todos es conocida la posibilidad que el empresario tiene de retractarse de un despido si este es declarado improcedente (56.1ET)²²². Más aún, la jurisprudencia ha convenido que es posible la eficacia de la retractación empresarial anterior a la

²²¹ SSTs de 26 de febrero (RJ.1990/1234); de 4 de junio (RJ.1990/5009) y de 25 de julio (RJ.1990/6475) de 1990.

²²² En puridad, más que de un derecho de retracto se está ante la posibilidad del empresario (salvo que se trate de representantes de los trabajadores) de decidir entre continuar con la voluntad rescisoria (acompañada de una indemnización) o la readmisión a la que se acompañarán los salarios dejados de percibir.

efectividad del cese, durante el período de preaviso.²²³ Si bien hasta la STS de 2009 (citada al pie) no se había valorado este extremo, sí se considera la viabilidad de esta retractación en dicho período. Y ello en base a que, como ya se ha dicho, el contrato preavisado permanece vigente a todos sus efectos.²²⁴ Además, el TS considera que el preaviso no es en sí un acto extintivo, sino una advertencia de una conducta futura, por lo que la extinción aún no se ha producido. Del mismo modo, la STS que se está estudiando (1-7-2010²²⁵), opina que, de un modo paralelo, si el empresario puede retractarse de su decisión de rescindir de forma unilateral la relación laboral, también debería poder retractarse el trabajador de su decisión de dimitir de su puesto de trabajo.

En mi opinión la decisión jurisprudencial no es correcta, pero sí coherente. Opino que el preaviso, pese a ser una mera notificación, indica una clara voluntad de rescisión contractual que hace que el sujeto pasivo de la misma, ya sea empresario o trabajador, se enfrente a la previsión de una nueva situación. Tanto empresario como trabajador han podido iniciar conversaciones o procesos de selección para reparar el perjuicio que les ha podido suponer la baja en el puesto de trabajo. Es por ello que, teniendo en cuenta el hecho de que el desistimiento unilateral supone que una de las partes condiciona, por su mera voluntad, el devenir del vínculo, creo inapropiado que sea la misma parte la que pueda decidir (también por su sola iniciativa) la revocación de dicha voluntad.

Sin embargo, pese a que, como ya he dicho, la opinión del TS no me parece del todo acertada, sí he de decir que me parece coherente. Sería inexplicable que el empresario pudiera retractarse de una rescisión unilateral y el trabajador, por su parte, quedara obligado por su decisión sin posibilidad de cambiar su postura. Sí parece que tanto la jurisprudencia referida al caso de la retractación empresarial,

²²³ STS de 7 diciembre 2009 (RJ.2010/255) y; SSTSJ Madrid de 17 septiembre (RJ.2010/1928) y de 23 de julio (RJ.2010/1784).

²²⁴ PÉREZ-ESPINOSA-SÁNCHEZ, F. *El preaviso en la extinción del contrato de trabajo*. Ed. Montecorvo. Madrid. 1980

RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. *La voluntad del trabajador en la extinción del Contrato de Trabajo*. Ed. La Ley-Actualidad. Madrid. 1998.

²²⁵ RJ.2010/8438

como aquella referida al trabajador, han coincidido en establecer que esta actuación sólo cabe durante el período de preaviso, cuando aún está vigente la relación laboral.

c) Retracción previa a la perfección

La perfección es la fase y momento en que, al concurrir todos los requisitos, nacen los derechos y obligaciones. Teniendo en cuenta dicha definición²²⁶, es importante analizar qué ocurre una vez comunicada la voluntad dimisoria del trabajador.

Ya se ha hablado acerca del carácter recepticio de la comunicación dimisoria. Ello quiere decir, a grandes rasgos, que el acto extintivo no queda perfeccionado hasta que la exteriorización de dicha voluntad no llega a manos de su receptor. Por tanto, si la expresión del deseo de dimitir por parte del trabajador, aún no ha llegado al empresario, el trabajador podrá perfectamente reconsiderar su posición.

En realidad, cabe plantearse si se está ante una verdadera revocación o más bien se está ante lo que la propia sentencia considera un “*hecho obstativo de la perfección*”. En mi opinión, la segunda posición es la más correcta dado que, para que la extinción *ad nutum* surta efectos,²²⁷ se ha de desprender unívocamente y sin posibilidad de interpretación alternativa, la voluntad del trabajador de finalizar su relación laboral. Es por ello que, sin haberse perfeccionado tal voluntad, dos declaraciones de tipo contradictorio constituyen una duda más que razonable respecto de las intenciones del actor.

No obstante, en el caso concreto sí llegó a perfeccionarse puesto que el empresario recibió la comunicación y, por ello, ha de plantearse si, a la vista de

²²⁶ *Diccionario de la Lengua Española*. 22ª edición. 2001. Madrid

²²⁷ STS de 21 noviembre 2000 (RJ.2001/1427) y SSTSJ de las Islas Canarias, de 17 de marzo de 1998 (AS.1998/1783); de la Comunidad de Madrid, de 10 de abril de 2003 (AS.2003/3151) de la Comunidad Valenciana, de 15 de abril de 2005 (AS.2005/924); de las Islas Canarias, de 31 de marzo de 2005 (AS.2005/717)

la resolución final, es necesario hacer una revisión sobre la naturaleza jurídica del preaviso.

d) Nueva concepción acerca de la naturaleza jurídica del preaviso

Habiendo comentado ya que, hasta ahora, la dimisión que quedaba perfeccionada se convertía en irrevocable, el TS se plantea si puede darse la misma situación mediando preaviso por parte del trabajador. Teniendo en cuenta que los fundamentos de derecho del fallo (así como otros autores²²⁸) consideran que se está ante una extinción con efectos diferidos, es necesario analizar si cabría dicha posibilidad.

Lo primero que ha de decirse es que, de la jurisprudencia citada con anterioridad, se desprende que existe unidad a la hora de abogar porque el preaviso no activa la posibilidad de la retractación y que, por tanto, si esta se produce se estará ante la reconstrucción de la relación laboral, esto es, ante un nuevo vínculo, y no ante la recuperación del anterior.

Y ello es así porque la naturaleza jurídica del preaviso enfocaba esta institución como defensora de los intereses del empresario y, en ningún caso, se planteaba como período de reflexión del trabajador respecto de la decisión tomada. Si bien se mantenían todos los efectos del contrato de trabajo, éste tenía un término final.

Sin embargo, ahora se está ante la tesitura de decidir si, entendiendo que la comunicación extintiva no es más que un requisito formal de buena fe, ello supone que no se está ante la perfección de la extinción, sino ante un mero trámite. Bien es sabido que comunicación y preaviso son dos figuras autónomas que poco tienen que ver en su fundamento jurídico. Sin embargo, y al contrario de lo que opina el TS en esta sentencia, considero que en esta ocasión es muy difícil desgajar un término (o más bien una situación) de otro. En efecto, y del tenor de los hechos probados se desprende que, junto con la comunicación, se acompañaba la indicación del futuro término del contrato de trabajo por lo que,

²²⁸ RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. *La voluntad del trabajador en la extinción ...*

plantearse la falta de perfección es, a mi juicio, una temeridad. Pueden argumentarse los motivos que pueden llevar a la retractación de una decisión, incluso puede decirse que, en período de preaviso, cabe la revocación sin causa de dicha decisión, pero en lo que creo, no hay discusión, es en que una vez recibida la comunicación de la finalización del vínculo laboral por parte de la empresa, dicho acto queda perfeccionado dado su carácter recepticio.

e) La finalidad del preaviso

En este sentido, hace la sentencia una reformulación acerca de las funciones del preaviso. Hasta el momento, podía entenderse esta institución como una contrapartida para aquel que padecía como sujeto pasivo la extinción unilateral (ya fuera en forma de despido o de dimisión). En concreto podía decirse que “*el derecho al preaviso era la contrapartida a la rescisión unilateral y sin causa de un contrato sinalagmático*”.²²⁹ También lo había entendido así la jurisprudencia de forma reiterada²³⁰ llegando al punto de que, como se ha venido diciendo, la falta de preaviso puede devenir en la restitución por parte de aquel que lo ha omitido, del daño causado a través de una indemnización.

La sentencia de julio de 2010, sin embargo, opina que esta teoría “*no es indiscutible*” y cabe interpretar que la institución del preaviso puede operar a su vez a favor del trabajador. Ante esta afirmación, y dado que la resolución no profundiza más en los motivos por los que el preaviso puede operar a favor del empleado, opino que deben hacerse ciertas matizaciones.

La finalización unilateral de una relación jurídica, sin existir un motivo que la propicie, es en sí un contratiempo para la parte que la padece. Además, supone, como prohíbe el Código Civil (1256CC), dejar el destino del vínculo al arbitrio de una de las partes. Por supuesto, no se está poniendo en cuestión la institución

²²⁹ PINTO, M. Y SOUSA FIALHO, F.; *O despedimento*, Lisboa, 1973. Pág.14. Citado en RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. *La voluntad del trabajador en la extinción del Contrato de Trabajo*. Ed. La Ley-Actualidad. Madrid. 1998. Pág.84

²³⁰ STS de 28 octubre 1987 (RJ.1987/7219) y SSTSJ de Cataluña de 14 de junio de 1996 (AS.1996/3374) y de 11 de diciembre de 1995 (AS.1995/4904)

de la dimisión sin causa, dado que existe un derecho (art.35CE) que opera a favor de que el empleado trabaje donde desee. Sin embargo, de ahí a concebir el preaviso de una de las partes como período que opere por igual para ambas, existe un abismo. Podría entenderse este período como un plazo de reflexión sobre la decisión tomada pero, en realidad, el operario tiene esta opción sin necesidad de ejercitar su derecho a la finalización del contrato de trabajo.

f) Principio de conservación del negocio

Otro de los aspectos que trata la sentencia es el principio de mantenimiento de la relación laboral. Y ello desde el punto de vista resultante del hecho de concebir el período de preaviso como un plazo que opera a favor de ambas partes y en el que permanece intacta la relación laboral.

Ya se ha hablado sobre la presunción de laboralidad existente en el derecho del trabajo, que aboga por la continuidad de la relación laboral. Pero para que se mantenga dicha presunción es imprescindible que las partes mantengan la misma postura respecto a la calificación del vínculo que observaban cuando no existía dicha controversia.²³¹

Es por ello que, el principio de conservación del negocio, tiene en mi opinión algunas dificultades, dado que una de las partes ha manifestado su voluntad unívoca de extinguir el vínculo, mientras que la otra, que no tiene opción, lo ha aceptado. En cualquier caso, opina el Tribunal, dicho principio inspira todo el ordenamiento e innumerables sentencias²³² así lo atestiguan por lo que, ésta sí es en mi opinión, una razón de peso que puede llevar al replanteamiento del período de preaviso como un lapso de tiempo dedicado a la reflexión sobre el futuro del vínculo. Dicha posibilidad operará a favor de ambas partes, independientemente de si se está ante una extinción por voluntad del trabajador (dimisión) o del empresario (despido).

²³¹ SELMA PENALVA, A: *Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*. Tirant lo Blanch. Valencia.2007. Pág.293

²³² SSTs de 7 diciembre 2009 (RJ.2010/255) y de 1 de julio de 2010 (RJ.2010/8438). SSTJ de Extremadura, de 24 de noviembre de 1992 (AS.1992/5609); de Castilla-La Mancha, de 14 de diciembre de 2010 (AS.2011/749); de Madrid, de 17 de septiembre de 2010 (AS.2010/1928) y de 23 de julio de 2010 (AS.2010/1784)

g) La buena fe como justificación de la revocabilidad de la decisión

El último punto que trata la STS de julio de 2010 es el principio de buena fe que debe imperar en todo vínculo laboral. Definido ya el hecho de que el preaviso opera a favor de ambas partes, la buena fe, dice el Tribunal, ha de servir igualmente para la defensa de los intereses recíprocos. En realidad, se entiende que, si es exigible que exista una conducta diligente en la contratación y durante su aplicación, cuanto más puede exigirse al hablar de su finalización²³³. Se trata de una postura con cierto sentido, más si cabe teniendo en cuenta la importancia que la legislación laboral da a la buena fe apreciada en no pocos preceptos²³⁴.

Si se dan por válidas estas afirmaciones, desde luego, la posibilidad de revocación de la decisión tendría muchos visos de prosperar. Sin embargo, a mi modo de ver, esta sentencia no habilita la revocación sin más de la voluntad extintiva de un trabajador cuando ésta ya ha sido perfeccionada.

He querido dejar para el final del comentario el hecho probado y aludido en la sentencia por el cual se demuestra que el trabajador padecía estrés en el trabajo. Y lo he hecho porque tener en cuenta este extremo supone el dejar de lado el concepto de dimisión sin causa, que es al que aludimos. Con ello no estoy equiparando el desistimiento que se produce en el caso concreto con ningún tipo de dimisión provocada, pues no consta que hubiera acoso laboral por parte de la empresa, que le ofrece la permanencia aún después de manifestada su voluntad. Tampoco a ningún supuesto del 49.j) ET que se refiere a la dimisión por “*voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario*”. Sin embargo, sí supone una impactante novedad puesto que viene a establecer un requisito para la admisión de la revocabilidad de la dimisión. Prefiero pensar, en este sentido, que la sentencia se ampara en este hecho a la hora de optar por la retractación antes que hablar de una libre posibilidad de revocación con el único requisito temporal de realizarla dentro del período de

²³³ CONDE MARÍN, E.: *La buena fe en el contrato de trabajo. Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo*. Madrid.2007. Ed. La Ley. Pág.379

²³⁴ Por citar algunos: 5.a), 20.2, 21.1, 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores y 7.1 y 1258 CC.

preaviso. De hecho, la jurisprudencia opina que el estrés o la ansiedad, entre otros motivos, si bien no llegan a viciar el consentimiento, si condicionan la emisión de la voluntad dimisoria.²³⁵

En cualquier caso, no deja de ser la primera sentencia en que se habilita claramente esta conducta por lo que habrá que esperar la reacción de la doctrina y la jurisprudencia para conocer, con más acierto, si se trata de un supuesto específico o de un verdadero cambio en la doctrina.²³⁶ Y en este sentido es importante recalcar el hecho de que las tres instancias a las que se acudió dieron la razón al trabajador, lo cual no deja de ser curioso teniendo en cuenta que la jurisprudencia consolidada era contraria a esta visión hasta este momento.

Podría decirse que dicha revocación no está justificada dado que el empresario no tiene responsabilidad ninguna en la formación de la voluntad del trabajador. Sin embargo, y como establece la legislación, lo mismo ocurriría cuando la empresa acomete un despido o en casos muy específicos como los relativos al abandono por violencia de género.

En conclusión, la sentencia supone un cambio radical al carácter irrevocable de la dimisión sin causa si bien, en mi opinión, ha de estarse muy atento al posterior desarrollo de la doctrina judicial a este respecto. No ha de olvidarse que en el fallo se tienen en cuenta ciertos factores (como el estrés o el hecho de que la empresa no haya iniciado los procesos de selección para su sustitución) que, si bien no responden a los requisitos de una dimisión causal del artículo 50ET, sí apuntan ciertas claves sobre los motivos que podrían llevar a los tribunales a considerar revocable la decisión del trabajador.

²³⁵ SSTs de 15 de noviembre de 2006 (RJ.2006/9157); de 27 de febrero de 2008 (RJ.2008/1546) y de 26 de junio de 2008 (RJ.2008/4338)

²³⁶ Aunque parece que sí tiende a consolidarse como demuestran algunas resoluciones posteriores, tales como las SSTSJ Madrid, de 23 julio de 2010 (AS.2010/1784) y de Castilla-La Mancha de 14 diciembre de 2010 (AS.2011/749).

h) Evolución doctrinal anterior y posterior a la STS de 1 de julio de 2010

Si bien, como ya se ha apuntado con anterioridad, esta nueva teoría rompe con jurisprudencia reiteradísima del Tribunal Supremo, no es menos cierto que sigue una evolución lógica y trata de equiparar los derechos de empresario y trabajador.

En este sentido, la STS de 7 de diciembre de 2009²³⁷, admitió que *como el contrato permanece vivo mientras el despido no se hace efectivo momento en el que se extingue y su rehabilitación requiere la voluntad de las dos partes y no de una sola, cabe concluir que la retractación empresarial producida antes de que llegue ese momento es válida y produce como efecto principal el de que el contrato no llegue a extinguirse.*

De este modo, parecía complicado el hecho de que, habiéndose reconocido jurisprudencialmente el derecho del empresario a retractarse de su decisión extintiva, argumentando que el contrato permanecía vigente, se impidiera al trabajador acogerse al mismo criterio en el mismo supuesto.

Se llegó por tanto a la conclusión de que el preaviso es simplemente un anuncio, pero que el contrato se extingue el día del cese y de su liquidación.

Una vez promulgada la STS de 1 julio de 2010 era justo el preguntarse si tal doctrina judicial permanecería inalterada o sufriría modificaciones posteriores. Pues bien, del relato fáctico y jurídico de la STS de 17 de julio de 2012²³⁸ se desprende la continuidad en la nueva línea marcada.

Si bien en la primera sentencia se había aducido el estrés de la trabajadora como motivo que llevó a emitir la voluntad dimisoria en un primer momento, y a retractarse a continuación, en este caso se trata de un empleado de 65 que pretendía jubilarse, sin haber sido claramente informado de que podía trabajar hasta los 70. Tras descubrir este hecho se desdice de su intención primera y solicita continuar trabajando.

²³⁷ RJ.2010/255

²³⁸ STS de 17 de julio de 2012 (RJ.2012/9311)

Motivaciones tan dispares como la jubilación y el estrés llevan a la conclusión de que, siempre y cuando el contrato permanezca vigente dentro del período de preaviso, el trabajador podrá retractarse de la decisión extintiva.

De hecho, y opino que esta manifestación es de vital importancia, el fallo expone que la pretensión del trabajador debe ser estimada *hubiera o no error en la formación de la voluntad dimisionaria* lo que invita a pensar que tal retracto, pese a las justificaciones de ambas sentencias, no tiene porque ser necesariamente causal.²³⁹

Lo que en cualquier caso queda aún por precisar es el límite de este derecho. Por una parte la STS de 1 de julio de 2010 establecía como límite máximo la fecha de finalización del contrato. Sin embargo, por otro, se establecía que el derecho sería ejercitable siempre *que no irroque un perjuicio sustancial a la otra parte o a terceros* y sobre ese límite es donde existen aun claras controversias.

Por tanto, y aunque la jurisprudencia no es aun suficientemente extensa para realizar aseveraciones sin reparos, lo cierto es que en el común de las mismas se exige una práctica de buena fe al trabajador.

En ambas sentencias la empresa argumentó que se había realizado un proceso de selección y que ello suponía un perjuicio grave para las respectivas compañías. Sin embargo, en ambos casos se desestimó el argumento dado que, en el primero no constaba contratación real alguna, y en el segundo el proceso se había iniciado después de conocida la retractación del trabajador.

²³⁹ Más aún, en la STSJ de Cataluña, de 25 de octubre de 2012 (AS.2013/146), se expone el caso de un trabajador sujeto a pacto de permanencia en base al 21.4ET. El trabajador manifiesta su voluntad dimisoria antes del término del tiempo pactado, expresando de forma clara su ánimo extintivo. No obstante, a continuación se retracta y comunica que desea dejar sin efecto tal notificación. Así, se cumplen los dos requisitos que, hasta ahora, viene exigiendo la nueva doctrina, la vigencia del contrato y la falta de perjuicio sustancial para la empresa. Además, en el presente supuesto concurrían dos aspectos, cuando menos, susceptibles de análisis. El primero es que la empresa había procedido al pago de lo acordado en concepto de permanencia y, en segundo lugar, que nunca le contestaron en forma alguna a la primera comunicación realizada. Por tanto, y entendiendo el acto dimisorio como de carácter recepticio, entendió el TSJ de Cataluña que cabía interpretar una continuación tácita del contrato de trabajo, ya que el pago de los conceptos antes mencionados supone que, en modo alguno, entiende la empresa que el contrato haya finalizado.

El hecho de que los tribunales no acepten tales argumentos por falta de pruebas o ejercicio irregular lleva a pensar que, efectivamente, el hecho de haber sustituido ya al trabajador dimisionario es aceptado como perjuicio sustancial, si bien ha de ser probado por la empresa como tal.

Así, concluyendo, la consolidación y cambio de doctrina por parte del Tribunal Supremo es hoy una realidad que los tribunales inferiores comienzan a aplicar ya sin mayores reticencias.

Cierto es, como se ha dicho, que existe todavía una falta de casuística que impide realizar análisis más profundos sobre algunos aspectos de la nueva doctrina, especialmente a la hora de hablar de los límites y de lo que debe entenderse como perjuicio sustancial, que en el futuro, entiendo, será motivo de desestimación de las pretensiones de aquel que se hubiere retractado cuando su puesto ya hubiera sido ocupado.

Por tanto, y a falta de las citadas precisiones, el trabajador podrá retractarse de su decisión extintiva *ad nutum* cumpliendo dos requisitos:

- Que la relación siga vigente, esto es, que no se haya alcanzado el término final.
- Que la modificación de la voluntad no irroque un perjuicio sustancial a las demás partes o terceros.²⁴⁰

2.3.4. El empresario: sujeto pasivo de la recepción.

El preaviso, sea el plazo el que sea, está configurado para que alguien (un destinatario) conozca la voluntad del trabajador de extinguir la relación laboral. Generalmente se tiende a concretar en la persona del empresario, si bien es necesario puntualizar que el art.49.1.d) no especifica quién debe ser el receptor.

²⁴⁰ Del mismo modo lo han entendido diversas sentencias posteriores tales como SSTSJ de Extremadura, de 17 de diciembre de 2012 (AS.2013/8324) y de Madrid, de 23 de julio de 2010 (AS.2010/1784). En todas ellas se aplica de modo uniforme la nueva doctrina, incidiendo sobre la dificultad de delimitar qué significa y en qué supuestos se manifiesta el concepto de perjuicio sustancial.

Se entiende no obstante que el empresario, primer responsable del devenir de la empresa, y a su vez de la contratación del propio trabajador (aunque esta tarea corresponda en ocasiones al departamento de recursos humanos) es quien debe conocer la situación. En este sentido, apunta RODRÍGUEZ SANTOS²⁴¹, no es tan importante el hecho de considerar la declaración, aún con su naturaleza recepticia, como la obligación de que sea recibida, sino más bien como la constatación de a quién debe ser remitida.

A este respecto, parece claro que la remisión de la voluntad dimisoria al empresario, responderá correctamente a la exigencia de preaviso, pero tampoco debiera existir mayor problema si, tal comunicación, se dirige a la persona contratante o a figuras análogas como pudiera ser el director de recursos humanos. Algunos autores llegan a considerar que resulta válida la declaración de voluntad dimisoria dirigida no sólo al empresario, sino también a quienes ostenten el poder de representación de la empresa o, más aun, a aquellos a los que el empleado haya considerado sus superiores.

Si bien puede pensarse que tal consideración representa un riesgo para la validez formal del preaviso que, lo cierto es que poca o ninguna repercusión va a tener en los efectos del mismo, sino más bien en el ámbito formal de la declaración y el cumplimiento de las formalidades previstas. La razón de entender el concepto de destinatario de la dimisión desde un punto de vista tan amplio reside en la complejidad que entrañan hoy en día las estructuras empresariales. En ocasiones resulta complicado discernir quién es el empresario o el acceso a dicha figura es en la práctica imposible. Sin embargo, sí resulta más sencillo acudir a aquél o aquellos que en el día a día del trabajador han ido transmitiéndole las directrices para el desempeño de su trabajo, y bajo cuyo poder de dirección se ha regido su actividad laboral.

Decir, sin embargo, que no cabe aceptar una emisión de voluntad dimisoria notificada a los representantes de los trabajadores.

²⁴¹ RODRÍGUEZ SANTOS, E: *La extinción de la relación laboral por dimisión del trabajador...*Pág.232

Tampoco ayuda en este sentido, el hecho de que la legislación laboral no se pronuncie a este respecto, por lo que tal omisión debe llevar, insisto, a la conclusión de la interpretación extensiva. De lo contrario, debe pensarse que el redactor de la norma habría tratado de especificar a quién debía ir dirigida la notificación.

No obstante, sí existe unidad al pensar que el empresario siempre podrá ser receptor de la voluntad del trabajador y es importante conocer qué es o qué considera el Estatuto de los Trabajadores que es un empresario. A estos efectos, el 1.2.ET nos indica que *“serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes, que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior (...)”*. La afirmación es también bastante genérica pero nos da una primera idea de quién puede ser el sujeto pasivo que estamos buscando.

En definitiva, y aunque pueda considerarse obvio, parece la opción más acertada el acudir, en cada caso (como ya ocurría con el preaviso), a los convenios colectivos. De este modo, puede verse como en muchos de ellos ni siquiera se hace mención al destinatario concreto, sino a la empresa en general.²⁴² Sin embargo, y aunque es la práctica más habitual, no siempre se da esta situación. Por poner un ejemplo, el sector de la construcción es de tipo itinerante desde el punto de vista de que la organización de la empresa no se encuentra en el lugar donde el trabajador desarrolla sus funciones. Por lo tanto, poca importancia tendría un preaviso a la sede de una constructora, si el capataz o jefe de obra no tiene conocimiento del mismo. El perjuicio se mantendría pese a la notificación ya que el desconocimiento podría continuar respecto de los responsables de cubrir su puesto. Por ello, el Convenio Colectivo del Sector de la Construcción y Obras Públicas de la Provincia de Valencia especifica que *“cuando un trabajador desee cesar al servicio de una Empresa, deberá avisar previamente, con una antelación mínima de 7 días a aquél en que haya de causar baja, de su*

²⁴² “Los trabajadores que deseen cesar voluntariamente en el servicio de la empresa, vendrán obligados a ponerlo en conocimiento de la misma”. Art.5. del *Convenio Colectivo de trabajo del sector de Industria del Metal de la provincia de Valencia*. 2007-2011. BOP Valencia 153 - 29/06/2007

*intención de dar por terminada su relación laboral” (art.29).*²⁴³ De este modo, el trabajador deberá notificar su voluntad, no ante el empresario, sino ante la persona que corresponda dentro del centro de trabajo o lugar donde este prestando sus servicios, y no ante el empresario puramente entendido.

El último punto a tratar es el de las contratas y el de los grupos de empresas. En ambos casos se encuentra el trabajador ante una situación ambigua, sin conocer exactamente a quién debe notificar su voluntad, ya sea porque trabaja indistintamente para varias entidades, o porque, sin ser así, presta sus servicios a una empresa que realmente no ha sido la responsable de su contratación, sino que lo hizo a través de una intermediaria.

Efectivamente, en toda contrata existen, al menos, dos empresarios: principal y contratista.

Puede definirse al empresario principal, según apunta CAMPS RUIZ, como *“el que encarga la realización de una obra o servicio correspondiente a su propia actividad a un empresario contratista, aunque él, a su vez, pudiera ser contratista de un tercero y hubiera encomendado el encargo recibido de éste a un subcontratista.”*²⁴⁴ Se deduce, por tanto, que será el empresario contratista (siempre con trabajadores a su cargo²⁴⁵) el destinatario de este encargo. Respecto a quién debe ser el destinatario de la comunicación dimisoria el ordenamiento laboral no hace un pronunciamiento claro.

Sin embargo, creo que es importante analizar la figura del despido en las contratas para hacerse una idea de cuál puede ser la solución. En efecto, cuando un empleado es despedido puede recurrir dicha actuación empresarial en el plazo

²⁴³ BOP Valencia 161 - 08/07/2008

²⁴⁴ CAMPS RUIZ, L.: *Corresponsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas de obras y servicios*. En: GARCÍA ORTEGA (coord.) y otros, *Jurisprudencia e Instituciones Jurídico-Laborales (estudios en homenaje al profesor Ramírez Martínez con motivo de su jubilación)*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009. Págs. 313-330. Pág.316.

²⁴⁵ SORIANO CORTÉS, D: *Las contratas en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Monografías de Temas Laborales. Sevilla. 2007. Pág.93

de 20 días (ex art.121.1.LPL). En este sentido, apunta OLMO GASCÓN²⁴⁶, que el trabajador deberá dirigirse contra el empresario contratista salvo que la finalización de la relación laboral responda a la finalización del encargo realizado a este por el empresario principal. Del mismo modo, opino que sería más recomendable dirigirse contra el empresario contratista que acostumbra a ser la persona que ha integrado al trabajador en su plantilla y con el que puede tener cierta relación. Será sin duda más práctico dado que la labor del empresario principal en el desarrollo de la actividad laboral es nula y plantearía más problemas en lo que a la comunicación extintiva se refiere.

Por otra parte, y pese a mantener la posición expresada anteriormente, el artículo 42.2ET, al referirse a las contratas esgrime que “*el empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado (referido a la comprobación de la solvencia del contratista) respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata.*” Ha de entenderse por tanto que, aquél que ostenta la obligación principal respecto del trabajador (esto es, abonar sus salarios), debiera estar también al corriente de la situación de sus trabajadores, más allá de los posibles casos de corresponsabilidad, que poco sentido tiene citar aquí, dado que se refieren a extinciones con causa, fuera del objeto de estudio.

En conclusión, debe quedar claro y no existir lugar a la más mínima duda de que el destinatario de la dimisión será siempre y en todo caso el empresario contratista (más allá de otras posibles comunicaciones). Básicamente porque la relación laboral queda suscrita entre estas dos partes, y en ella no interviene el empresario principal, que a pesar de ser responsable para con el trabajador, no tiene vinculación contractual alguna con el mismo²⁴⁷. Más bien, existe una relación fáctica puesto que en ocasiones las labores encargadas se realizan en el

²⁴⁶ OLMO GASCÓN, A.M.: *Los derechos laborales del trabajo en contratas*. Ed. Comares. Colección Trabajo y Seguridad Social. Granada. 2002. Pág.417.

²⁴⁷ SORIANO CORTÉS, D: *Las contratas en el Derecho del Trabajo...* Pág.93

centro de trabajo del empresario comitente²⁴⁸. Sin embargo, no es este el objeto del estudio y, considero, no conviene extenderse más.

2.3.5. Efectos de la recepción del preaviso

La dimisión, por su carácter unilateral, hace al trabajador dimisionario principal protagonista del acto dimisorio. De ello resulta que el empresario no puede obligar al trabajador a mantenerse en su puesto de trabajo, dado que el derecho al trabajo constituye una potestad del trabajador tanto en el ámbito positivo como negativo, esto es, habilita al empleado a trabajar donde desee si es que esa es su voluntad. Hasta aquí una obviedad si no fuera por el hecho de que la perfección de la extinción se produce una vez la comunicación llega a manos del empresario.

Y llegados a este punto cabe plantearse diversas cuestiones acerca de las consecuencias que la dimisión produce en ambas partes, más aún cuando existe un plazo de preaviso exigible y un período que va a transcurrir entre la declaración de voluntad y los efectos últimos de la dimisión. Estas y otras cuestiones serán tratadas en profundidad en las siguientes líneas.

Una primera aproximación indica que la extinción contractual por voluntad del trabajador busca un objetivo específico: dejar sin efecto una relación laboral. MONTOYA MELGAR se manifestaba en este sentido y, al respecto, se planteó en qué punto quedaban las relaciones jurídicas entre las partes una vez producida la declaración de voluntad.²⁴⁹ En realidad, para ser más precisos, la comunicación preavisada de la dimisión no deja sin efectos la relación laboral. Y ello es porque las figuras de la comunicación de la finalización del contrato de trabajo y la propia extinción son figuras autónomas.

Por tanto, han de separarse las consecuencias que de una y otra institución se derivan. De este modo, la consecuencia principal de la dimisión, como se verá

²⁴⁸ MONTOYA MEDINA, D: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*. Tirant Monografías. Valencia. 2004. Pág.105

²⁴⁹ MONTOYA MELGAR, A. *La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador*. Instituto García Oviedo.1967. Sevilla. Pág.53

con más detenimiento en el siguiente capítulo, es la extinción del contrato de trabajo. Sin embargo, los efectos que se derivan de la recepción de la voluntad dimisoria son distintos.

El primer y más importante efecto de la recepción de la voluntad extintiva es, sin duda, la perfección del negocio jurídico. Cabe recordar que hasta que el empresario no recibe la comunicación, ya sea de manera expresa o tácita, de la dimisión del trabajador, ésta, no queda completada.

Más aun, podría ser revocada. A pesar de la tendencia (cada vez menor) que abogaba por la irrevocabilidad de esta decisión, no parece haber controversia a la hora de matizar que si la emisión de voluntad no ha sido conocida aun por su destinatario, ésta puede ser revocada, entendiendo el momento de la recepción como aquel en que la decisión del trabajador despliega efectos a terceros que podrían sufrir un perjuicio en caso de haber retractación.²⁵⁰

Paralelamente a la perfección, la recepción produce, obviamente, el conocimiento del empresario de la voluntad de su empleado. En este sentido, el sujeto pasivo no tiene obligación de contestar. Sin embargo, puede ser recomendable a efectos de prueba de la recepción e incluso como forma de evitar una reincorporación del trabajador pasado el período de preaviso.

La última cuestión que se suscita incide en las posibles consecuencias en caso de que la comunicación de la voluntad del trabajador no llegara a su destinatario. En mi opinión, no cabe otra postura que la de pensar que el negocio jurídico rescisorio no ha quedado perfeccionado. Y ello por el hecho de que su receptor, pese a que su participación es irrelevante, no ha tenido oportunidad de conocer la decisión. Más aun, aceptar este extremo supondría no exigir prueba alguna de la voluntad dimisoria del trabajador que podría alegar el extravío como motivo del incumplimiento del preaviso. Del mismo modo, considero que si finalmente el documento extintivo llega a su receptor, habría de permitirse la extinción contada

²⁵⁰SSTS de 18 de julio de 1988 (RJ.1988/6163); de 5 marzo 1990 (RJ.1990/1761); SSTSJ de Andalucía de 8 de octubre de 1999 (AS.1999/6840); y del País Vasco, de 9 de septiembre de 1997 (AS.1997/3090)

desde las fechas indicadas por el trabajador, que no tiene responsabilidad alguna en el retraso sufrido.

3. Algunas objeciones a la libre facultad de dimisión: especial atención al pacto de permanencia.

El derecho a dimitir sin más requisito que la mediación del plazo de preaviso que marquen los convenios colectivos o la costumbre del lugar no plantea en principio mayores restricciones de las ya comentadas por lo que resulta complejo el observar algún límite a dicha facultad.

No obstante, el art.21ET indica un supuesto concreto en que la posibilidad del trabajador de instar la extinción *ad nutum* de su contrato de trabajo queda ciertamente atenuada.

El pacto de permanencia se configura como la posibilidad de que empresa y trabajador acuerden un lapso de tiempo en que este último se obligue a mantenerse en su puesto de trabajo *“cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico (...).”* En tal caso *“podrá pactarse entre ambos la permanencia en dicha empresa durante cierto tiempo.”* Así, el citado artículo supone una excepción a la libertad dimisoria que merece un estudio pormenorizado.

El debate surge respecto al hecho de si aceptar el pacto de permanencia como límite a la institución dimisoria supone una renuncia de derechos por parte del trabajador.

De este modo, y haciendo una interpretación literal, el primer precepto al que debe dirigirse la atención es el artículo 3.5ET que no indica que: *“Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos*

reconocidos como indisponibles por convenio colectivo”. Interpretando en una primera lecturas estas palabras, debe decirse que la dimisión, como facultad unívoca conferida al trabajador, es innegociable en todo caso puesto que, de lo contrario, se estaría ante un grave ataque de un derecho reconocido en un texto legal para con el trabajador y emanado del citado art.49. RODRÍGUEZ-PIÑERO se refiere incluso a la posibilidad del atentado contra el orden público si la interpretación se hace de esta manera (atendiendo a la literalidad del texto).²⁵¹

Sin embargo, la propia jurisprudencia entiende que el hecho de que la obligación de permanencia del trabajador suponga un límite al derecho dimisorio no es óbice para aceptar la legalidad del art.21ET.

Con todo, sí resulta imprescindible el remarcar la especificidad del mismo puesto que dicha limitación *“debe estar fundada en causa suficiente y debe reunir, además, para que pueda apreciarse su licitud o carácter no abusivo, determinados requisitos mínimos de proporcionalidad o equilibrio de intereses”*.²⁵²

Recuperando el hilo argumental ha de decirse que la extinción unilateral tan sólo está regulada en el apartado d) del artículo 49.1 y no tiene desarrollo posterior. Por tanto, a la hora de plantearse si cabe la negociación acerca de las condiciones de la dimisión, debe atenderse a la falta de recursos legales que existen en este sentido. Más aún, debe tenerse en cuenta que, como apunta de nuevo RODRÍGUEZ-PIÑERO²⁵³, si la negociación colectiva trata de incidir con fuerza, más aún en la coyuntura actual, en los regímenes extintivos que sí tienen una regulación mayor, con más razón puede la propia negociación inmiscuirse en un asunto cuya solución legislativa se reduce al 49.1.d).

²⁵¹ RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; BRAVO FERRER; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. La voluntad del trabajador en la extinción del Contrato de Trabajo. Ed. La Ley-Actualidad. Madrid. 1998. Pág.95

²⁵² STS de 6 de mayo de 2002 (RJ.2002/7891). Del mismo modo las STS de 30 de noviembre de 2009 (RJ.2010/252) y las SSTSJ de Cataluña, de 14 de diciembre de 2010 (AS.2011/304); de Madrid, de 12 de noviembre (AS.2008/3234) y de 27 de octubre de 2008 (AS.2008/3211); y de la Comunidad Valenciana, de 23 de mayo de 2007 (AS.2007/2837).

²⁵³ RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; BRAVO FERRER; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. *La voluntad del trabajador en la extinción...* Pág.96

Por tanto, a la hora de plantearse si el individuo puede disponer de su derecho a la extinción unilateral ha de tenerse en cuenta, de un lado el 3.5.ET que impide esta práctica y de otro, el hecho de que, a la hora de buscar justificación legal, va a encontrarse el lector con graves dificultades para encontrar respuestas a esta pregunta.

Resulta indubitado que la renuncia de derechos, a juzgar por el articulado citado, es una opción a la que la legislación laboral es muy reticente. El precepto es muy tajante. En el momento de la negociación, desde el punto de vista individual, el Estatuto de los Trabajadores prefiere no dar tal opción. Ello ocurre teniendo en cuenta que, en la negociación contractual, que compete a empresario y trabajador, el primero tiene una situación de preponderancia respecto del segundo. Esta situación podría llevarle a aceptar condiciones muy perjudiciales para sus intereses. No obstante, podría decirse lo mismo de los tres primeros motivos del artículo 49ET, respecto de la extinción. Al hablar del mutuo disenso, de las causas consignadas válidamente en el contrato, o de la expiración del tiempo convenido, hablamos de situaciones en que, si bien impera la autonomía de la voluntad, puede existir una clara coacción del empresario, por lo que esta teoría debe ser examinada con recelo.

Se considera, de esta forma, un mínimo de derecho necesario que, ni la negociación colectiva ni la individual pueden, en principio modificar.

Esta situación no es sin embargo absoluta, tiene sus matices y excepciones. A continuación, se desgana uno de los que pueden considerarse más importantes: el pacto de permanencia.

3.1. El pacto de permanencia

El pacto de permanencia es una excepción al artículo 3.5ET y una limitación al 49.1.d) puesto que se está hablando de la transacción de derechos (a la facultad de dimitir en este caso) y exige, algo más que el preaviso, para la extinción unilateral del contrato de trabajo. Este convenio entre trabajador y empresario está recogido expresamente en el 21.4ET y supone la obligación del empleado de

permanecer en su puesto de trabajo. En mi opinión, entra en colisión con el artículo 35CE ya que supone una dificultad para el trabajador a la hora de escoger el puesto de trabajo que desee y el trabajar o no en determinada empresa.

Sin embargo, el citado artículo de la normativa laboral contiene algunos matices. El precepto viene condicionado a la formación específica que se va a prestar al trabajador. Mediante la cláusula de permanencia, el empresario se compromete a formar al trabajador, no en cualquier ocupación, sino en tareas directamente relacionadas con el desempeño profesional que viene realizando. Por ello, la limitación que supone la estancia obligatoria en la empresa queda contrarrestada por el aumento de la empleabilidad o del desarrollo ocupacional que va a recibir el trabajador pues, el aumento de su formación, propiciará que sus oportunidades profesionales sean mayores en el futuro. De otro lado, el empresario se asegurará de que su inversión en formación será efectiva y tendrá visos de ser rentabilizada puesto que aquel que la reciba quedará comprometido con la empresa.

En definitiva, debe existir una proporcionalidad entre el derecho coartado y el beneficio que va a obtener el trabajador. Visto desde el punto de vista del derecho sancionador, acostumbra a decirse que, ante el juego de dos o más intereses o derechos, la limitación de los mismos debe suponer un beneficio de igual o incluso mayor medida²⁵⁴. En este caso, por tanto, la limitación del derecho a la libre elección de oficio y a la extinción del contrato de trabajo, debe generar un bien en el trabajador, esto es, un aumento de su empleabilidad y de su potencial como trabajador, que justifique la permanencia en la empresa más allá de lo deseado, y siempre con los límites anteriormente citados.

3.2. Visión Jurisprudencial del pacto de permanencia

Podría argumentarse en este sentido que este tipo de pactos carecen de viabilidad puesto que el artículo 4.2.b), al hablar de los derechos laborales, exige como uno de ellos, el derecho a ser formado. Este derecho que asiste al trabajador, puede

²⁵⁴ TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: *Principio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004. Pág.28.

hacernos incurrir en una posible contradicción. En realidad, debe entenderse que este artículo se refiere a unas exigencias de tipo general respecto del empleo que va a desempeñar. Lo que trata de decir el artículo 21.4ET es que en aquellos cursos, pagados por el empresario, y dirigidos exclusivamente a la realización de un trabajo específico o que requiera conocimientos altamente especializados, el empresario hace un esfuerzo económico con el único objetivo de realizar tan concreta tarea. Por tanto, supondría un claro perjuicio para él, sufragar los gastos del curso y después perder el capital trabajo que ofrece el empleado. En cualquier caso, establece el citado precepto, tal pacto no podrá exceder de dos años. Dicha limitación temporal adquiere todo su sentido si se entiende que el artículo no deja de ser una excepción a un derecho constitucional, como es el de elegir la propia profesión y a la libertad que ampara el 49.1.d) ET de extinguir el contrato de trabajo por la mera voluntad del empleado.

Es muy ilustrativa para este caso la STS de 21 de diciembre de 2000 pues establece los siguientes requisitos para entender como válidos estos pactos:

«1º, que su aplicación sea efectiva para el caso de que el trabajador haya recibido una especialización profesional;

2º, que el proceso de especialización lo sufrague la empresa;

3º, que su finalidad sea poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico;

4º, que su duración no vaya más allá de dos años,

5º, que la cláusula se constate por escrito»²⁵⁵

En realidad, dichos requisitos no son más que una extensión de lo ya establecido en el 21.4ET, que además establece expresamente la consecuencia de su incumplimiento, esto es, la indemnización por daños y perjuicios.

²⁵⁵ STS de 21 de diciembre de 2000 (RJ.2001, 1869)

No obstante, sí es de vital importancia el pronunciamiento a la hora de resaltar la especificidad del precepto, que atiende a supuestos muy concretos y con un objetivo claro, que no es otro que el de formar al trabajador más allá de la consabida obligación a la formación profesional y garantizar la utilidad en el proceso productivo de dicha inversión.

En la STS de 26 de junio de 2001 que casa la sentencia del año 2000 antes citada, se habla de un contrato de trabajo en prácticas²⁵⁶. En este sentido coincide plenamente con el Alto Tribunal, que señala que estas cláusulas van dirigidas en mayor medida, sin descartarlos, a contratos de tipo indefinido, y no tanto a vínculos laborales como el que se comenta, en que el trabajador ostenta un régimen de temporalidad contractual y en que, a fin de cuentas, el objeto del tipo de contrato es el de formar al trabajador. En casación, el Tribunal ofrece jurisprudencia, que refleja la tendencia de estos convenios, a la naturaleza indefinida de los contratos en que se pactan.²⁵⁷ De este modo, debe acudirse a la proporcionalidad entre la formación prestada y los trabajos a realizar, con la permanencia que se exige. Las sentencias citadas al pie se refieren a supuestos como el de una compañía aérea, que desembolsa una gran cantidad de dinero para formar a sus trabajadores en labores relacionadas con el tráfico aéreo, y que, por sus características, supone un gran esfuerzo para la empresa. En este sentido, he querido subrayar la Sentencia de 21 diciembre de 2000 que, al sopesar la proporcionalidad entre los cursos de formación ofrecidos y la permanencia exigida expone que *“ciertamente, el sacrificio de las libertades profesional y de trabajo consentido por el trabajador al suscribir la cláusula en cuestión es manifiestamente desproporcionado a la ventaja de formación obtenida a cambio.”*²⁵⁸

Respecto del Tribunal Constitucional, es muy curiosa la forma en que se ha resuelto el problema de los pactos de permanencia, y su previsible fricción con

²⁵⁶ STS de 26 de junio de 2001 (RJ.2001/7795)

²⁵⁷ SSTs de 18 de mayo de 1990 (RJ.1990/4360), 23 de julio (RJ.1990/6458) y 14 de noviembre del mismo año (RJ.1990/8572), y 14 de febrero (RJ.1991/837) y 27 de marzo de 1991 (RJ.1991/1905).

²⁵⁸ RJ.2001/1869

los artículos ya citados y los principios que emanan de la Carta Magna. De hecho, las primeras respuestas a esta cuestión no fueron dirigidas a su resolución. En realidad, trató de solucionarse un problema aparentemente diferente. El artículo 8.1.del RD 17/77, de 4 de marzo, de Relaciones Laborales, establece la posibilidad, mediante convenio, de *“establecer normas complementarias relacionadas con los procedimientos de solución de los conflictos que den origen a la huelga, así como la renuncia, durante su vigencia, al ejercicio de tal derecho”*.

A estos efectos, la STC de 8 de abril de 1981²⁵⁹ resolvió al respecto. Debe tenerse en cuenta que el Tribunal se encontró ante un supuesto con unas características similares a las del pacto de permanencia, esto es, un caso en que la legislación también es parca: el derecho de huelga.²⁶⁰ No obstante, se expuso que no se trataba de una renuncia absoluta, que no tuviera vuelta atrás, o que no fuera susceptible de volver a ser negociada en un futuro. Mantenía además, aunque debo decir que este argumento es algo más criticable, que lo que queda limitado no es el derecho, sino su ejercicio. En este sentido, se argumentaba que la citada paz laboral se obtenía a cambio de ciertas compensaciones laborales, esto es, que respondería más a la transacción de derechos que a la renuncia propiamente dicha.

A estos efectos vuelve a tratarse el requisito de la proporcionalidad, del que habla el TS, integrando el concepto de “renuncias menores” e incidiendo respecto del hecho de la renuncia del ejercicio y no del derecho propiamente dicho. Estas valoraciones han sido acogidas por parte de la doctrina y desarrolladas posteriormente.²⁶¹

²⁵⁹ RJ.1981/11

²⁶⁰ Insuficiente en el caso de la huelga dado que un Real Decreto Ley regula aquello que debiera estar contenido en una Ley Orgánica.

²⁶¹ LÓPEZ AGUILAR, J.F., Derechos fundamentales y libertad negocial. Sobre el Espacio Constitucional para la Autonomía de la voluntad entre particulares. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, págs. 118 y 119

Otros autores opinan incluso, que tal renuncia responde a la protección de otra libertad (la de empresa del 38CE), por lo que se vería ampliamente justificada.²⁶²

Debe concluirse por tanto que, a efectos del pacto de permanencia, los requisitos exigidos son:

- Que tenga carácter temporal (en consonancia con el art.21.4ET), es decir, que no sea en caso alguno superior a dos años. Si el trabajador abandonara el puesto de trabajo con anterioridad, el empresario tendría derecho a una indemnización por daños y perjuicios.
- Que suponga una contraprestación para el trabajador. Pero no sólo eso, en el ámbito formativo, el concepto debe ser superior al de la mera formación profesional, derecho inherente al trabajador²⁶³, y ser de tipo determinado, siendo su objeto de la misma naturaleza que el trabajo a desempeñar. Además, la causa formativa debe estar fundada y la penalización debe ser proporcional, dado que se está limitando un derecho del trabajador.²⁶⁴
- En caso de controversia, corresponde a la empresa la prueba de la “*especialización profesional*”, que excederá en cualquier caso a *la que corresponde habitualmente a la función laboral contratada* y redundando en el beneficio y empleabilidad futura del trabajador.²⁶⁵
- Que no constituya una renuncia propiamente dicha al derecho, sino a su ejercicio.

²⁶² SIRVENT HERNÁNDEZ, NANCY: *El pacto de permanencia en la empresa*. Universitat de València. 2002. Valencia. Pág.92

²⁶³ SSTSJ de Cataluña, de 25 de octubre de 2013 (AS.2013/146); de la Comunidad Valenciana, de 26 de abril de 2007 (AS.2009/56409) de las Islas Baleares, de 14 de julio de 2006 (AS.2006/2485); del País Vasco, de 11 de abril de 2006 (AS.2006/1474)

²⁶⁴ STS de 26 de junio de 2001 (RJ.2001/7795) de 29 de diciembre (RJ.2001/1889) y de 21 de diciembre de 2000 (RJ.2001/1869) de 7 de abril de 1995 (RJ.1995/2920). STSJ de la Comunidad Valenciana, de 8 de octubre de 2004 (AS.2004/3689).

²⁶⁵ STS de 6 de mayo de 2002 (RJ.2002/7891)

3.3. Consecuencias de la dimisión respecto del pacto de permanencia

Dicho todo lo anterior es importante resaltar que el pacto del que se habla es un compromiso de permanencia que adquiere el trabajador a cambio de una formación específica que aumentará su empleabilidad y sus cualidades como trabajador. Sin embargo, ¿quiere decir ello que un acuerdo de este tipo supone la renuncia del derecho a dimitir?

En ningún caso. De ser así, el pacto habría de ser considerado nulo en tanto en cuanto supone la renuncia de un derecho, el de la dimisión sin causa del 49.1.d) ET. Lo que sí se producirá será la generación de un derecho de la empresa a una indemnización por daños y perjuicios en compensación por el incumplimiento del acuerdo previo.²⁶⁶ Por tanto, con independencia de si se genera el citado derecho a favor del empresario o no, la conducta quedará perfeccionada una vez recibida por éste, sin que el incumplimiento del pacto suponga desvirtuar en modo alguno la decisión del trabajador. Se trata de un caso análogo al de la dimisión sin preaviso (que se expondrá a continuación) en que la falta del mismo no deviene en la ineficacia del mismo, sino en una infracción susceptible de ser restituida.

Por tanto, dos son las principales características que deben ser analizadas:

- La efectividad de la decisión extintiva
- Las consecuencias económicas que de ella se derivan

Respecto del primer supuesto, reitero que dicho pacto no supone en modo alguno una prohibición al trabajador para la finalización del contrato de trabajo. Sin embargo, llama la atención el hecho de que el legislador utilice el verbo

²⁶⁶ STSJ de Cataluña de 16 de noviembre de 2009 (AS.2010/77). En este sentido, respecto de los requisitos e importancia de la especialización profesional como fundamento del pacto de permanencia, SSTSJ de Andalucía de 18 octubre (AS.2012/3012); de Madrid, de 26 de junio de 2011 (AS.2011/265526), de 2 de diciembre de 2010 (AS.2011/1290); de 21 de abril de 2009 (AS.2009/2107); de 23 de mayo de 2007(AS.2007/212) y de 28 de febrero de 2007 (AS.2007/1691). También STSJ de las Islas Baleares, de 30 de diciembre de 2005 (AS.2008/436)

“abandonar” para referirse al supuesto en que el empleado fuerce su salida de la empresa antes de cumplir con lo establecido en el acuerdo de permanencia.

Como ya se ha podido observar con anterioridad, tal referencia responde a conductas anómalas que el legislador trata de evitar y a las cuales, como en el caso concreto, apareja una penalización en forma de indemnización.

No obstante, el hecho de que dicho resarcimiento no sea descrito con mayor minuciosidad plantea no pocas dudas en la práctica. Por esta razón, la jurisprudencia ha ido desarrollando los conceptos resarcitorios que deben observarse.

El Tribunal Supremo ha reconocido los supuestos de permanencia mínima de forma reiterada cuando la empresa haya ofrecido a su empleado una especialización singular o cualificada con un objetivo identificable dentro de la actividad de la empresa.²⁶⁷

Sin embargo, su fundamento responde únicamente a la naturaleza formativa antes comentada y debe responder a criterios de proporcionalidad. Así, no se computarán gastos ajenos a dicha formación, incluso en supuestos relativos a dietas o gastos de desplazamiento que haya desembolsado la empresa.

Del mismo modo, la compañía deberá en todo caso justificar el verdadero gasto realizado, dejando de lado posibles cantidades establecidas por la empresa de forma unilateral y que puedan considerarse abusivas.²⁶⁸

En conclusión la justificación del pacto de permanencia debe quedar sentada por la formación que el empresario ofrece al trabajador, siendo el resarcimiento una fórmula para compensar los gastos efectivamente realizados y su no satisfacción por parte del empleado que, tras la inversión que se ha acometido en su persona para mejorar el procedimiento productivo de la empresa, ha incumplido por causa únicamente imputable al mismo.

²⁶⁷ Entre otras muchas, las SSTS de 27 de marzo (RJ.1991/1905) y de 14 de febrero de 1991 (RJ.1991/837); de 23 de julio (RJ.2990/6458) y de 18 de mayo de 1990 (RJ.1990/4360)

²⁶⁸ STS de 19 de septiembre de 2011 (RJ.2012/688).

CAPÍTULO IV: LA SITUACIÓN POSTERIOR A LA DIMISIÓN

CAPÍTULO IV: LA SITUACIÓN DEL TRABAJADOR DIMISIONARIO

Hasta ahora, en la realización de este trabajo, se han venido estudiando aspectos como el preaviso, los requisitos de la declaración y otro tipo de características de la dimisión que, por su naturaleza, se encontraban antes o durante la realización del acto extintivo.

A continuación, no obstante, va a tratarse la figura de la dimisión desde el punto de vista del momento posterior a su notificación, esto es, de los efectos y consecuencias que se derivan del propio acto.

Ha quedado claro que el trabajador, en base al artículo 49.1.d), goza de la facultad de extinguir su relación laboral de forma unilateral. No obstante, la finalización *ad nutum* genera una serie de derechos y obligaciones que se derivan de una nueva situación jurídica.

Ante esta nueva realidad, existe la posibilidad de que el trabajador haya acometido la finalización de su contrato de trabajo conforme a ley mediando el preaviso pertinente por lo que, pese a la declaración, continuará trabajando hasta finalizar dicho plazo. Por el contrario, puede no haber cumplido con dicho requisito y haber generado algún perjuicio al empresario.

Además, se plantean dos nuevas situaciones que han de ser examinadas con detalle a fin de comprender las realidades a que se enfrenta el trabajador dimisionario. De una parte, habrá de ser analizado el período que discurre desde la comunicación al empresario de la voluntad extintiva a la efectiva finalización de la relación laboral. En dicho lapso de tiempo, durante el plazo de preaviso, ambas partes continúan obligadas respecto del vínculo contraído, con la única salvedad de que se conoce la finalización del mismo. De otra, los efectos y consecuencias que se derivan del propio acto una vez llegado a término y de las posibilidades que asisten a una y otra parte en todo este proceso.

Tales repercusiones variarán sustancialmente si la dimisión, como tal, es correctamente ejercitada o, si por el contrario, se está ante un caso de abandono del puesto de trabajo. Si bien la consecuencia final será la misma, los efectos que para el trabajador se derivan pueden llegar a ser netamente opuestos.

Por tanto, procederá el análisis independiente de las vicisitudes que se produzcan y las consecuencias que se generen en ambos casos.

Finalmente, y como se acaba de observar en el capítulo anterior en el ámbito del preaviso, la figura de la dimisión, al igual que el ordenamiento laboral en su conjunto, está en continua evolución, ya sea legislativa o judicial, por lo que serán igualmente aplicadas al estudio que ocupa.

1. Obligaciones y derechos del trabajador dimisionario

1.1. Derechos

Los derechos laborales quedan reconocidos en el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores. Dichos preceptos no vienen condicionados por el hecho de que la relación laboral tenga o no fecha de caducidad. De lo contrario, se estaría habilitando la discriminación entre trabajadores temporales (que conocen la fecha de finalización de su prestación) y fijos. Por tanto, debe concluirse que el trabajador que emite su voluntad extintiva gozará, a priori, de los mismos derechos de los que goza aquel que no lo hiciera. No debe olvidarse que el contrato mantiene su vigencia de forma absoluta. En realidad, se está ante lo que RODRÍGUEZ PIÑERO considera “*contrato de trabajo preavisado*”.²⁶⁹

Con ello lo que el autor quiere decir es que la relación laboral permanece vigente, desplegando todos sus efectos, con la única diferencia de que se conoce la finalización de la misma. Sin embargo, cabe reconsiderar la calificación que hace el propio autor sobre la certeza de la finalización. De nuevo, y al igual que con

²⁶⁹ RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. *La voluntad del trabajador en la extinción del Contrato de Trabajo*. Ed. La Ley-Actualidad. Madrid. 1998. Pág.90

otros autores citados, la reciente jurisprudencia hace que ni en período de preaviso pueda garantizarse que el contrato vaya a finalizar. En este apartado cabe comentar que, la relación de derechos de que gozará el trabajador debe ser estudiada por separado, distinguiendo el plazo de preaviso y el momento posterior en que el contrato ya está, efectivamente, disuelto.

El primer dato relevante que cabe destacar del artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores en que se regula un listado de derechos que, permaneciendo la relación laboral vigente, parece claro que deben ser respetados y garantizados por parte del empresario. Se trata además de una lista abierta, pues su último apartado dice expresamente “*a cuantos otros se deriven específicamente del contrato de trabajo*”.

Retomando el hilo argumental, es importante valorar el hecho de que ciertos derechos quedan atenuados o, al menos cuestionados, en el período en que el contrato continúa vigente, pero la relación laboral conoce ya su fecha de caducidad. En el período de preaviso parece claro que los derechos básicos, contenidos en el epígrafe primero del artículo 4, van a permanecer imperturbables en tanto en cuanto superan el ámbito de la relación laboral para ser derechos constitucionalmente reconocidos y trascienden al objeto del contrato (huelga, reunión, libre sindicación...). Sin embargo, cabe preguntarse qué ocurre con los derechos reconocidos en el punto segundo pues ¿sería razonable promocionar a un trabajador cuya finalización contractual está tan cercana?, ¿debiera fomentarse la formación continua de un trabajador que no la va a emplear en beneficio del empresario que la paga? Y por último, ¿está la empresa obligada a divulgar a su empleado secretos industriales o de otro tipo para la correcta realización de sus tareas sabiendo que estos nuevos conocimientos pueden recaer en la competencia en un futuro próximo?

1.2. Obligaciones del trabajador

Respecto de las obligaciones que mantiene el trabajador, el Estatuto de los Trabajadores nos da algunas ideas.

En este sentido, la norma laboral básica establece los deberes de los trabajadores en su artículo 5.a) indicando que deben “*cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia*”. Respecto de este artículo, hay que tener en cuenta que, una vez finalizada la relación laboral, el trabajador ha adquirido una serie de conocimientos en el ámbito del comercio, carteras de clientes e incluso secretos industriales que puede utilizar para su beneficio personal y/o perjuicio de su antigua empresa.

1.2.1. El preaviso como derecho del empresario

Sobre la figura del preaviso mucho se ha hablado ya en este trabajo en cuanto a concepto, forma y efectos, a pesar de que hasta no hace mucho era considerado un derecho que asistía únicamente al empresario.²⁷⁰ Si bien es verdad que así lo entendía también la jurisprudencia²⁷¹, los cambios ya mencionados plantean ahora el período de preaviso como un lapso de reflexión entre ambas partes del contrato en que, de no mediar retracto de una parte o despido por parte de la otra, finalizará en el término fijado. Así, la institución es ahora un derecho para ambas partes, desde el punto de vista del trabajador para confirmar su voluntad dimisoria, y desde la perspectiva empresarial, para tratar de solventar la pérdida de capital humano y que ésta afecte de la menor manera posible al proceso productivo.

1.2.2. La dimisión abusiva

El artículo 35CE nos dice que “*todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio*”. Como ya se ha visto a lo largo del trabajo, este derecho incluye la posibilidad de no trabajar allí donde no se desea hacerlo. Por ello, el artículo 49.1.d) ET faculta al trabajador a extinguir su relación laboral, por su mera voluntad, exigiendo únicamente un plazo de preaviso para con su empleador.

²⁷⁰ ALTAVILLA, R.: *Le dimissioni del lavoratore*. Giuffrè. Milano. 1987. Pág.75

²⁷¹ SSTS de 5 de marzo de 1990 (RJ.1990/1761); de 18 de julio de 1988 (RJ.1988/6163) y 29 de junio de 1989 (RJ.1989/4856). También por las SSTSJ de Andalucía, de 8 octubre de 1999 (AS.1999/6840) y del País Vasco, de 9 de septiembre de 1997 (AS.1997/3090)

El objetivo de la extinción sin causa es, única y exclusivamente, que el trabajador finalice su relación laboral. Los motivos, en este caso, son irrelevantes. Sin embargo, en ocasiones el empleado no busca propiamente ese objetivo sino, más bien, perjudicar deliberadamente al empresario. O bien, siendo la extinción su voluntad última, la forma en que la exterioriza hace que se llegue a la razonable conclusión de que existe un objetivo dañino, que trasciende a la voluntad principal de desistir del contrato de trabajo. Este caso se da cuando el dimisionario es consciente de la importancia de su cometido en la empresa, y el daño que causaría su dimisión sobrevenida. A ello se une el ánimo de causar el perjuicio.

Teniendo en cuenta que el período de preaviso no ha sido regulado, a salvo de los supuestos de relaciones laborales especiales que ya se han comentado con anterioridad, cabe plantearse qué ocurre respecto de las otras dos fuentes del derecho recogidas en el 49.1.d)ET, a saber, la costumbre y los convenios colectivos.

Respecto de la primera, es ciertamente más discutible puesto que la costumbre se entiende respecto del sector productivo, más que del propio centro de trabajo, y éste ha de tener justificación y proporcionalidad, por lo que el trabajador goza de cierta libertad si bien el requisito de buena fe no desaparece. Sin embargo, ante la regulación mediante convenios colectivos, el trabajador debe ser mucho más estricto en el cumplimiento de dicha obligación, quedando el papel de la autonomía de la voluntad ciertamente limitado.²⁷²

Sin embargo, la importancia del período de preaviso es innegable, no sólo a efectos de buena fe o de utilidad para el empresario que verá afectado en menor medida su proceso productivo y facilitada la sustitución del empleado dimisionario, sino también a efectos de diferenciar los conceptos de dimisión y abandono. Tal situación debe ser tenida en cuenta desde un punto de vista

²⁷² MELLA MÉNDEZ, L.: *La responsabilidad civil por daños en el contrato de trabajo*. En *La Responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales*. XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Colección Estudios Laborales. Madrid. 2013. Págs.161-254. Pág.243.

científico pero igualmente a efectos de determinar las posibles responsabilidades del trabajador ante una extinción incorrectamente ejercitada.

Por una parte, hasta el momento se ha tratado la figura del abandono como un supuesto en que el trabajador incumple las exigencias de la legislación en lo relativo a la forma del ejercicio del derecho dimisorio, pero sin mayor explicación que la de la torpeza en su ejecución, sin existir voluntad de causar perjuicio alguno al empresario. El ilícito, en tales supuestos, deriva de su falta de forma, de buena fe en ocasiones, a la hora de poner fin a su relación laboral. Por otra parte, en cambio, existen supuestos en que media un claro abuso del derecho, esto es, del uso fraudulento de una prerrogativa legal para producir un mal en la otra parte.

En realidad, ambas figuras constituyen una situación de alegalidad²⁷³ pues ninguna está propiamente regulada en el Estatuto de los Trabajadores. Éste tan solo concibe la extinción preavisada. No obstante, existe una clara diferencia. El hecho de que se pruebe el abandono del puesto de trabajo no genera *per se* una obligación de restituir. Para ello es absolutamente necesario que se pruebe el daño causado por esta conducta. En cambio, en la dimisión abusiva lo que se persigue es el ánimo de causar daño, de causar manifiesta y conscientemente, un mal, amparándose en un derecho.

Como se ha comentado arriba, el Estatuto de los Trabajadores nada dice al respecto. Sin embargo, la legislación civil sí contempla un supuesto similar. De este modo, el artículo 7.2.CC nos dice que la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Una vez dicho esto, establece un automatismo, cosa que no se da en el abandono, por el cual “(...) *todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente*

²⁷³ Ni abandono ni dimisión abusiva son conceptos regulados en legislación alguna, ni siquiera para delimitar las consecuencias que producen. Se trata de realidades generadas en la realidad laboral y definidas y desarrolladas por doctrina y jurisprudencia.

indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

Respecto de la posible generación de daños y perjuicios, el silencio doctrinal y jurisprudencial hace que sea complicado manifestarse al respecto. No obstante, sí existen ciertas conductas empresariales, traducidas generalmente en restar del finiquito los días de preaviso dejados de cumplir. En cualquier caso, dichas actuaciones no pueden ser completamente discrecionales por parte del empresario, sino que deben ser avaladas por los Tribunales o por convenio colectivo.²⁷⁴ Del mismo modo, tampoco pueden aceptarse cláusulas abusivas o claramente arbitrarias.

Los pactos indemnizatorios son, en realidad, de la misma naturaleza que las indemnizaciones legales. Por tanto, salvo que exista un abuso que, en cualquier caso, deberá ser determinado por un tribunal, éstos podrán ser aplicados de forma directa y automática, sin necesidad de ponderación alguna.²⁷⁵ En este sentido, y como forma de diferenciar entre una verdadera indemnización y una cláusula penal, es muy importante destacar la aportación de LOBATO DE BLAS²⁷⁶, que establece que, para que exista esta última debe concurrir:

- a) Una cantidad predeterminada y sencillamente cuantificable
- b) Que sea mayor que la establecida legalmente
- c) Que sustituya a cualquier otra indemnización por daños y perjuicios.

²⁷⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *La indemnización por Daños y Perjuicios en el Contrato de Trabajo*. Thomson Aranzadi. Segunda edición. Navarra. 2003. Pág.143. También en la jurisprudencia, por STS de 14 de febrero de 1991 (RJ.1991/837) y SSTSJ de Madrid, de 28 de febrero de 2007 (AS.2007/1691); de las Islas Canarias, de 25 de octubre de 2003 (AS.2003/2390). Especialmente relevante la primera, en que a la falta de preaviso se une un pacto de permanencia que deja sin efectos la consideración del contrato como “en período de prueba”. El convenio colectivo establecía una antelación mínima de tres meses y la consecuencia de su incumplimiento. Por ello, en este caso no resulta imprescindible probar el daño, dado que el incumplimiento supone un daño en sí mismo.

²⁷⁵ Así lo entiende ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo*. Ed. Civitas. Madrid. 1990. Pág.88.

²⁷⁶ LOBATO DE BLAS, J.M.^a: *La cláusula penal en el derecho español*. Ediciones de la Universidad de Navarra. Pamplona. 1974. Págs.25-28

Es más, atendiendo a la jurisprudencia puede concluirse que, cuando la compensación excede del daño causado ya no se está ante una indemnización por daños y perjuicios, sino ante “*una pena convencional o cláusula penal sustitutoria de aquélla.*”²⁷⁷ En realidad, el fundamento de estas cláusulas viene del orden civil, en concreto del 1152CC en el que se establece que en aquellas obligaciones en que medie cláusula penal, ésta sustituirá a la indemnización por daños y perjuicios, e incluso al abono de intereses, cuando exista incumplimiento.²⁷⁸

En definitiva, la cláusula penal se configura como un medio de garantía del cumplimiento de las obligaciones, esto es, nace con el objetivo de constreñir al deudor a cumplir con lo pactado. Si bien es cierto que una institución con un carácter tan marcadamente civil suscita no pocas dudas en el ámbito laboral²⁷⁹, su aplicación no genera en la práctica mayores controversias que las de determinar, si la condición tiene o no carácter abusivo. Debe concluirse, pues, que un abandono probado del puesto de trabajo puede o no generar una indemnización por daños y perjuicios dependiendo de la prueba del daño causado. Al contrario, una dimisión abusiva no precisa probar el daño causado, sino la voluntad consciente de causar un perjuicio al empresario.

1.2.3. El deber de sigilo

Respecto del “deber de sigilo” achacable a la buena fe del trabajador, es importante tener en cuenta que el artículo 5.a) es bastante genérico y conduce a

²⁷⁷ En este caso, y en relación con cláusulas derivadas de extinción anticipada a lo pactado por pacto de permanencia, la unificación de doctrina de 21 de febrero de 2000 (RJ.2001/1869). Pero también, dentro del ámbito de la extinción sin preaviso Las SSTs de 27 de marzo (RJ.2001/1869); y de 14 de febrero de 1991 (RJ.1991/837) y de 18 de mayo de 1990 (RJ.1990/4360)

²⁷⁸ ALBALADEJO GARCÍA, M.: *De las obligaciones con cláusula penal*. En *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Madrid. 1983. Pág.449.

²⁷⁹ De hecho es bastante común en relaciones laborales de tipo especial, tales como las personal de alta dirección, deportistas profesionales y artistas en espectáculos públicos. Si bien estas relaciones son tratadas por sus propios Reales Decretos, también en el ámbito de la relación laboral regulado en el Estatuto de los Trabajadores acostumbra a tener mucha incidencia, cuando media un pacto de permanencia, con una cantidad pactada anteriormente en los casos en que se haya formado al trabajador y convenido una pervivencia mínima de la relación laboral.

cierta ambigüedad. En cambio, el artículo 72 de la Ley de Contrato de Trabajo era bastante más específico. En concreto, se refería al hecho de que *“el trabajador está obligado a mantener los secretos relativos a la explotación y negocios de su empresario, lo mismo durante el contrato que después de su extinción”*, aclarando que *“en este último caso, podrá utilizarlo en su beneficio propio, sólo en cuanto fuere exigencia justificada de su profesión habitual”*.

No obstante, la legislación española sí ha querido recoger esta conducta en la Ley de Competencia Desleal.²⁸⁰ Su artículo 13, en concreto, se refiere a *“la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de alguna de las conductas previstas (...)”*. Se exige además que se obtenga algún beneficio de la conducta, ya sea propio o de un tercero. Tal exigencia se mantiene tanto, por supuesto, durante el período de preaviso, como finalizado el contrato de trabajo.

1.2.4. La no concurrencia

Del mismo modo, debe tenerse en cuenta la prohibición de concurrencia establecida en el artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores junto con los pactos de permanencia. Ello va en consonancia con otro deber de los trabajadores del propio artículo 5, en concreto de su apartado d), en el que especifica que el empleado está obligado a *“No concurrir con la actividad de la empresa, en los términos fijados en esta Ley”*.

Recogido, como se ha dicho, en el artículo 21ET, en sus apartados uno y dos, por lo que respecta al pacto de permanencia se ha hablado ya en el capítulo anterior con mayor detalle por lo que, a mi juicio, sería reiterativo exponerlo de nuevo. En este aspecto, se trata simplemente de una tradición del ordenamiento laboral español que viene precedida por el artículo 74 de la Ley de Contrato de Trabajo. Por tanto, tan solo recordar que se refiere a aquellos supuestos en que el

²⁸⁰Ley 3/1991 de 10 de enero de Competencia Desleal

empresario haya formado o sufragado una formación de tipo específico para con el trabajador.

El pacto de no concurrencia, por otra parte, tiene un sentido distinto. Según este tipo de acuerdo, no cabrá la prestación laboral de un trabajador para una pluralidad de empresas si se considera que existe una identidad en las actividades de las mismas o pudiera existir una concurrencia desleal. En efecto, este tipo de acuerdo se pacta para el período en que la relación laboral permanece vigente.

Sin embargo, el pacto de concurrencia se manifiesta de dos formas: de una parte, mediante pacto expreso de dedicación exclusiva a un tipo de actividad o al puesto en concreto, acompañado de una contraprestación para el trabajador. De otra, y entendiendo dicha obligación de manera tácita, por el hecho de que el pertenecer a dos compañías con identidad de objeto empresarial y, atendiendo al puesto de trabajo y las funciones del trabajador, puede constituir el estar incurriendo en una conducta considerada como desleal.²⁸¹

No obstante, en el período que transcurre desde la emisión del preaviso a la finalización de la relación contractual, por supuesto, esta obligación se mantendrá vigente.

Por ello, es vital tener en cuenta que el Tribunal Supremo considera que existe concurrencia cuando, efectivamente, el empleado presta sus servicios para dos o más empresas. Y cuando se dice empleado no debe limitarse al sentido laboral del término, lo que debe tenerse en cuenta es que, de hecho, exista tal concurrencia. Se hace esta puntualización en base a la STS de 4 de noviembre de 1982²⁸² que se refería a un trabajador de una empresa que, a su vez, era consejero de otra competencia directa de la primera. Estimó el Tribunal que para existir tal concurrencia, y acudiendo al artículo 21ET no podía tenerse en cuenta este caso

²⁸¹ La STCT de 22 de marzo de 1988 (AC.1988/2253), es citada por DE VAL TENA, A.L.: *La prohibición de concurrencia entre empresario y trabajador*. Ed Tecnos. Madrid. 1996. Pág.12. En ella se exponen las dos formas de ilícito respecto del pacto de concurrencia, a saber: el incumplimiento del pacto expreso entre empresario y trabajador, y las conductas que, por su propia naturaleza y ante el desempeño de dos o más puestos de trabajo en empresas distintas, pueda ser considerado en sí mismo, desleal.

²⁸² RJ.1982/7283

pues no prestaba sus servicios de manera análoga en ambas empresas. Sin embargo, proseguía la sentencia, lo que en realidad ocurría era que la norma no era clara y no regulaba el supuesto por lo que cabía una interpretación extensiva en base al artículo 1.4. del Código Civil y se estimó que la concurrencia desleal era incuestionable puesto que el autor de los hechos no había negado en ningún momento su doble condición.

Debe tenerse en cuenta que la transgresión de estos dos preceptos supone la vulneración del artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores que considera como incumplimiento contractual susceptible de despido disciplinario “*La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo*”. Así lo refleja DE VAL TENA²⁸³ al citar la STS de 17 de abril de 1984²⁸⁴ en la que se expone que “*la transgresión de la buena fe contractual que tipifica la infracción mencionada está constituida por la falta de fidelidad del empleado para con la empresa, que no sólo remunera su trabajo sino que también le facilita medios para adquirir perfeccionamiento y experiencia profesional que luego aquél pretende utilizar en su propio provecho...*”

Concluyendo, el trabajador no deberá incurrir en conductas que²⁸⁵:

- Supongan un aprovechamiento ilícito de la reputación o esfuerzo propios para beneficio de otras empresas.
- A no beneficiarse de forma ilícita con la información sobre productos, procesos y clientes que pueda proporcionar la pertenencia a la misma;

²⁸³ DE VAL TENA, A.L.: *La prohibición de concurrencia entre empresario y trabajador*. Ed Tecnos. 1996. Madrid. Pág.38

²⁸⁴ RJ.1984/2105, interesante sentencia que da el concepto de prohibición de concurrencia, esto es, de un acto cuya característica principal es un *elemento intencional revelador de una premeditada conducta desleal*. Pero también SSTs de 22 de marzo de 1991 (RJ.1991/3916); de 23 de enero de 1990 (RJ.1990/199); y de 15 de julio de 1987 (RJ.1987/5389)

²⁸⁵ STS de 17 de mayo de 1991 (RJ.1991/3916).

- A mantener informada a la empresa puntualmente respecto de las propias actividades profesionales que puedan afectar a sus intereses. Ello sin perjuicio de la libertad profesional de cada trabajador.²⁸⁶

2. Consecuencias de la extinción con preaviso

El preaviso, se ha dicho, no es más que un requisito de buena fe diferente a la dimisión propiamente dicha. Se trata, por tanto, de una exteriorización de la voluntad interna del trabajador. No obstante, pese a ser un requisito meramente formal, su emisión supone una nueva relación dentro de la relación laboral.

Lo primero que debe quedar claro es que los efectos no son inmediatos, ya que la finalización queda postergada, a fecha cierta eso sí, pero vigente al fin y al cabo. Del análisis del artículo 49.1.d) ET nada se extrae acerca de las consecuencias que se derivarán de la extinción por lo que debe intuirse que la relación se mantendrá inalterada.

Sí podría plantearse algún caso de inmediatez en un convenio colectivo cuando el empresario, por las características de su demanda de empleo o de la facilidad para reponer el puesto de trabajo perdido, precisara de la sustitución inmediata de la vacante. No sería el único caso en el ordenamiento español puesto que el propio artículo contiene algunos casos de inmediatez extintiva. Aún así, estos casos responden a situaciones límite como la violencia de género que, por su naturaleza, acentúan la necesidad de liberar las obligaciones de prestación laboral del trabajador o trabajadora, lo antes posible.

De lo que se trata, en definitiva, es de preservar, a excepción de casos extremos como el citado, el derecho del empresario a mantener una estructura productiva o de empresa que no se vea afectada de manera arbitraria por la voluntad del trabajador.

²⁸⁶ Lo cual no supone una comunicación inmediata de cada acto que se realice, sino a una diligente y periódica información de aquellos actos que pudieran ser de interés de la empresa.

En cualquier caso es importante tener claro que la inmediatez es un aspecto muy complejo en esta situación. No hay que olvidar que la dimisión puede darse de forma tácita o expresa, como se ha comentado en el capítulo anterior. De este modo, parece claro que la recepción del preaviso es un punto de partida para el empresario que la recibe pero, si no fuera así, la extinción se produciría cuando éste tuviera la absoluta certeza, derivada de los actos u omisiones del trabajador, de que la extinción voluntaria es un hecho.

Pero de darse el caso de la dimisión tácita, se estaría ante un supuesto distinto, cercano al abandono, que será tratado en el siguiente epígrafe. En este caso sí se estaría hablando de una extinción con efectos inmediatos por lo que, por ahora, no se va a ahondar más en este sentido. No obstante, ha de tenerse especial cuidado respecto de este tipo de dimisión, dado que la legislación establece una presunción de laboralidad, y habrá de estarse a cada caso para determinar la situación existente.²⁸⁷

Lo que sí está claro es que las acciones que puede llevar a cabo el empresario durante el período de preaviso deben ser lo menos traumáticas posible, incluso para él mismo. Mientras algunos autores entienden que el período de preaviso se configura como un lapso de tiempo concebido única y exclusivamente en beneficio del empresario y que, por tanto²⁸⁸, éste puede disponer del mismo como mejor convenga, otros entienden que, si se reconoce que durante este período el contrato está plenamente vigente, el disponer de este momento contractual arbitrariamente puede incluso llegar a la declaración del despido²⁸⁹.

²⁸⁷ SELMA PENALVA, A: *Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007. Pág.251. En cualquier caso, es importante recordar que el artículo 8.1.ET aminora dicha presunción, si bien parte de la doctrina indica que la redacción del precepto responde únicamente a la voluntad de implantar la libertad de forma.

²⁸⁸ RODRÍGUEZ SANTOS, E. *La extinción de la relación laboral por dimisión del trabajador*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. 2007. Pág.301. ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: *El abandono del trabajador: una forma de exteriorizar la facultad dimisoria*. Ed. Aranzadi. Thomson Reuters.Pamplona. 2012. Pág.68.

²⁸⁹ GOERLICH PESET, J.M.: *La extinción por libre desistimiento del trabajador: dimisión y abandono*. En: *Extinción del contrato de trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. Pág.315. RODRÍGUEZ

En mi opinión, con las nuevas tendencias jurisprudenciales relativas a la revocación de la voluntad dimisoria, la figura del preaviso se configura como un intervalo de tiempo en favor de ambas partes, para hacer más sencillo el proceso de finalización del contrato de trabajo.

Sin embargo, lo cierto es que el trabajador ha manifestado abiertamente su voluntad de causar baja de la empresa, por lo que, teniendo en cuenta su voluntad extintiva, no parece desacertado el pensar que, retribuyendo el período de preaviso y con acuerdo de ambas partes, el empresario pueda instar la finalización anticipada de la relación laboral.

Obsérvese, por último, que la dimisión unilateral, y no causal, se aleja de los preceptos contenidos en las “*fórmulas unilaterales causales contempladas en los artículos 40.1, 41,3 y 50ET*” puesto que el trabajador cesa en sus funciones por su voluntad particular, siéndole imposible atribuir al empresario cualquier responsabilidad derivada de ilícito alguno, incumplimiento del contrato... En tales supuestos lo que existe es, por una parte, una posibilidad de extinción automática por voluntad del trabajador cuyo plazo no es de preaviso, sino para decidir si acepta o no las nuevas condiciones de trabajo y, en el caso de la extinción causal, ni tan siquiera eso dado que, salvo casos excepcionales, el trabajador debe esperar a la decisión judicial para la efectiva extinción o hacer uso de medidas cautelares, por lo que no existe un verdadero plazo de preaviso extintivo.

Si, pese a todo lo expuesto, existiera algún tipo de indemnización en favor del trabajador, el fundamento de ésta estaría únicamente ligado a la autonomía de la voluntad de ambas partes que, mediante acuerdo, anterior o posterior a la firma del contrato, así lo hubieran pactado o, en su caso, a la negociación colectiva.

No tendría esta indemnización sentido alguno si fuera impuesta al empresario por el propio carácter de la extinción. Ello no obsta al trabajador para reclamar

salarios adeudados y otro tipo de obligaciones que el empresario tuviera para consigo, como se ha expuesto con anterioridad. No obstante, se estaría hablando de derechos contraídos por el trabajador previa a la manifestación de la voluntad dimisoria.

En conclusión, los convenios colectivos pueden fijar efectos o consecuencias de la extinción de lo más dispares. Lo único claro es que, como reza el apartado anterior, el único efecto que permanece inalterable es la extinción del contrato de trabajo. Para conocer los efectos propios de cada figura extintiva, debe acudirse a la normativa y jurisprudencia específicas. Así, tan solo los supuestos en que concurriera pacto anterior de permanencia en la empresa o las cláusulas que, no siendo abusivas, se establecieran al efecto, pueden ser generadoras de efectos negativos para con el trabajador cuando éste ha observado los plazos de preaviso, dado que es el único requisito que se exige al trabajador para el ejercicio del derecho.

2.1. La permanencia de la relación laboral

Quedando claro que, emitido el preaviso, no se produce una extinción instantánea del contrato de trabajo, es momento de analizar cuál es la relación que une a empresario y trabajador durante este lapso de tiempo, es decir, las características que afectan al período de preaviso.

En primer término debe plantearse que, manifestando que la relación permanece inalterable, ésta se mantendrá mediante el uso de las normas que inspiraron su contratación o que, modificadas, rigieran lo contenido en el contrato en el momento del preaviso. Pero no es menos cierto que las normas están en continua evolución y las laborales no lo son menos. Por tanto, como apunta PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ²⁹⁰, ante una modificación en el ordenamiento producida durante el período de preaviso, la relación laboral observará del mismo modo esa

²⁹⁰ PÉREZ-ESPINOSA-SÁNCHEZ, F. *El preaviso en la extinción del contrato de trabajo*. Ed. Montecorvo. Madrid. 1980

modificación, afectando al trabajador dimisionario de la misma forma que lo haría con cualquier otro trabajador.

2.1.1. Negociación del plazo de preaviso

La Ley de Relaciones Laborales de 1976 exigía un plazo de 15 días como preaviso necesario ante la extinción del contrato de trabajo. Tras las últimas reformas el Estatuto de los Trabajadores exige al empresario un plazo de 15 días²⁹¹, en la mayoría de casos, para el despido del trabajador exceptuando casos como pudiera ser el despido disciplinario. Sin embargo, por regla general, no existe un plazo exigible fuera de los convenios colectivos o de la costumbre. En cualquier caso, de un modo u otro, la mayoría de sectores tienen regulados plazos específicos.²⁹²

La cuestión reside en si el preaviso se configura como un requisito obligatorio o, por el contrario, es negociable. Parece claro que, desde el punto de vista del empresario, una dimisión sin preaviso queda configurada como un abandono mientras que, en el caso contrario, un despido sin preaviso, generará un derecho a indemnización, aspecto que será analizado más tarde. La figura de la comunicación anticipada se configura, pues, como un derecho del trabajador a conocer su futuro laboral y disponer de un tiempo para reaccionar ante la futura situación. Del mismo modo, en la dimisión, el empresario goza de un lapso temporal en que puede estudiar las repercusiones de la baja del trabajador en la plantilla y reorganizar su estructura productiva.

Por tanto, ¿es viable que se negocien de manera individualizada plazos menores de preaviso entre empresario y trabajador? En primer término debiera decirse que no, puesto que se trata de una renuncia de derechos por parte de trabajador o empresario (según el caso).²⁹³ En este sentido, OJEDA AVILÉS, habla de

²⁹¹ Tras la última modificación del art.53.1.c), contenida en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre.

²⁹² SSTSJ de Cataluña, de 29 de julio (AS. 2011/375354) y de 19 de mayo de 2011 (AS.2011/248171).

²⁹³ Más aún teniendo en cuenta doctrina judicial vigente, como la reflejada en la STS de 31 de marzo de 2011 (RJ.2011/184521) en que se expone que “*cabe apreciar la infracción del art.3ET puesto que el acuerdo entre las partes establecía una condición menos favorable para la trabajadora que la que fija el convenio colectivo...*”.

vicisitudes que se produzcan “antes o después de la celebración del contrato” en referencia a las Bases del proyecto de LCT de 1904.²⁹⁴

Sin embargo, es necesario cuestionarse que, en la medida en que el preaviso es considerado un derecho, éste no puede volverse en contra de su tenedor. Por tanto, ¿sería razonable que, una vez comunicada por parte del empresario la voluntad de extinguir el contrato de trabajo, el trabajador tuviera la obligación de esperar hasta su finalización si le fuera posible el encontrar otro puesto de trabajo? La respuesta, a mi modo de ver, debiera ser negativa puesto que supondría un grave perjuicio para aquel que, en realidad, debiera ser el beneficiario de esta institución. Del mismo modo, un trabajador dimisionario podría pactar con el empresario un preaviso inferior al contemplado en el Convenio Colectivo. En este caso, el preaviso opera a favor del empresario pero, si a juicio de este, va a ser más recomendable una extinción anterior y llega a un acuerdo con el trabajador, entiendo que tampoco debiera existir mayor problema.

En cualquier caso, ante la posibilidad de que se establezcan pactos individuales entre empresario y trabajador acerca del lapso de tiempo que discurre entre la emisión de voluntad y la efectiva finalización, en principio no existiría ningún problema. No obstante, tal período de tiempo no puede ir en contra, es decir ser más prolongado que el establecido en el convenio colectivo y, en defecto del mismo, éste debe tener un carácter proporcionado y un objetivo o justificación constatables.²⁹⁵

Varias hipótesis subyacen en el caso de que no existiera plazo previsto en el contrato o en el convenio colectivo:

²⁹⁴ OJEDA AVILÉS, A: *La renuncia de derechos del trabajador*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1971. Pág.96

²⁹⁵ La STSJ de Madrid, de 2 de diciembre de 2008 (AS.2009/621) llega a considerar que, ante el aumento injustificado y desproporcionado del período de preaviso, se llega incluso al cambio en la naturaleza del mismo, convirtiéndolo en un pacto de permanencia, teniendo en cuenta que no queda justificada tal ampliación. Ello refuerza la posición de que el aumento de dicho plazo no está, en sí mismo, imposibilitado, pero sí que se hace necesario un razonamiento del mismo y un objetivo claro.

En primer lugar puede plantearse la aplicación del plazo de quince días que establecía la anterior Ley de Relaciones Laborales, como ya se ha indicado anteriormente.

En segundo lugar, el mismo plazo indica el 49.1.c) ET para los casos en que el empresario pretenda dar por finalizado un contrato temporal. Sin embargo, y entendiendo este dilema desde un punto de vista positivista, la aplicación analógica, por muy arraigada que esté, no cabe aquí.

Debe concluirse, en mi opinión, que si el legislador no utilizó un plazo determinado, y voluntariamente eliminó tal cuantificación respecto de la normativa anterior, es porque precisamente era eso lo que pretendía.

Por tanto, no cabrá la aplicación por analogía, si bien se podrá acudir a la costumbre del lugar, que por otra parte habrá de ser demostrada por el empresario como práctica habitual en el sector, y no como política propia y arbitraria por parte de la empresa.

2.1.2. Situación en el seno de la empresa del trabajador dimisionario

Ahondando en el asunto, subyacen las siguientes cuestiones: ¿es razonable promocionar a un trabajador cuya finalización contractual está tan cercana? ¿debe fomentarse la formación continua de un trabajador que no la va a emplear en beneficio del empresario que la paga? Y por último, ¿está la empresa obligada a divulgar a su empleado secretos industriales o de otro tipo para la correcta realización de sus tareas sabiendo que estos nuevos conocimientos pueden recaer en la competencia en un futuro próximo?

Para responder a estas preguntas, de nuevo, debe tenerse en cuenta la vigencia del contrato de trabajo en el transcurso del periodo de preaviso. Por tanto, el contrato de trabajo permanece vigente y, en principio, todos los derechos del trabajador también. De este modo, el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores recita el derecho del trabajador a *“la promoción y formación profesional en el*

trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad". Sin embargo, sería bastante complejo comprender un ascenso de categoría, en detrimento de un compañero que va a permanecer en la empresa, de una persona cuya permanencia es limitada en el tiempo. Teniendo en cuenta que el período de preaviso se configura como un lapso temporal habilitado para que el empresario pueda reorganizar su plantilla. Así, y a mi modo de ver, no existe un verdadero motivo por el cual sea procedente una promoción de un trabajador dimisionario.

Caso distinto es el de la formación continua. La formación que comienza a recibirse antes de la comunicación de la voluntad extintiva, debe mantenerse durante el período de preaviso, hasta la finalización definitiva del contrato. De lo contrario, se estaría ante una clara conducta discriminatoria. Todo ello más allá de existir un pacto de permanencia del artículo 21ET.

Respecto al derecho de información y participación de los trabajadores, es cierto que el período de preaviso no parece un período lo suficientemente sustancial como para que puedan plantearse grandes disquisiciones al respecto. Sin embargo, y como apunta VALDÉS ALONSO, el concepto actual de empresa va mucho más allá de la relación individual de trabajo entre empresario y trabajador. Las nuevas estructuras empresariales hacen que aparezcan nuevos conceptos, como el de franquicias o de subcontratación, hechos que convierten la relación laboral en un vínculo de aun mayor complejidad. Por tanto, y en la medida en que el empleado necesite del conocimiento de las nuevas políticas organizativas de la compañía, deberá ser informado de aquellas novedades que le resultaren necesarias para el desempeño de su labor.²⁹⁶

²⁹⁶ VALDES ALONSO, A.: *Responsabilidad social de la empresa y las relaciones laborales*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. Págs.227-228.

2.1.3. Posible extinción anticipada por parte del empresario

Por otra parte, debe cuestionarse si, una vez recibido el preaviso, puede el empresario (sin indemnización mayor que la correspondiente a dicho plazo) despedir al trabajador antes de que acabe el mismo.

Se trata de una cuestión ambigua en la que, a mi juicio, existen tres posturas diferenciadas:

- a) De una parte, una corriente, entre la que podría destacarse a PÉREZ ESPINOSA, opina que esta opción es inviable. Teniendo en cuenta que, durante el período de preaviso todos los efectos del contrato se despliegan con igual fuerza y la relación está plenamente vigente, una extinción prematura a la finalización del plazo en cuestión, supondría un despido encubierto ya que se finaliza el contrato de manera unilateral, pero por parte del empresario. En concreto, opina el autor, *“todo acto del empresario dirigido a producir el cese inmediato, sin justa causa, del trabajador, debe ser entendido como un acto de despido, del que podrán derivarse en vía judicial los efectos propios de los despidos improcedentes.”*²⁹⁷
- b) En segundo lugar debe analizarse una segunda postura encabezada por ALONSO OLEA. El autor considera, contrariamente a la tesis anterior, que el preaviso, como requisito de buena fe, actúa a favor de su beneficiario y, por lo tanto, no puede obligársele si ello le produce algún perjuicio. De este modo, cabría la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo, sin compensación mayor que la del salario de los días de preaviso, y sin las posibles repercusiones que un despido improcedente llevaría aparejadas.²⁹⁸
- c) Finalmente, puede encontrarse una tercera postura, o postura intermedia, defendida por RODRÍGUEZ-PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ. Según

²⁹⁷ PÉREZ-ESPINOSA-SÁNCHEZ, F. *El preaviso en la extinción del contrato de trabajo*. Ed. Montecorvo. Madrid. 1980. Pág. 76

²⁹⁸ ALONSO OLEA, M.: *“La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador”*. R.P.S. nº118. Madrid. 1978

esta teoría cabe la posibilidad de que el empresario “renuncie” a la prestación del trabajador. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el trabajador también cuenta con el período de preaviso por lo que podría interpretarse que el derecho opera también a favor del trabajador. La solución que se da es la de la salida consensuada. Ésta cabría mediante acuerdo entre empresario y trabajador, manifestado en el pago del salario del período de preaviso y/o en una indemnización aceptada por el trabajador.²⁹⁹

Al respecto de las teorías citadas, no cabe duda de que todas tienen su razón de ser. De un lado parece claro que el preaviso fue concebido, ya se ha hablado anteriormente de ello, como una facilidad para el empresario a fin de poder reorganizar su plantilla. De otro, queda claro que en el período de preaviso, la vigencia del contrato de trabajo hace que deban respetarse todos los derechos del trabajador sea o no dimisionario. La opinión vertida por RODRÍGUEZ-PIÑERO tiene todo su sentido, pero a mi modo de entender, no esclarece cuál de las otras dos posturas es la predominante. Evidentemente, un acuerdo entre las partes es la solución más deseable y queda patente que una indemnización aceptada por el trabajador libera al empresario de mantener al trabajador en su puesto. Sin embargo, ¿qué ocurrirá si no se alcanza dicho acuerdo?, ¿tendrá el empresario la posibilidad de adelantar la extinción?

Para la resolución de este conflicto, pactos aparte, debe tenerse en cuenta la muy reciente STS de 1 de julio de 2010³⁰⁰. Según la citada resolución, que constituye una modificación sustancial de la jurisprudencia que venía dándose hasta el momento, el Alto Tribunal opina, como se expone en el capítulo tercero de este trabajo, que cabe la retractación del trabajador durante el período de preaviso siempre que el empresario no haya comenzado los trámites o actuaciones para sustituir al empleado dimisionario.

²⁹⁹ RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. *La voluntad del trabajador en la extinción del Contrato de Trabajo*. Ed. La Ley-Actualidad. Madrid. 1998

³⁰⁰ RJ.2010/8438

Esto es, siempre que no exista un perjuicio claro ni el contrato haya finalizado efectivamente, bien por la llegada a su término final o por cualquier otro motivo, cualquier actuación de las dos partes que no venga acompañada de un acuerdo puede ser especialmente relevante, más aun en el caso del empresario, que puede verse obligado a la declaración de despido y a la improcedencia del mismo en su caso.

Por tanto, y a mi modo de ver, la nueva visión de la institución del preaviso por parte de los Tribunales, queda configurada como la de un período de vigencia del contrato absolutamente imperturbable, salvo pacto en contrario, en que la extinción anticipada no cabe. Y ello aumentado por el hecho de que, en la propia resolución, existe otra modificación conceptual muy interesante. Según la sentencia, el preaviso es un mero requisito formal, distinto a la dimisión que, no sólo se configura como un derecho del empresario, sino también del trabajador y, por lo tanto, no tiene éste potestad para eliminarlo de forma unilateral.

Ello no obsta a que el empresario comience a realizar el proceso de selección. En realidad, del tenor de las sentencias se extrae que, si la empresa puede acreditar que comenzó el procedimiento para sustituir al trabajador dimisionario e incluso, que se llega a contratar a un nuevo empleado que cubra la vacante producida, el retracto podría no tener validez, dado el perjuicio sustancial que se produciría en la empresa.

Finalmente, cabe preguntarse si el empresario, una vez recibida la comunicación de la futura extinción, tiene obligación de comunicar secretos industriales o de similar índole al trabajador.

En este aspecto, parecería poco inteligente que, durante el período de preaviso el empresario revelara estrategias competitivas, nuevos modelos productivos... a aquél trabajador que va a abandonar la empresa próximamente. En este sentido, tan solo puede exigirse que el empresario revele al trabajador aquellos datos necesarios para la ocupación efectiva de su puesto de trabajo (4.2.a ET) y, sobre todo, aquellas innovaciones que supongan un avance o mejora en lo que a

condiciones de trabajo o prevención de riesgos laborales se refiere, tal y como indica el artículo 19ET y la LPRL (L31/95 de 8 de noviembre).

La conclusión respecto del deber de información empresarial debe ser que, si se considerara que éste tiene su fundamento en la buena fe, y que constituye una obligación para una de las partes, que además es la que se sitúa en situación de preponderancia dentro de la relación laboral, la empresa deberá facilitar todos aquellos recursos estrictamente necesarios para el desempeño de las funciones que realiza el trabajador, manteniéndose entre ambas partes una conducta leal.³⁰¹

La conducta, por tanto, será antijurídica en el supuesto de que se oponga a la Ley, la moral o el orden público, así como a las buenas costumbres o principios generales del derecho.³⁰²

Sin embargo, hasta ahora se ha hablado de acuerdos. Pero, ¿y si el empresario decide de modo unilateral finalizar el contrato de trabajo dentro del período de preaviso?

2.1.4. Las vacaciones debidas y su cumplimiento durante el preaviso

El derecho a unas vacaciones periódicas retribuidas asiste al trabajador al amparo del 40.2.de la Constitución Española. El período de vacaciones anuales es el que se pacta por convenio colectivo o contrato individual con el límite mínimo de 30 días naturales por año tal y como recoge el 38.1ET.³⁰³ Así pues, cabe la posibilidad de que, una vez comunicada la dimisión por parte del trabajador, le resten al empleado días de vacaciones que ha generado pero aún no ha podido disfrutar. Ante este caso cabe plantearse si el empresario, que no quiere que el empleado permanezca por más tiempo en su puesto de trabajo, puede instar al

³⁰¹ Respecto del fundamento de la obligación de información, con origen en el ordenamiento civil y en la creación de los contratos a fin de evitar el vicio del error, pero claramente aplicable a este caso, y que se basa en el desequilibrio de conocimientos de los contratantes. Así, LLOBET y AGUADO, J.: *El deber de información en la formación de los contratos*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1996. Págs.39-40.

³⁰² Así lo entienden STIGLITZ, R.S. Y STIGLITZ, G.A: *Responsabilidad precontractual. Incumplimiento del deber de información*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1992. Pág. 30.

³⁰³ *Vacaciones, permisos y jornada de trabajo*. Ed. El Derecho. Primera edición. Madrid. 2010

mismo al disfrute de las mismas durante el período en que el contrato está preavisado.

En este sentido, podría decirse que el trabajador tiene derecho a la ocupación efectiva de su puesto de trabajo (4.2.aET) y no tiene obligación de disfrutar las vacaciones durante el período de preaviso. Sin embargo, ha de atenderse a la jurisprudencia existente para valorar las diversas posibilidades. En concreto, me parece de lo más relevante la STS de 30 de abril de 1996.³⁰⁴

En la misma se expone el caso de un grupo de trabajadores cuyo contrato fue extinguido por parte de la empresa por razones económicas. A su vez, la empresa concedió a los empleados un permiso retribuido que se prolongó en algunos casos hasta los seis meses. Una vez finalizada la prestación laboral la empresa fue demandada por estimarse que no había liquidado la parte proporcional de las vacaciones no disfrutadas. Ante esta pretensión el TS aporta algunas reflexiones ciertamente interesantes:

- El derecho a las vacaciones anuales (art.40.2CE y 38ET), atiende a la finalidad de procurar al trabajador el reposo necesario para que pueda recuperarse del desgaste fisiológico. Ello supone que para gozar de tal derecho es necesaria la previa prestación de servicios, de forma proporcional.
- La finalidad que es propia del mencionado derecho lleva consigo que su disfrute específico no pueda sustituirse por compensación económica, salvo en supuestos en que el contrato de trabajo se hubiera extinguido con anterioridad a la fecha fijada para el período vacacional, generándose en tal caso un derecho a la correspondiente compensación, proporcional al tiempo de prestación de servicios en el año de referencia.
- El art.30ET citado por los trabajadores no establece que la concesión de un permiso retribuido que alcanzara tan dilatada duración sea compatible

³⁰⁴ RJ.1996/3627. Y en la misma línea, STS de 13 febrero 1997 (RJ.1997/1267) y STSJ de las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 9 marzo de 2001 (AS.2001/151579).

con el posterior disfrute del período de vacaciones o con su compensación económica, de haberse extinguido el contrato.

Del fallo cabe deducir que ante un período de descanso retribuido *“aún no coincidente con el período previsto para las vacaciones anuales, ha de entenderse que lo sustituyó”*. Así, dicho período se configura como una compensación de los días de vacaciones que el trabajador aún no había disfrutado, que sí había generado por su actividad, y que en ningún caso iba a poder ya utilizar teniendo en cuenta la anterior extinción del contrato de trabajo. De este modo, y respecto del anticipo de las vacaciones del que se estaba hablando, cabe deducir que sí es posible su disfrute durante el período de preaviso sin cargo posterior al empresario *“pues no parece razonable que se sume otro período de descanso, carente ya de su finalidad propia”*.

2.2. Colisión entre la dimisión y el despido

Si bien en apartados anteriores se hablaba de la posibilidad de que ciertas conductas empresariales tuvieran posteriormente la calificación de despidos improcedentes, por su mala praxis o uso abusivo, en este caso lo que se analiza son supuestos claros de despido, esto es, de extinción voluntaria por voluntad del empresario.

Cabe por tanto plantearse si, una vez anunciada la voluntad de extinguir el contrato de trabajo, existe la posibilidad de ser despedido por el empresario y qué consecuencias entrañaría para ambas partes. La respuesta es bastante simple. Dado que se ha defendido que, una vez emitida la comunicación extintiva, el contrato permanece vigente y despliega todos sus efectos, no existe razón alguna que pueda llevar a pensar que el contrato no esté sometido a cualquier vicisitud que pudiera darse en otro contrato.

No obstante, resulta algo extraño que un empresario se arriesgue a un despido, sea el tipo de despido que fuere, para después ser condenado al pago de una indemnización pues, efectivamente, el haber emitido un preaviso de extinción, no es óbice para que el trabajador pueda exigir los efectos derivados de un despido

improcedente. Resulta complicado, pues, que se dé esta figura, si bien no es imposible ya que puede ampararse en motivos tan plausibles como una falta grave, fuerza mayor... Además, puede pensarse, el preaviso constituye un lapso de tiempo tan breve que tal vez fuera recomendable mantener al trabajador en su puesto y aguardar la finalización de la relación laboral.

Podría incluso el trabajador aquietarse para con el despido a fin de obtener, como ya se ha indicado anteriormente, la prestación por desempleo, prestación que de otro modo no obtendría y que, al pasar a ser una extinción ajena a su voluntad, pasaría a percibir.

Efectivamente, el esperar al cumplimiento del período de preaviso parece la solución más eficaz desde el punto de vista del empresario pero no debe olvidarse que este plazo no es uniforme en todos los puestos de trabajo.

Ya se ha hablado, por poner un ejemplo, de que el personal de alta dirección, tiene la obligación de preavisar con una antelación de tres meses.³⁰⁵

Es más, nada obsta a que el empresario y el trabajador individualmente, o en el ámbito de la negociación colectiva, pacten plazos mayores siempre que tales aumentos estén justificados, sean proporcionados, y no supongan un abuso de derecho de una parte para con la otra.

En realidad, el problema no se suscita tanto por el hecho de que el empresario esté decidido a despedir al trabajador, opción a todas luces poco práctica, como he comentado anteriormente, sino en los supuestos en que el empresario opta por eximir al empleado de la obligación de trabajar hasta finalizado el período de preaviso. De este modo, y como indica RODRÍGUEZ SANTOS³⁰⁶, la posición del empresario trasciende a la pasividad que se le supone en el ámbito dimisorio del empleado.

³⁰⁵ Art. 10.1. del RD1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección

³⁰⁶ RODRÍGUEZ SANTOS, E. *La extinción de la relación laboral por dimisión del trabajador*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. 2007. Pág.300

Si bien es cierto que en el caso del despido el empresario tiene la posibilidad de liberar al trabajador de sus responsabilidades laborales, en este caso la solución es más compleja, y ello por varias razones.

En primer lugar, porque en el caso del despido, el empresario está obligado a satisfacer las nóminas del trabajador mientras se dirima la nulidad o improcedencia del mismo. No obstante, en este sentido suele llegarse a acuerdos entre ambas partes en que se retribuye el período restante hasta el momento de la efectiva finalización.

En segundo lugar, no obstante, sí puede plantear un problema real el hecho de que el trabajador no esté dado de alta en la Seguridad Social a efectos de recibir ulteriores prestaciones de tipo contributivo.

Pero sobre todo, desde mi punto de vista el derecho a la ocupación efectiva no puede, al menos desde una perspectiva genérica, ser privado al trabajador por el hecho de que éste, en el ejercicio de su derecho a dimitir, haya anunciado el final de la relación laboral.

Por tanto, la disyuntiva consiste en apreciar si el período de preaviso actúa únicamente en favor del empresario o, contrariamente, existen límites a dicha afirmación.

En mi opinión existe algo de cierto en ambas posiciones. Por una parte, resulta indudable que, en su concepción, el preaviso fue concebido para paliar las consecuencias negativas que para el empresario tuviera una abrupta extinción del contrato de trabajo de uno de sus empleados. Por otra, y como se ha dicho anteriormente, durante este lapso de tiempo el contrato permanece en vigor con todas sus garantías y obligaciones, por lo que el mismo ha de ser respetado en todos sus aspectos.

Podría incluso llegar a hablarse del atentado a la dignidad y formación profesional del trabajador. Ambos requisitos eran contemplados anteriormente en el art.50ET como motivadores de una extinción causal indemnizada, si bien el

segundo ha sido eliminado, permaneciendo el derecho a la formación en el ámbito del art.4ET. No obstante, incluso el atentado a la dignidad es ciertamente discutible, teniendo en cuenta que la voluntad externamente manifestada del trabajador es la de finalizar la relación laboral por lo que, salvo agravios patentes sobre la figura del empleado, considero que debe descartarse esta opción.

Sin embargo, y pese a lo expuesto, algunos autores opinan que el empresario posee un “*espacio de jurídico de elección empresarial reducida*”³⁰⁷, que opera principalmente en defecto de regulación previa.

Por tanto, y pese a lo dicho, mi opinión es que, teniendo en cuenta los nuevos pronunciamientos judiciales en materia de preaviso que ya han sido expuestos, la exoneración de la obligación laboral es viable, si bien el pacto es siempre aconsejable. Además, a ello debe unirse en todo caso la satisfacción de los derechos que conserva el trabajador, especialmente los económicos. Dicha posibilidad puede justificarse en el puro pragmatismo cuando existen razones objetivas para ello. Ejemplo claro sería el de acelerar el proceso de sustitución o la adaptación del nuevo empleado, por poner un ejemplo. Y ello porque en ningún caso el preaviso puede operar como medida abusiva que actúe contra el empresario, siempre y cuando éste respete los derechos del trabajador dimisionario.

³⁰⁷ RODRÍGUEZ SANTOS, E. *La extinción de la relación laboral por dimisión del trabajador*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. 2007. Pág.304. LUQUE PARRA, M.: *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*. Ed. Bosch. Barcelona. 1999. Pág.94

CAPÍTULO V: EFECTOS DE LA DIMISIÓN

CAPÍTULO V: EFECTOS DE LA DIMISIÓN

1. Efectos de la decisión extintiva

El acto de finalización unilateral del contrato de trabajo por parte del trabajador despliega una serie de efectos. Así, al igual que con la perfección del contrato, queda constituida una nueva situación jurídica que obliga a ambas partes. En este caso se produce, del mismo modo, el nacimiento de una nueva realidad. Incluso se habla de una nueva relación jurídica.

1.1. La extinción del contrato de trabajo

El principal efecto que produce la dimisión del contrato de trabajo es sin lugar a dudas la extinción del mismo. Por obvio que parezca, no deja de ser la circunstancia más relevante y común a todos sus tipos, dado que será indiferente si se habla de un abandono, de una dimisión causal o de una dimisión preavisada.

Una vez constatado este primer efecto debe plantearse en qué situación quedan ambas partes y la relación que todavía les une. Lo primero que ha de tenerse en cuenta, apunta MONTOYA MELGAR³⁰⁸, es que la dimisión tiene carácter irretroactivo, esto es, despliega efectos sobre la situación futura de las partes y no sobre la anterior. Este dato es de suma importancia a la hora de distinguir la dimisión, en el ámbito extintivo, con otras figuras como pueda ser la de la nulidad, que suponen un hecho distinto, como es en este caso la inexistencia del contrato. No es esa la finalidad dimisoria. Por tanto, hasta el momento en que finalice el plazo de preaviso o desde el momento de la comunicación de la finalización del contrato, se mantendrán vigentes³⁰⁹ todas las obligaciones y derechos de ambas partes.³¹⁰

³⁰⁸ MONTOYA MELGAR, A.: *La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador*. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla. 1967. Pág.53

³⁰⁹ KLEIN, M. *El desistimiento unilateral del contrato*, ED: CIVITAS. 1997. Madrid. Pág.217.

³¹⁰ SSTs de 7 diciembre 2009 (RJ.2010/255) y de 1 de julio de 2010. (RJ.2010/8438); STSJ de Madrid, de 23 julio. (AS.2010/1784)

1.1.1. La posible renuncia de derechos

Podría por otra parte pensarse que, habilitando la dimisión se está ante una renuncia de las prerrogativas que le son inherentes por su condición de empleado por cuenta ajena (en concreto de las reconocidas en el 4.2.f) ET). Nada más lejos de la realidad. OJEDA AVILÉS ya decía que la irrenunciabilidad afecta a los derechos *“que atribuyen al trabajador subordinado las normas legales y reglamentarias, los convenios colectivos...”*³¹¹.

Pero en este caso no se habla de una verdadera renuncia. El trabajador, en su intimidad, decide por motivos exclusivamente particulares renunciar a su puesto de trabajo, esto es, al derecho a la remuneración y a la obligación de trabajar. No puede por tanto considerarse que el trabajador sufre una pérdida, dado que ejecuta su voluntad de forma unilateral y sin poder recriminarse nada al empresario. Otra cosa es que existieran, como ya se ha dicho, vicios o presiones en la toma de decisiones. En este caso sí podría considerarse dicho extremo. Al contrario, cuando en el derecho laboral se ha hablado de renuncia de derechos, se ha hecho acerca de cuestiones como Seguridad Social o prerrogativas derivadas del contrato de trabajo o la negociación colectiva, aún cuando dicha renuncia haya respondido a un acuerdo entre el trabajador y el empresario.

1.1.2. Alcance de la voluntad extintiva

La dimisión afecta a la totalidad de la relación contractual, esto es, no cabe la comunicación de la finalización de una parte del vínculo sea en mayor o en menor medida. En este caso se estaría ante una modificación de las condiciones de trabajo que nada tiene que ver con lo que aquí se estudia. Por tanto, la extinción unilateral sólo cabe de una manera total, nunca parcial, y proveniente de la libre emisión de voluntad del trabajador. Si esta se produjere, estaríamos ante un nuevo pacto entre las partes pues, aquí sí, sería necesaria la aceptación del empresario de las nuevas condiciones.

³¹¹ OJEDA AVILÉS, A: *La renuncia de derechos del trabajador*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1971. Pág.89

En conclusión, el efecto extintivo de la voluntad dimisoria es sin duda el más relevante, si bien este puede no llevarse a cabo de manera automática. Así, salvo continuidad de la relación laboral posterior a la fecha fijada, y entendida esta prolongación como, más allá de lo razonable³¹², la situación del trabajador dimisionario deberá, en la medida de lo posible, ser exactamente igual a la de cualquier otro trabajador, hasta su finalización.

1.2. Efectos sobre la revocabilidad

Continuando con las características que conlleva la dimisión y sus efectos, es importante recordar que, hasta la STS de 1 de julio de 2010, el acto extintivo tenía desde el preaviso la condición de irrevocable y el trabajador no tenía la posibilidad de dar marcha atrás salvo, claro estaba, la aquiescencia del empresario. En este sentido destacaron sentencias como la STCT de 28 de marzo de 1977³¹³ en que se trataba el tema de la dimisión tácita. En este caso el trabajador continuó realizando sus labores sin que el empresario mostrara su disconformidad por lo que se entendió este hecho como una readmisión tácita. En cualquier caso, y como se viene diciendo, dependerá siempre de la voluntad o de la conducta como en este caso, que lleve a cabo el empresario. Por ello, cabe recordar, el efecto extintivo no varía independientemente de que la manifestación externa sea expresa o tácita.³¹⁴

La desaparición de la irrevocabilidad de la dimisión ha provocado la revisión doctrinal y jurisprudencial de muchas visiones acerca de la institución. En este sentido, y a modo de ejemplo, RODRÍGUEZ SANTOS apuntaba que las actuaciones que tengan lugar una vez efectuada la conducta dimisoria no

³¹² Así lo entienden autores como ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: *El abandono del trabajador: una forma de exteriorizar la facultad dimisoria*. Ed. Aranzadi. Thomson Reuters.Pamplona. 2012. Pág.72. Pero también la jurisprudencia, como la STS de 29 de julio de 1989 (RJ.1989/4856).

³¹³ AC.1987/1843

³¹⁴ STS de 27 de junio de 2001 (RJ.2001/6840) y de 21 de noviembre de 2000 (RJ.2001/1427). SSTSJ de Cataluña, de 25 de mayo (AS.4068/2006) y de 31 de enero de 2006 (AS.2006/656); y STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de febrero de 2003 (AS.2003/1728).

desplegarían efectos relacionados con el contrato de trabajo³¹⁵. Evidentemente, y a la luz de las sentencias citadas, dicha afirmación (pese a poder ser matizada) era lógica y representaba aquello que la normativa pretendía. Sin embargo, ahora mismo se trata de una afirmación, a mi modo de ver, incorrecta, puesto que las actuaciones del trabajador sí pueden desplegar efectos.

En cualquier caso, ya existía la posibilidad de la revocabilidad antes del citado cambio jurisprudencial. Ello ocurría en los casos en que la emisión de la voluntad no hubiera sido recibida todavía por el empresario. En realidad, lo que se estaría haciendo no es revocar una decisión, sino impedir que ésta alcanzase su perfección. El derecho a la retractación, en este supuesto concreto, está fuera de toda duda, si bien la controversia reside en si, cómo se ha dicho, se está realmente ante una revocación.³¹⁶

2. Otros efectos derivados de la dimisión

En cualquier tipo de dimisión, sea causal o no, mediando preaviso o produciéndose un abandono, los efectos superan el mero hecho de la extinción. Algunos perviven mientras se mantiene el contrato en vigor y otros, incluso, una vez terminado éste.

En este sentido es bastante frecuente que queden obligaciones de tipo económico por satisfacer, ya sean salarios generados pero no satisfechos o prorratas de pagas extra, por poner dos ejemplos. El trabajador, por supuesto, conserva sus derechos respecto de estas percepciones frente al empresario, responsable de las mismas.

Sin embargo, no todas las materias pendientes una vez finalizado el contrato de trabajo son tan pacíficas como el salario. Incluso éste, como se acaba de ver con

³¹⁵ RODRÍGUEZ SANTOS, E. *La extinción de la relación laboral por dimisión del trabajador*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. 2007.

³¹⁶ STSJ de Cantabria de 11 de junio de 2008 (AS.2008/2220); STSJ de Navarra de 17 abril (AS.2007/290188) y STSJ de Cataluña de 20 de junio de 2006 (AS.2007/213)

las cláusulas indemnizatorias, puede estar sujeto a controversia. Por ello, resulta imprescindible el analizar todos y cada uno de estos aspectos.

2.1. Efectos producidos en materia de Seguridad Social

Dejando a un lado las obligaciones que recaen sobre el empresario, como la comunicación de la baja del trabajador, es importante saber en qué situación queda éste respecto de la Seguridad Social.

Como se ha dicho anteriormente, el principal perjuicio al que se enfrenta el trabajador que desiste unilateralmente de su relación laboral es el hecho fehaciente que supone la pérdida de capacidad adquisitiva. Sin embargo, cabe plantearse si, ante esta conducta, el Estado (a través de la Seguridad Social) puede dar respuesta a esa presunta reducción de ingresos, en concreto, si el trabajador dimisionario puede convertirse en sujeto pasivo de la prestación por desempleo.

Y digo presunta, porque el legislador desconoce y tampoco pretende saber si existe tal contratiempo económico. Cuando un trabajador pierde su trabajo, y quiere trabajar, es obvio que sufre un claro daño patrimonial³¹⁷. En estos casos, el Estado, se encarga mediante dicha prestación de paliar los efectos negativos. No tiene porque ser así en el caso de la dimisión. De hecho, si la dimisión *ad nutum* fuera merecedora de esta prestación se estaría ante una desincentivación del trabajo que invitaría a muchas personas a dejar de trabajar en según qué situaciones.

El derecho a la prestación por desempleo debe ser enfocado, en palabras de CASA QUESADA, desde el punto de vista de la “sociedad del trabajo”, en que el trabajo es considerado como un valor y en el que, sólo las reglas del propio mercado, responsable por sus debilidades de que parte de la sociedad no

³¹⁷ En cuyo caso se está ante una extinción causal, finalización del contrato... pero no ante un supuesto dimisorio dado que en estos casos el trabajador es consciente del perjuicio y lo asume al tomar dicha decisión.

encuentre empleo, pueden justificar el que un individuo sea beneficiario de tal prestación.³¹⁸

Entrando en materia legislativa, ha de decirse que el fundamento histórico de la prestación por desempleo proviene de las épocas de liberalismo más salvaje, en que la subsistencia del trabajador que perdía su trabajo, era bastante complicada. La Constitución Española en su artículo 41 aboga por un régimen que atienda, especialmente, los casos de desempleo. Por tanto, a la hora de definir qué se entiende por sujeto pasivo suele atenderse a las características de un sujeto que, en primer lugar, quiere trabajar; y en segundo, ha perdido su trabajo. En definitiva, la Seguridad Social trata de paliar “*la cesación o reducción de la renta*” a consecuencia de la pérdida de la ocupación.³¹⁹

Así ha parecido entenderlo la doctrina³²⁰, pero sobre todo, así lo expresa la Ley General de la Seguridad Social, en cuyo artículo 203 se especifica que están en situación de desempleo quienes “*pudiendo y queriendo trabajar pierdan el empleo o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo*”.

En este sentido, han sido práctica habitual los intentos de fraude de ley. En concreto, muchos trabajadores optan por desistir de un contrato indefinido firmando un vínculo temporal posterior. De este modo, al finalizar la segunda relación laboral el trabajador generaría el derecho a la percepción de la prestación. Sin embargo, la jurisprudencia ha sido muy restrictiva en sentido, impidiendo tal práctica.³²¹

³¹⁸ DE LA CASA QUESADA, S.: *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*. Editorial Comares. Granada. 2008. Págs.19-20. También, respecto de las reglas del mercado de trabajo y la influencia de las prestaciones por desempleo y relación entre salarios e impuestos, ARANGO FERNÁNDEZ, J.: *La Protección por Desempleo en España*. Consejo Económico y Social. Madrid. 1999. Pág.120.

³¹⁹ VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C: *Manual de Seguridad Social*. Segunda Edición. Ed. Tecnos. Madrid. 2006. Pág.358

³²⁰ BLASCO LAHOZ, J.F.; LÓPEZ GANDÍA, J.; MOMPARTLER CARRASCO, M^aA.: *Curso de Seguridad Social*. 13^a edición. Tirant lo Blanch. Valencia. 2006. Pág.738

³²¹ Autos del Tribunal Supremo 7 de febrero de 2002 (RJ.2002/62600) y de 17 de diciembre de 2003 (RJ.2004/32000). STS de 26 de diciembre de 1996 (RJ.1996/9856)

Del mismo modo, los incumplimientos a cargo del empresario como pueden ser la falta de afiliación o de cotización, no supondrán para el trabajador la pérdida de sus derechos retributivos. En este caso la Entidad Gestora abonará las prestaciones, si bien podrá dirigirse contra el empresario por su conducta.³²²

Pero sobre todo, es imprescindible tener en cuenta los verbos de que hace uso la LGSS: *querer y poder*. Un trabajador que dimite mediante el 49.1.d) ET es aquel que puede trabajar pero que, por razones de índole interno, no desea hacerlo.

No sería comprensible que un empleado que extingue por propia voluntad, y que es obligado por el 231.3LGSS a asumir un compromiso de actividad, esto es, a una predisposición positiva³²³ de buscar empleo, fuera retribuido con una prestación generada por sí mismo.

La prueba fehaciente de ello es que en supuestos en que la voluntad del trabajador viene precedida de factores externos tales como el incumplimiento reiterado del empresario o la situación de la mujer víctima de violencia de género, el ordenamiento laboral entiende acertadamente que el trabajador quiere, pero por razones ajenas a su voluntad, no puede continuar en su puesto de trabajo, motivo por el cual sí es beneficiario de la prestación por desempleo.

2.2. *Liquidación de haberes*

Dado que la relación laboral, preavisada o no, es finalizada antes de lo previsto, es habitual que queden pendientes obligaciones entre las partes que han de ser satisfechas.

Como se ha dicho, el contrato de trabajo mantiene todos sus efectos, incluidos los derechos de cobro, hasta su finalización. Por tanto, parece claro que éstos se

³²² RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., GORELLI HERNÁNDEZ, J.G. Y VÍLCHEZ PORRAS, M.: *Sistema de Seguridad Social*. Séptima Edición. Ed. Tecnos. Madrid. 2005. Pág.355

³²³ Predisposición positiva, pero también negativa, a no rechazar empleos que puedan considerarse adecuados. Así, POQUET CATALÁ, R.: *Protección por desempleo. El sistema tras las últimas reformas*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008. Pág.41. También BLASCO PELLICER, A.: *La reforma del sistema de protección por desempleo y de los salarios de tramitación*. Ed.Tirant lo Blanch. Valencia. 2003. Pág.54

mantendrán aún extinguido el contrato y hasta que sean efectivamente abonados. De este modo, el trabajador mantiene intacto su derecho al cobro de las percepciones (salariales y extrasalariales) que se hubieran generado antes de la ruptura del vínculo.

Lo primero que ha de tenerse en cuenta es que la falta de preaviso no genera la pérdida del derecho al pago de las deudas contraídas. Como bien apunta PÉREZ ESPINOSA³²⁴, la comunicación o no de la voluntad extintiva no es óbice para el cobro de lo debido, sin perjuicio de que posteriormente pueda existir algún tipo de indemnización o compensación a cargo del empresario. Por ello es importante separar ambos conceptos.

Se trata de deudas generadas que, si bien pueden no estar vencidas o vencer por el simple hecho de la extinción, acostumbran a ser satisfechas al finalizar la relación laboral.

Esta es la regla general. Sin embargo, es importante comentar ciertas peculiaridades. Existen retribuciones como pueden ser las pagas extraordinarias que serán abonadas de manera proporcional, así como las vacaciones que se hubieran podido generar y no se hubieran disfrutado.³²⁵ Este tipo de retribuciones son fácilmente cuantificables puesto que responden a un criterio matemático. Sin embargo, el criterio proporcional puede plantear problemas en otro tipo de cuantificaciones.

En casos como pueden ser las primas o incentivos derivados del rendimiento se plantea en ocasiones si asiste al trabajador el derecho a la percepción de los mismos atendiendo a su voluntad unilateral de dejar su puesto de trabajo. En mi opinión, la decisión de dimitir nada tiene que ver con el derecho del trabajador a percibir aquello que se pactó en su parte proporcional o, dicho de otra manera, en la medida en que el trabajador cumplió con un período de tiempo del contrato. Y ello porque, en el caso contrario, es decir, en el supuesto de que la extinción

³²⁴ PÉREZ-ESPINOSA-SÁNCHEZ, F. *El preaviso en la extinción del contrato de trabajo...* Pág.85

³²⁵ RODRÍGUEZ SANTOS, E. *La extinción de la relación laboral por dimisión del trabajador...* Pág.315

generara un perjuicio cuantificable y sensible en el proceso productivo, como ya se ha visto, el empresario sí podría reclamar una indemnización por daños y perjuicios si la dolosa y culpablemente el trabajador formalizó su voluntad extintiva de forma abrupta e incumpliendo los requisitos formales.

Por otra parte, en lo que respecta al empresario, éste vendrá obligado por el art.49.2.ET a poner a disposición del trabajador una propuesta de liquidación de las cantidades adeudadas y habrá de permitir, en el momento de la firma, que el trabajador, si así lo desea, esté asesorado por un representante legal de los trabajadores. Respecto de las consecuencias del incumplimiento de este precepto mucho se ha hablado. Mientras que un sector jurisprudencial se inclina hacia la postura de que la falta de cumplimiento del citado precepto no deviene en su ineficacia,³²⁶ existe otra opinión que defiende la posición contraria.³²⁷ Respecto del empresario, el hecho de no ajustarse a la legalidad supone la contravención del artículo 7.4. de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) referido al “*incumplimiento de las obligaciones establecidas en materia de tramitación de los recibos de finiquito*”.

Lo cierto es que en este caso el debate es estéril, puesto que poco sentido tendría que la omisión de los derechos del trabajador derivara en la ineficacia de un acto que éste último ha llevado a cabo.

Por ello, y tal y como apunta GARCÍA RUBIO³²⁸, la solución más correcta parece apuntar a la negociación colectiva, esto es, a los acuerdos entre representantes de los trabajadores y empresarios.

Por otra parte, y para concluir con este apartado, resulta interesante el plantearse qué ocurriría si el empresario presenta al trabajador un finiquito con el cual el trabajador no está de acuerdo. Ante la cuestión de si sería posible la revocación

³²⁶ STSJ de Andalucía (Sevilla), de 1 de marzo de 1994 (AS.1994/1330) y del TS de 30 de septiembre de 1992 (RJ.1992/6830).

³²⁷ STSJ de Cantabria, de 29 de enero de 1996(AS.1996/141) y del TSJ de Andalucía/Granada de 7 de febrero de 1996 (AS.1996/332)

³²⁸ GARCÍA RUBIO, M^a.A.: *El recibo de finiquito y sus garantías legales*. 2ª Edición. Tirant lo Blanch. Colección laboral. Valencia.1999. Pág.114

del acto extintivo, la respuesta ha de ser en cualquier caso negativa. Si el empleado no está de acuerdo con la liquidación presentada por el empresario lo que debe hacer es recurrirla, pero en caso alguno será motivo de revocación.

Deben excluirse de este supuesto, obviamente, los casos en que existieran vicios del consentimiento a la hora de prestar la conformidad o el consentimiento.³²⁹

³²⁹ SALA FRANCO. T. (Director) VV.AA. *Relaciones Laborales. Doctrina, Jurisprudencia, Formularios y Esquemas*. 3ª edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. Págs.812-813. Dentro de la jurisprudencia se manifiestan en este sentido, no avalando la retractación posterior las SSTS de 5 de marzo de 1990 (RJ.1990/1761); de 29 de junio de 1989 (RJ.1989/4856) y de 18 de julio de 1988 (RJ.1988/6163).

**CAPÍTULO VI: UN PARTICULAR SUPUESTO DE EXTINCIÓN SIN
CAUSA, EL ABANDONO DEL PUESTO DE TRABAJO**

CAPÍTULO VI: UN PARTICULAR SUPUESTO DE EXTINCIÓN SIN CAUSA, EL ABANDONO DEL PUESTO DE TRABAJO

1. El derecho a dimitir como elemento generador de una indemnización en favor del empresario

Tras todo lo expuesto anteriormente, es momento de reflexionar acerca del hecho de si un derecho, como lo es el ejercicio de la dimisión, debe suponer o supone el nacimiento de una obligación de resarcimiento por parte del trabajador.

En mi opinión, la respuesta es claramente negativa. Nadie puede ser obligado a trabajar donde no quiere (art.35CE) y la dimisión es un derecho amparado claramente por el ordenamiento laboral (49.1.d) por lo que decir lo contrario resultaría incorrecto.

Es cierto que a lo largo de los apartados precedentes se han tratado casos como los del pacto de permanencia o la dimisión abusiva que sí pueden dar a lugar a un resarcimiento de los daños que hayan podido ser causados. Pero son casos de uso fraudulento de un derecho, de mala fe a la hora de ejercitar las prerrogativas legales que le son favorables a cualquier trabajador. En este sentido, cualquier derecho es susceptible de generar un daño en otro si es utilizado de forma abusiva. Más aún, incluso en situaciones en que no se haya respetado el plazo de preaviso, se haya abandonado el puesto de trabajo o se hayan vulnerado pactos previos, podrían no darse los requisitos indemnizatorios. Para ello, sería necesario probar el daño causado y la relación de causalidad entre la conducta del trabajador y el perjuicio sufrido.

En definitiva, debe mantenerse una actitud muy restrictiva acerca de los efectos indemnizatorios que puede generar la dimisión *ad nutum* de un trabajador teniendo en cuenta, al menos en la generalidad de los casos, que la extinción unilateral por parte del trabajador es un derecho que no genera efectos rescisorios negativos para el mismo.

Más aun cuando la legislación, en concreto el 58.3ET, es muy estricto respecto de las multas de haberes por incumplimientos de la legislación laboral. No obstante, la multa tiene un carácter punitivo que en este caso no se da, teniendo en cuenta que la naturaleza de la contraprestación es de carácter resarcitorio y no punitivo.

Aun así, en la práctica resulta mucho más cómodo acudir a la negociación individual dentro de la autonomía de la voluntad, que será lícita en tanto en cuanto se cumplan los requisitos de legalidad y proporcionalidad. No obstante, la práctica deja poco lugar a este tipo de negociación en favor de la negociación colectiva.

En definitiva, la conclusión que debe extraerse de la posible indemnización por daños y perjuicios al empresario, por un uso incorrecto del derecho a dimitir, es que este hecho se dará en base a dos motivos principalmente: por una parte, la inobservancia del preaviso y, por otra, el abuso del derecho.

En ambos casos existe una conducta en que va implícita la mala fe de quien la realiza, si bien las implicaciones de una y otra son netamente distintas. Respecto de la cuantificación del daño, por lo que se refiere a la inobservancia del preaviso ya se ha comentado que existen dos posibilidades: que se haya estipulado por vía contractual o convencional una suerte de cláusula penal o, que simplemente se haya recogido dicha posibilidad, sin atender a ningún criterio cuantitativo.

En este último supuesto acostumbra a adoptarse el criterio de resarcimiento de daños, por lo que el empresario habrá de probar el mal efectivamente causado y, en base al principio de reparación íntegra, ésta será la cantidad a restituir. No obstante, si el daño se debe únicamente a la falta de preaviso, se acostumbra a exigir el salario correspondiente a los días de dicho plazo dejados de preavisar. Por otra parte, si se establece una cláusula de tipo penal, la indemnización será la contemplada, salvo que fuera abusiva y desproporcionada.

En este sentido se plantea la disyuntiva de si el empresario puede solicitar un resarcimiento adicional teniendo en cuenta que la cantidad estipulada no satisface

el daño causado. A estos efectos no parece lógica dicha posibilidad, dado que el establecimiento de dicha cláusula tiene por objetivo, principalmente, el evitar ulteriores procesos para dirimir la cuantía del incumplimiento.³³⁰ En realidad, tiene cierto paralelismo con lo establecido en el 50ET, relativo a las contravenciones del empresario, puesto que, como se verá más adelante, el ordenamiento establece, tal vez por razones de economía procesal, una cuantía para la defensa de un bien jurídico, por lo que se debe ser ciertamente estricto a la hora de contemplar otras posibles cantidades resarcitorias.

Otra pregunta que suscita el caso de la inobservancia del preaviso regulada previamente, es si cabe la previsión del descuento de la compensación en el propio contrato y de forma automática. A estos efectos, parece claro que, a la hora de exigir el efectivo cumplimiento de la obligación, tan solo podrá darse de forma automática en los casos en que, existiendo cláusula penal, concurra también una situación de deuda del empresario con el trabajador para que tal actuación pueda darse sin necesidad de acudir a los tribunales. De lo contrario, la objetivación resulta mucho más compleja y la exigencia, también³³¹, dado que la deuda no es líquida. No quiere decir esto que el empresario no pueda realizar tal descuento si así se pactó, sino simplemente que existe mayor complejidad. En cualquier caso, y a pesar de existir opiniones contrarias a dicho descuento³³², si podrá realizarse, pudiendo el trabajador reclamar judicialmente en caso de que las cantidades no fueran correctas.

Finalmente, muchos más problemas representa el abuso del derecho, o el supuesto en que el trabajador hace un uso fraudulento de su facultad dimisoria, si ésta no está regulada anteriormente. Corresponderá por tanto al empresario la

³³⁰ MELLA MÉNDEZ, L.: *La responsabilidad civil por daños en el contrato de trabajo*. En *La Responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales*. XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Colección Estudios Laborales. Madrid. 2013. Págs.161-254 (245)

³³¹ RODRÍGUEZ SANTOS, E. *La extinción de la relación laboral por dimisión del trabajador*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007. Pág.341

³³² MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *La dimisión del trabajador*. Aranzadi Laboral. Nº20. Madrid.1990 Pags.236ss. En este sentido, y al contrario que los autores citados con anterioridad, se expone que, en los supuestos en que la indemnización no esté prevista por el contrato o el convenio colectivo, no cabrá la aplicación unilateral por parte del empresario.

carga de la prueba, no sólo del daño efectivamente causado, sino también de la cuantía del mismo.

1.1. La posible responsabilidad por daños y perjuicios

La extinción voluntaria del contrato de trabajo por parte del trabajador puede generar un contratiempo en la estructura o en la cadena productiva de la empresa a la que éste deja de pertenecer. Tal imprevisto, a su vez, puede suponer un daño si las funciones del mismo son difícilmente sustituibles. Desde la época romana, se instituyó aquello que hoy es un principio general del derecho y que consiste en la predisposición por no hacer daño a los demás (*alterum non laedere*) y en resarcir al sujeto pasivo si esto llegara a ocurrir.³³³

Es de toda importancia tener en cuenta estos conceptos porque el mero abandono del puesto de trabajo no genera automáticamente una indemnización. Al contrario, para ser beneficiario de tal resarcimiento, el empresario debe probar que, efectivamente, le ha sido causado un verdadero perjuicio. Una vez constatada esta situación, el empresario podrá exigir no sólo aquel daño que se le hubiera generado (daño emergente), sino también el que podría haber obtenido (lucro cesante) atendiendo a los preceptos civiles y más en concreto al artículo 1106CC.

En este caso es importante tener en cuenta que el factor trabajo es en principio, fácilmente reemplazable. Normalmente, a la hora de hablar de un verdadero daño al normal funcionamiento de la empresa, se tiende a hablar de profesiones especialmente cualificadas o singulares. Por poner un ejemplo, suele atenderse a casos como el de deportistas profesionales, artistas... cuyo trabajo es eminentemente personal y su realización por un tercero no ofrecerá las mismas garantías de éxito o prestigio.

Pero no sólo en estos casos se produce un daño a la empresa. Pese a ser el ejemplo más representativo, no es menos cierto que las características de la

³³³ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: *La indemnización por Daños y Perjuicios en el Contrato de Trabajo*. Thomson Aranzadi. Navarra. 2003. Pág.53

dimisión pueden producir unos efectos muy diferentes según su forma. Por tanto, una extinción sin preaviso, por muy sustituible que sea el puesto de trabajo, puede crear ciertos contratiempos en la dinámica del centro de trabajo. Es este extremo el que el empresario ha de demostrar.

Pero no basta con esto, el empleador, además, debe justificar las acciones llevadas a cabo para aminorar el perjuicio lo máximo posible. Es decir, debe realizar todas las acciones que estén en su mano, actuando con la diligencia de un acreedor de buena fe.

Finalmente, se tratará también el asunto de los pactos de permanencia. Ello se hará de forma diferenciada puesto que el fundamento es algo peculiar. No se valora aquí el daño producido a la estructura productiva de la empresa, sino la inversión que el empleador ha efectuado en el trabajador para que este adquiriera unas capacidades que mejorarán el desempeño de su actividad laboral.

1.1.1. La indemnización como consecuencia del incumplimiento legal

El principal fundamento de la indemnización por daños y perjuicios cuando de la extinción *ad nutum* se refiere es, sin lugar a dudas, el incumplimiento. La dimisión es un acto unilateral amparado por la legislación laboral por lo que, resultaría paradójico que, siendo avalada por la Ley, pudiera dar lugar a una responsabilidad por parte de quien ejerce el derecho.

Así, los posibles efectos que puedan darse respecto de la conducta del trabajador tendrán lugar exclusivamente en el ámbito del mal ejercicio del derecho.³³⁴

Como se ha dicho con anterioridad, el Estatuto de los Trabajadores recoge básicamente dos formas de finalizar la relación contractual por voluntad del trabajador: la extinción causal basada en los motivos del artículo 50 y la dimisión

³³⁴ Así lo entienden RODRÍGUEZ SANTOS, E. *La extinción de la relación laboral por dimisión del trabajador*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. 2007. Pág.325 y también ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo*. Ed. Civitas. Madrid. 1990. Pág.18

del trabajador preavisada del 49.1.d)³³⁵. Por tanto, cualquier otro tipo de extinción ajena a las mencionadas no queda constituida como tal. De este modo, el abandono³³⁶ no es, en puridad, una opción de extinción del contrato. Se trata más bien de una situación sobrevenida en que el trabajador, sin mediar notificación o preaviso alguno, deja de realizar las labores que venía ejerciendo hasta el momento. Así, el trabajador ejecuta una opción que no queda amparada por el derecho laboral ni reconocida en ninguna de sus normas por lo que incurre en un incumplimiento contractual.

No obstante, debe precisarse que no se trata de un incumplimiento laboral cualquiera. Por regla general, una transgresión contractual daría lugar a una sanción disciplinaria, según su gravedad, que debería afrontar el trabajador dentro de la vigencia del contrato. Aquí, sin embargo, tal situación no puede darse puesto que la mayor sanción es el despido, cuyos efectos serían inútiles, dado que el abandono tiene como objeto la extinción del contrato de trabajo. Como puede imaginarse, no es ésta una opción posible dado que el objetivo del trabajador es precisamente la extinción.³³⁷

Además, otra peculiaridad que caracteriza a esta acción es que el trabajador, en principio, no obtiene ninguna mejora económica a costa del empresario ya que no obtiene ganancias injustificadas.³³⁸

³³⁵ Si bien existen otras posibilidades tales como la jubilación voluntaria o la extinción por abandono de la mujer víctima de violencia de género del 49.1.m) ET, entiendo que las recogidas en el 49.1.d) y 50ET son en sí mismas las más significativas.

³³⁶ Al igual que en el pasado la dimisión no era contemplada por las diversas legislaciones, se reconocía veladamente que era una práctica extendida, al igual que en el supuesto del abandono. Esta institución no puede ser regulada expresamente dado que se considera ilícita, pero ello no obsta para reconocer su existencia.

³³⁷ Es más, podría decirse que, en supuestos de extinción por abandono o manifestación tácita de la voluntad dimisoria, si el empresario decidiera antes de la efectiva finalización optar por el despido disciplinario por faltas reiteradas, en realidad estaría actuando en beneficio del trabajador que, a diferencia de los casos de extinción *ad nutum* del 49.1.d)ET, gozaría del derecho a la prestación por desempleo, sin siquiera tener que impugnar el despido, en base al 209.4LGSS. Así lo recuerda BARRIOS BAUDOR, G.L. *Calificación y efectos del despido disciplinario*. En *El despido disciplinario. Homenaje al profesor José Antonio Sagardoy Bengoechea*. Ediciones Cinca. Madrid. 2009. Págs. 329-358 (339)

³³⁸ BARROS BOURIE, E; GARCÍA RUBIO, M^a.P. Y MORALES MORENO, A.: *Derecho de daños*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid. 2009. Págs.32-33

Por tanto, se está ante lo que MONTOYA MELGAR³³⁹ calificó como “*incumplimiento calificado*” para el que deben cumplirse dos requisitos:

- Que el contrato este vigente
- Que exista culpabilidad

Así, debe existir una conducta activa por parte del trabajador en que no puedan observarse supuestos fortuitos o de fuerza mayor.

1.1.2. La relación de causalidad

Por obvio que parezca para que pueda darse una indemnización de este tipo es absolutamente necesario que el hecho dañino, la dimisión, sea la causa directa del perjuicio causado al empresario. MONTOYA MELGAR ya apuntó que debía existir una relación causa-efecto.³⁴⁰ Por tanto, el trabajador responderá únicamente de los actos que realice y en los que intervengan dolo o negligencia propia. Sin embargo, no existirá tal responsabilidad cuando estemos ante casos fortuitos o de fuerza mayor. En concreto, ha de responderse con claridad a dos cuestiones:

- La influencia objetiva de la acción en el resultado lesivo
- Que exista culpa (precepto que elimina la posibilidad de indemnización en, por ejemplo, los casos de abandono por violencia de género).³⁴¹

Esta relación debe ser muy clara y no dejar lugar a la duda. El TS exige que entre el hecho causante y el perjuicio exista una relación de causalidad. Pero no sólo una mera conexión, habla concretamente de un “*encadenamiento casual sin solución de continuidad entre el acto ilícito y el perjuicio sufrido*”³⁴²

³³⁹ MONTOYA MELGAR, A.: *La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador*. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla. 1967

³⁴⁰ MONTOYA MELGAR, A.: *La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador*. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla. 1967

³⁴¹ DE CUEVILLAS MATOZZI, I: *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*. Tirant Monografías. Valencia. 2000. Pág.58

³⁴² SSTs de 29 septiembre 1986 (RJ.1986/4922) y de 25 de abril de 1979 (RJ.1979/1430)

No obstante, como ya se ha apuntado, no basta con la dimisión para suscitar la restitución económica por parte del trabajador. Debe demostrarse que, efectivamente, ha existido un daño. Es por ello que los empresarios que reclamen los perjuicios causados deben demostrar que la finalización del contrato de manera abrupta ha supuesto una desventaja competitiva o un contratiempo difícil de reparar.

Por poner un ejemplo de lo que se está exponiendo el TS se ha referido en varias ocasiones al caso de la Administración Pública que, al exigir daños y perjuicios, debe acreditar los gastos que ha realizado en la cobertura de la plaza de trabajo (generalmente se habla del proceso de selección de trabajadores en régimen de interinidad). Además, se especifica concretamente que para que pueda darse esta situación no es suficiente la falta de ocupación del puesto de trabajo. Se expone que no son suficientes “*meras hipótesis o probabilidades*” sobre aquello que hubiera podido suceder o el beneficio supuesto que pudiera haberse obtenido. Más aún, se exige que sean “*acreditados con precisión*” y restituidos de forma equivalente.³⁴³

Esto se fundamenta en el hecho de que las sentencias citadas anteriormente, consideran que, de no probarse gastos posteriores, ya sea por daños causados o por los derivados de la cobertura del puesto, no cabrá la posibilidad de una indemnización. Así, se entiende que, de no iniciar un procedimiento de sustitución, estamos hablando de daños indirectos o de supuestos en que el servicio que debía ser prestado por el trabajador dimisionario, pudo ser atendido sin mayor dificultad de la que pudiera representar una reforma organizativa de la empresa.

Por ello, en todos los casos mencionados anteriormente no procedería la indemnización por daños y perjuicios.

³⁴³ SSTS de 14 diciembre 2009 (RJ.2010/1431) de 25 de junio de 1983 (RJ.1983/3685) y 14 de febrero de 1980 (RJ.1980/516).

1.1.3. El daño o perjuicio susceptible de reparación

En este sentido debe quedar claro que daño y perjuicio son dos términos muy cercanos o prácticamente sinónimos. De este modo, puede decirse que cuando se habla de uno u otro concepto, al menos en el ámbito civil y laboral, se tiende a emparejar ambas realidades.

Sin ir más lejos, el diccionario de la RAE, al tratar la expresión “daños y perjuicios”, expone que se trata de la “*Compensación que se exige a quien ha causado un daño, para reparar este.*”³⁴⁴

Una vez definido el daño debe interesarse el lector por el tipo de daño susceptible de ser indemnizado, esto es, por el daño potencialmente reparable.

A estos efectos, SEMPERE NAVARRO Y SAN MARTÍN MAZZUCCONI consideran que, para que exista daño, deben cumplirse tres requisitos:³⁴⁵

- Daño jurídicamente relevante
- Injusto
- Cierto

Efectivamente, parece obvio que un daño o perjuicio que no atienda a cualquiera de estos tres requisitos, no tendrá tal condición a los efectos que se están tratando. Sin embargo, debe añadirse uno más: el daño causado debe tener relación directa con la acción dimisoria.

Los daños, además, pueden ser de diferente naturaleza. Dicha distinción será realizada con posterioridad por lo que no conviene alargarse en este punto. Sin embargo, si es importante apuntar que en función de su procedencia será distinta su repercusión y la facilidad en que puedan ser probadas sus consecuencias negativas.

³⁴⁴ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA: Diccionario de la Lengua Española online. 22ªed.

³⁴⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *La indemnización por Daños y Perjuicios en el Contrato de Trabajo*. Thomson Aranzadi. Navarra. 2003

1.1.4. El daño y el perjuicio causados y la relación de causalidad

El mero hecho de abandonar el puesto de trabajo, o de hacerlo habiendo convenido un pacto de permanencia, no supone por sí sola una causa suficiente para generar una indemnización restitutoria.

Si bien, como ya se ha explicado anteriormente, el pacto de permanencia será válido y generará la obligación resarcitoria en el trabajador siempre que se cumplan los requisitos formativos y de proporcionalidad exigidos, cabe plantearse qué características debe revestir el mal sufrido por la empresa para poder suponer una obligación posterior para el trabajador.

En realidad, para que se dé este caso han de quedar acreditados tres aspectos:

- Que ha existido un daño
- Que sea grave
- Que el daño ha sido provocado por la decisión del trabajador, esto es, que sea culpa del mismo.

Si se observan los requisitos exigidos, en realidad se está ante los mismos que se exigen para que una conducta pueda ser calificada de despido disciplinario o, en el ámbito opuesto, susceptible de extinción causal. Así, el perjuicio producido ha de ser cualificado no pudiendo considerarse como abusivas aquellas conductas en que la voluntad del trabajador no era la de causar contratiempo alguno a la empresa o en que las consecuencias de su actuación no sean realmente reseñables en el proceso productivo o interno empresarial.

Respecto de la relación de causalidad entre la conducta del trabajador y el daño producido, ésta puede darse de dos formas, ya sea mediante conducta deliberada tendente a causar el mal intencionadamente o, al contrario, por omisión de los deberes laborales, en este caso, básicamente, del preaviso.

En cuanto a la conducta activa no existe debate alguno por la facilidad de su reconocimiento. No obstante, por lo que a la omisión se refiere, su aplicación a estos efectos es claramente cuestionable. ARCOS VIEIRA exige para que una

conducta omisiva pueda ser considerada como susceptible de generar responsabilidades, que exista un deber previo, y que haya voluntad de producir un perjuicio.³⁴⁶

El deber, como se ha expuesto, viene obligado por la legislación laboral, si bien el ánimo de producir el daño es más difícilmente reconocible, a excepción de conductas claramente lesivas y en que el trabajador es consciente del daño que causa.³⁴⁷

En cualquier caso, y salvo estos casos tan señalados, el análisis de la omisión del deber de preaviso, en cuanto a la generación de daños y perjuicios, debe enfocarse desde una óptica ciertamente restrictiva.

1.1.5. El daño emergente y el lucro cesante

Cuando se habla del menoscabo que debe ser reparado, a menudo se habla del daño emergente y del lucro cesante. Esta apreciación no es baladí y encuentra su fundamentación en la legislación civil. En concreto, si acudimos al artículo 1106CC, éste expone que *“la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor...”*

Además, debe tenerse en cuenta que la obligación de abonar una indemnización se limita, según el 1101CC, tan solo a los daños causados por culpa o negligencia del trabajador dimisionario, por lo que deben excluirse los perjuicios causados con posterioridad a la extinción del contrato que no deriven directamente de los efectos de la dimisión³⁴⁸. Por extinción se entiende, como ya se ha visto antes, no

³⁴⁶ ARCOS VIEIRA, M^º.L.: Responsabilidad Civil: *Nexo Causal e Imputación Objetiva en la Jurisprudencia*. Ed: Thomson-Aranzadi. Navarra. 2005. Pág.128

³⁴⁷ Como por ejemplo el abandonar la empresa en épocas de mayor actividad a sabiendas de que su puesto de trabajo es difícilmente reemplazable.

³⁴⁸ STS de 28 abril 2010 (RJ.2010/3608) y de TSJ de la Comunidad Valenciana, de 14 de febrero de 2012 (AS 2012/1451). En ambos fallos se habla de las repercusiones de la declaración de nulidad de un despido anterior al término de un contrato temporal. Los tribunales entienden que la declaración de nulidad no supone un cambio en la naturaleza del contrato, esto es, de una novación y posterior consideración como de indefinido. Únicamente significa que la relación acabó cuando estaba pactado, y no en el momento del despido, por lo que los efectos posteriores a la finalización no se tienen en cuenta aquí.

la comunicación de la intención extintiva sino la efectiva finalización del contrato de trabajo (en los casos en que medie preaviso, al término del mismo).

En concreto, la Sentencia antes citada habla del despido de una trabajadora que estaba recibiendo formación por parte de la empresa. De este modo, una eventual declaración de improcedencia daría lugar a la indemnización por parte de la empresa (o a la readmisión de la trabajadora). No obstante, ante este caso se habría solucionado tan solo la restitución del daño emergente. Así, quedaría plantearse el perjuicio sufrido por el hecho de dejar de recibir los cursos de formación. Dichos cursos podrían constituir un caso de lucro cesante. Dado que la empresa, salvo excepciones, no tiene la obligación de readmitir al trabajador, una indemnización parece la solución más viable para resarcir la falta de formación.

En cualquier caso, el motivo de reparar, tanto el daño causado, como el beneficio dejado de percibir, responden a la concepción jurisprudencial de la reparación íntegra.³⁴⁹ Este concepto de reparación total de los daños causados proviene, en mayor medida, de sentencias relacionadas con la indemnización que se deriva de accidentes laborales en que resulta más obvio que en ningún otro caso que, aparte del daño económico derivado de no poder trabajar, existe otro perjuicio físico que impide realizar las actividades ordinarias de un individuo. En concreto, se habla de *“la merma de capacidad de tal naturaleza que pueda sufrir el trabajador accidentado, (...) que pueden repercutir perjudicialmente en múltiples aspectos o facetas de su vida personal, familiar o social de aquél y de las que personas que del mismo dependan; también se proclama que los*

³⁴⁹ La reparación íntegra del daño, en lo que a la jurisprudencia se refiere, queda muy detallada en las sentencias referidas a indemnizaciones por accidentes de trabajo. Por ejemplo, y entre otras muchas: SSTSJ de Castilla-La Mancha de 3 junio de 2010 (AS.2010/1703); del TSJ de Cataluña, de 19 de diciembre de 2008 (AS.2009/218); del TSJ de Castilla y León, de 28 de febrero de 2000 (AS.2000/1461) del TSJ de las Islas Canarias, de 4 de junio de 2008 (AS.2008/1919) y STS de 2 de abril de 2010 (RJ.2010/3743).

*perjudicados no deben enriquecerse injustamente percibiendo indemnizaciones por encima del límite racional de una compensación plena”.*³⁵⁰

La jurisprudencia ha venido a definir ambos conceptos a fin de concretar las dos características por las cuales se cumple con el requisito de la reparación íntegra.

Así, es muy esclarecedora la Sentencia de 14 diciembre 2009³⁵¹ que hace una clara distinción entre ambas figuras:

- Daño emergente: la sentencia habla de “*lesiones físicas, psíquicas, secuelas...*” si bien en el caso de la dimisión debiéramos hablar expresamente de la pérdida de un trabajador. Generalmente, este hecho no es motivo suficiente para la restitución en el caso de la extinción unilateral. Debe atenderse a la especificidad del capital trabajo. Suele darse claramente en deportistas, artistas... cuya sustitución es muy compleja porque el beneficio del empresario deriva de la realización del trabajo contratado por esas personas concretas.
- Lucro cesante: es el que se produce por “*la pérdida de ingresos de todo tipo...*”. A estos efectos es muy restrictiva la jurisprudencia a la hora de distinguir el lucro cesante con otro tipo indemnizaciones que puedan darse por otros conceptos, especialmente las referidas a daños morales o similares.

Los tribunales obligan a todo aquel que causa un daño a repararlo y, pese al reconocimiento de la falta de norma legal expresa que bareme las

³⁵⁰ STS de 13 marzo 2002 (RJ.2002/5146). También la STS de 2 de octubre de 2000 (RJ.2000/9673). SSTSJ de 17 de enero de 2012 (AS.2012/1268) y de Castilla y León, de 10 de noviembre de 2010 (AS.2010/2578). En todas ellas se habla de la posibilidad de acudir a diversas modalidades de resarcimiento siempre y cuando las acciones interpuestas sean compatibles y de distinta naturaleza. De lo contrario se estaría obteniendo un enriquecimiento injusto al valorar dos o más veces el mismo perjuicio sufrido.

³⁵¹ RJ.2010/1431. Dicha sentencia viene avalada por pronunciamientos posteriores, que además de valorar el concepto de lucro cesante, se hacen eco de otro aspecto, de siempre compleja valoración, como son los daños morales. Así la STS de 15 de diciembre de 2009 (RJ.2010/2126) o las SSTSJ de Cataluña, de 19 de junio (AS.2013/334850) y de 12 de noviembre (AS.2013/832); de Asturias, de 27 de julio de 2012 (AS.2012/2471) y de 16 de septiembre de 2011 (AS.2011/2841); de Madrid, de 30 de noviembre de 2011 (AS.2012/958); y de Galicia, de 20 de octubre de 2010 (AS.2011/1236)

indemnizaciones o establezca topes a su cuantía, los requisitos que ha de revestir la indemnización son:

- Que sea adecuada y proporcionada
- Que sea suficiente para reparar todos los daños y perjuicios causados a fin de cumplir con el principio de reparación íntegra que reconoce el ordenamiento jurídico.³⁵²

1.2. La cuantificación del daño

Una vez constatados los casos en que procede una indemnización por daños y perjuicios cabe preguntarse en qué deben basarse los tribunales a la hora de decidir las cantidades que deben ser abonadas por el infractor.

A estos efectos la jurisprudencia que se ha nombrado anteriormente ha venido reiterando que, en base al artículo 1106CC, aquello que debe cubrir la restitución que corresponde al empresario es el daño emergente y el lucro cesante sobre los que ya se ha profundizado. De este modo, queda patente que tal indemnización debe ser proporcionada y no exceder del daño sufrido. Así, la STS de 17 de febrero de 1999³⁵³ exige que los afectados no se enriquezcan injustamente a causa de la percepción de la indemnización.

La cobertura de los daños y perjuicios tiene su fundamento en la reparación de un daño causado y no en generar ningún beneficio adicional. Si, por poner un ejemplo, surgiera la obligación de restituir la generación de algún tipo de interés derivado de pagos atrasados, valor del dinero... se estaría ante la reparación de un tipo de lucro cesante.

En cualquier caso, para la determinación de la cantidad (del tipo que sea) que ha de satisfacerse por parte del trabajador pueden distinguirse dos situaciones:

³⁵² Tal y como indica, por ejemplo, el 123LGSS, la reparación no puede exceder al daño causado, así como las SSTs de 3 de octubre de 2007 (RJ.2008, 607); de 18 de febrero de 2002 (RJ.2002, 4358); de 2 de octubre de 2000 (RJ.2000/9673); y de 17 de febrero de 1999 (RJ.1999/2598)

³⁵³ SSTs 17 de febrero de 1999 (RJ.1999/2598) y de 17 de julio de 2007 (RJ.2006/513)

aquellas en que existe acuerdo o regulación previa y aquellas en que no existe ninguna de las dos posibilidades.

Respecto del primer supuesto, es indispensable hablar del caso más claro de cuantificación del daño en la legislación laboral. Me refiero, por supuesto, a la regulación del período de preaviso del personal de alta dirección³⁵⁴ en que se establece que el empresario tendrá derecho “*a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido*”. No obstante, se trata de una legislación para una relación laboral especial que, en principio, no cabe aplicar al resto de relaciones laborales y que, además, puede ser modificada. Operará, sin embargo, siempre que exista ausencia de pacto³⁵⁵. Así, y por lo que a la extinción en sentido amplio se refiere, nada obsta a que tal extremo sea regulado por convenio dada la remisión que el 49.1.d) hace a la negociación colectiva de los plazos de preaviso.

Suele hablarse, por regla general, de la indemnización por salarios diarios equivalentes al número de días de preaviso que fueron obviados. Por supuesto, sólo el Real Decreto antes citado obliga realmente a la utilización de este criterio si bien debe entenderse como límite máximo pudiendo pactarse en todo caso una responsabilidad menor. Respecto del acuerdo por una indemnización mayor, existe la tendencia a pensar que este caso supondría más una sanción que una indemnización.³⁵⁶ Por tanto, no se respetaría el principio de proporcionalidad en la fijación de la misma.³⁵⁷ Ha de extraerse, de este modo, la conclusión de que la indemnización diaria es la práctica más extendida.

Por lo que al cobro de la percepción se refiere, es importante recordar la posibilidad del empresario de aplicar el descuento indemnizatorio. Éste se aplica

³⁵⁴ Art.10.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

³⁵⁵ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo. Ed. Civitas. 1990. Madrid. Pág.87

³⁵⁶ RODRÍGUEZ SANTOS, E. *La extinción de la relación laboral por dimisión del trabajador*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. 2007. Pág. 341

³⁵⁷ SSTSJ de Cataluña, de 30 de julio de 2002 (AS.2002/247824) y de 11 de junio de 2004 (AS.2004/2644); y del TSJ de las Islas Canarias de 27 de diciembre de 2004 (AS.2004/3870).

sobre las deudas que el empresario mantenga al final de la relación. Se trata de un método bastante práctico si bien debe estar contenido en un convenio colectivo.³⁵⁸

No obstante, es necesario ser cuidadoso con esta afirmación dado que, por ejemplo, no cabe que la empresa acuda a la compensación de deudas pendientes entre el abono de salarios y la indemnización en período de preaviso.³⁵⁹ Y ello porque, para que tal supuesto pudiera darse sería necesario que el trabajador tuviera una deuda con la patronal que estuviera vencida y fuera líquida³⁶⁰. No obstante, en el caso actual no existe tal situación, dado que, si se ha reconocido que la mera dimisión no produce un efecto automático perjudicial para el empresario, mucho menos puede reconocerse *per se* una consecuencia reparadora en la misma.

Sin embargo, la jurisprudencia sí admite pactos en que no concurren cláusulas abusivas o excedan de los límites del ordenamiento (arts.1255CC y 7.2.CC). La mayoría de los supuestos que tienen cabida en este caso vienen derivados de pactos individuales entre el empresario y el trabajador en que el primero, en posición preponderante, obliga al segundo a acordar medidas que vayan en su contra o sean lesivas de sus propios derechos. Sin embargo, sí caben pactos en que ambas partes, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, decidan obligarse mutuamente. Véase por ejemplo el caso en que empresario y trabajador establecen indemnizaciones recíprocas en caso de que una de las partes incumpla

³⁵⁸ SSTSJ Cataluña, de 11 de diciembre de 1995 (AS.1995/4904) y de 25 enero de 2001 (AS.2001/672)

³⁵⁹ GOERLICH PESET, J.M.: *La extinción por libre desistimiento del trabajador: dimisión y abandono*. En: *Extinción del contrato de trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. Págs.270-326 (318)

³⁶⁰En la STS de 16 de marzo de 2005. (RJ.2005/3510) se trata el supuesto mencionado, en relación con compañías de telemarketing, y en que la empresa pretendía descontar los días de preaviso dejados de cumplir, por los días de salario aun no abonados. La diferencia estriba en que los salarios sí son debidos, puesto que el trabajo ha sido efectivamente realizado, mientras que la voluntad de la empresa es resarcir esa deuda por una compensación que es “supuesta”, dado que no existe correlación automática entre la falta de preaviso, la generación del perjuicio, y el ulterior resarcimiento.

el período de preaviso para con la otra si produjera un despido o una dimisión *ad nutum*.³⁶¹

El segundo caso que se plantea es la ausencia de pacto, ya sea por convenio o por ley. En este supuesto el empresario ha de acudir a los tribunales y demostrar el daño sufrido³⁶². Evidentemente, esta situación es mucho más compleja que la anterior ya que la prueba a la que el perjuicio está sometido es más dificultosa que la remisión a una norma y, más aún, la cuantificación del mismo. Es por ello que la opción más recomendable, desde mi punto de vista, es la fijación por convenio de esta posibilidad pues, además de facilitar la constatación de la situación perjudicial, no generará una dilatación del proceso que pueda incluso generar casos de insolvencia del trabajador u otro tipo de problemas que dificulten el cobro.

Debe distinguirse, en cualquier caso, la naturaleza del daño causado pues, en función de la misma, los criterios de cuantificación serán unos u otros.

No obstante, parece bastante claro que la doctrina³⁶³ aboga más por una incentivación de la negociación colectiva a la hora de establecer cláusulas que diriman los efectos de posibles contravenciones. Teniendo en cuenta, por una parte, que el trabajador no tiene suficiente fuerza, desde un punto de vista individual, a llegar a acuerdos de similar exigencia para ambas partes y que, por otra, la jurisprudencia es reacia a observar un derecho automático resarcitorio, queda claro que la vía más recomendable es, como regla general, la regulación de tales deberes laborales a través de los representantes de trabajadores y empresarios.

³⁶¹ STSJ de Madrid, de 26 febrero de 2008 (AS.2008/191576). En ella se expone que, siempre que los acuerdos a que lleguen las partes no excedan los límites extrínsecos e intrínsecos del ordenamiento y sean de carácter proporcionado, tendrán la consideración de eficaces.

³⁶² SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: *La indemnización por Daños y Perjuicios en el Contrato de Trabajo*. Thomson Aranzadi. Navarra. 2003

³⁶³ GOERLICH PESET, J.M.: *La extinción por libre desistimiento del trabajador: dimisión y abandono*. En: *Extinción del contrato de trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. Pág.318.

1.3. *Los criterios de calificación en base a la naturaleza del daño*

La inobservancia del preaviso o abandono del puesto de trabajo suponen en sí un incumplimiento de naturaleza contractual. A pesar de resultar paradójico que la finalización del mismo tenga este carácter, lo cierto es que las obligaciones de buena fe se mantienen en el momento de tomar la decisión extintiva, y el respeto de las mismas debe darse, no sólo al inicio y en el transcurso de la relación laboral, sino también al final de la misma.³⁶⁴ De este modo, la obligación de preavisar se establece de forma genérica en el Estatuto de los Trabajadores, de forma específica en la negociación colectiva y en el contrato individual de trabajo y, finalmente, de forma subsidiaria, en la costumbre del lugar.

La indemnización por daños y perjuicios se configura así, como un medio de restitución de los males causados por una conducta ilícita de una parte para con la otra, que fueron realizados de forma culposa o no siendo así, pudieron haberse evitado con una actitud más diligente.

Para la determinación de los tipos de daño que pueden causarse en el ámbito de la relación laboral, lamentablemente, la legislación española no es fuente suficiente, por lo que habrá que acudir de forma subsidiaria a la legislación civil y al artículo 1102CC y siguientes.

En este sentido, ya se han apuntado los tipos de daño existente. Es momento de profundizar sobre ellos teniendo en cuenta que el carácter de la contraprestación será siempre resarcitorio, y en ningún caso punitivo.

1.3.1. Daños patrimoniales

Por razones obvias, se trata de los más fácilmente cuantificables ya que tienen un componente físico, ya sean bienes muebles o inmuebles, que los hacen más sencillos de valorar. En este sentido, sí es importante tener en cuenta, como

³⁶⁴ MONTOYA MELGAR, A.: *La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador*. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla. 1967. Pág.62

apuntan SEMPERE NAVARRO y SAN MARTÍN MACUZZONI³⁶⁵ que el valor será el del momento de la baremación, no el de la comisión del hecho.

El párrafo anterior, sin embargo, tiene que ver con el daño emergente, una parte de la indemnización a percibir, pero no la única. Aún así, respecto del lucro cesante la jurisprudencia es bastante reticente. Se exige, además de manera muy estricta, una valoración lo más objetiva posible que lleve a pensar que, de una manera lógica, se ha producido el menoscabo de algún bien o derecho del empresario. Más aún, los tribunales han sido muy restrictivos respecto del lucro cesante llegando a hablar de la imposibilidad de tener en cuenta “*sueños de ganancia*”, entendidos estos como la suposición no acreditada que el perjudicado pudiera tener respecto de futuros beneficios...³⁶⁶. Por concretar algo más, el TS “*exige acreditar los daños con rigor al menos razonable, sin que baste la consideración de pérdidas dudosas o contingentes*”.

En conclusión, lo que se pretende es evitar un enriquecimiento injusto consecuencia de una restitución que supere el daño efectivamente causado.

1.3.2. Daños extrapatrimoniales

El problema que surge al tasar los bienes no físicos o extrapatrimoniales es el que surge de la paradoja que supone el tasar algo que esta fuera del mercado. Por tanto, debe ponerse precio a un tipo de bien con el que no puede comerciarse y que, por ende, resulta muy complicado valorar.

Algunos autores han llegado a calificar el daño no patrimonial como un daño moral, reconociendo que toda persona tiene derecho a una triple integridad: patrimonial, moral y corporal.³⁶⁷ Si bien es cierto que la jurisprudencia fue más que reticente a la hora de aceptar los daños no patrimoniales como susceptibles

³⁶⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: *La indemnización por Daños y Perjuicios en el Contrato de Trabajo*. Thomson Aranzadi. Navarra. 2003. Págs. 55-56

³⁶⁶ SAP Madrid, de 4 de junio de 1999, STS de 30 de junio de 1993 (RJ.1993/5340), STS de 20 marzo 2007. (RJ.2007/4040). y STS de 26 enero de 2004 (RJ.2004/489)

³⁶⁷ Así, NAVARRO MENDIZABAL, I.A. Y VEIGA COPO, A.B.: *Derecho de daños*. Civitas-Thomson Reuters. Pamplona. 2013. Pág.147.

de reparación, lo cierto es que siempre habían sido concebidos como de tipo impropio o indirecto. No obstante, el cambio de postura no fue en realidad legislativo, sino más bien judicial, pasando únicamente de descartar este tipo de perjuicio como jurídicamente reparable a ser tenido en consideración.

Sin embargo, la propia jurisprudencia alerta de la dificultad de, no sólo tasar, sino siquiera definir el concepto de daño patrimonial. Así, llega a considerarse como un término *impreciso, relativo y borroso* que “*alude al que es causado al conjunto de derechos y bienes de la personalidad que integran el llamado patrimonio moral*”. Más aun, se habla de un mal que *es susceptible de subdividirse en tantas subcategorías como bienes y derechos lo integran*.³⁶⁸

Es más, al hablar de su naturaleza, respecto de los daños extrapatrimoniales es complejo el alcanzar un consenso. Por una parte el objeto de la indemnización por daños y perjuicios es el de reparar a aquel que ha sufrido un daño. De otra, dicha compensación puede no alcanzar a algo difícilmente cuantificable, y sin embargo no se trata de una sanción punitiva.³⁶⁹

A diferencia de los perjuicios físicos que puedan causarse, cuando ha de tasarse un bien de este tipo, no existe ninguna tabla o baremo matemático que ofrezca una solución unificada u objetiva. Más bien al contrario, y aunque la intención nunca será esta, la opinión final del Tribunal tendrá un componente subjetivo claro. Y ello, entre otras, por tres razones:

- Es absolutamente imposible elaborar un catálogo de daños extrapatrimoniales que aglutine una amplia generalidad de este tipo de perjuicios.
- En ocasiones, la valoración de un daño depende de la importancia que la sociedad le dé.

³⁶⁸ SSTS de 19 de febrero de 2008 (RJ.2008/1241) y de 27 de julio de 2006 (RJ.2006/6458). Especialmente importante esta última, pero también las SSTS de 23 de octubre (RJ.2008/5792) y 28 de febrero de 2008 (RJ.2008/4035); de 15 de noviembre (RJ.2008/17) y 26 de febrero de 2007 (RJ.2007/2115).

³⁶⁹ NAVARRO MENDIZABAL, I.A. Y VEIGA COPO, A.B.: *Derecho de daños*. Civitas-Thomson Reuters. Pamplona. 2013. Pág.151

- Por ello, aun existiendo jurisprudencia o incluso legislación acerca del caso concreto que se esté enjuiciando, la última palabra dependerá siempre de la visión personal (ajustada a derecho por supuesto) del juez en particular.

Además, a la hora de determinar quién es el sujeto pasivo del daño, a veces resulta complicado discernir si se trata de la empresa como persona jurídica o del empresario o directivos como persona física. En el segundo caso no hay duda, el individuo es sujeto de derecho también en casos de daño extrapatrimonial. Sin embargo, las empresas, a pesar de poder ser resarcidas por daños morales, no ostentan, por poner un ejemplo, un derecho al honor al uso.³⁷⁰

Por otro lado, si bien es verdad que no existe una legislación general al respecto, sí existe alguna regulación de tipo específico que es importante mencionar. Como se encarga de mencionar SEMPERE NAVARRO Y SAN MARTÍN MAZZUCONI³⁷¹, la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor³⁷² establece algunos criterios de valoración. Lamentablemente, esta Ley va dirigida en su mayoría a supuestos de accidentes de tráfico, difícilmente extrapolables. No obstante, sí hace algún apunte de vital relevancia como es el hecho de que, a la hora de establecer una cantidad, se tendrán en cuenta las características socio-económicas y familiares. Además, se habla también de la posibilidad de aumentar o disminuir la cantidad en relación con la posibilidad del afectado de reducir el daño. Sin embargo, no debe olvidar el lector que no existe una clara identidad de hecho, pues la seguridad vial no tiene similitud alguna con la dimisión. Por ello, de nuevo ha de insistirse en que se está ante un criterio orientativo y no ante una fuente propiamente dicha.

³⁷⁰ STC de 26 de septiembre de 1995 (AC.1995/139)

³⁷¹ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: *La indemnización por Daños y Perjuicios en el Contrato de Trabajo*. Thomson Aranzadi. Navarra. 2003

³⁷² Decreto 632/1968, de 21 de marzo, complementado por Ley 30/1995, de 8 de noviembre

Existe, no obstante, otra posible clasificación como es la que hace RODRÍGUEZ SANTOS³⁷³ que distingue entre la indemnización judicial y la pactada. Respecto de esta última, no parece que exista problema alguno a la hora de acordar una compensación por la extinción de un contrato de trabajo.

A la vista está, por poner un ejemplo de lo más notorio, que los deportistas profesionales, para abandonar su club antes de la fecha de finalización, deben abonar la cláusula de rescisión correspondiente. Así, el art.16 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, establece que *“la extinción del contrato por voluntad del deportista profesional, sin causa imputable al club, dará a este derecho, en su caso, a una indemnización que en ausencia de pacto al respecto fijará la jurisdicción laboral en función de las circunstancias de orden deportivo, perjuicio que se haya causado a la entidad, motivos de ruptura y demás elementos que el jugador considere estimable”*.

En la realidad, lo cierto es que el deportista profesional, que no es cualquier deportista sino tan solo aquellos pertenecientes a las más altas categorías de su deporte, raramente carece de dicha cláusula. De no ser así, el citado RD nos da nuevas pautas sobre cómo podría cuantificarse el precio de la rescisión. Además, y como curiosidad, decir que *“en el supuesto de que el deportista en el plazo de un año desde la fecha de extinción, contratase sus servicios con otro club o entidad deportiva, estos serán responsables subsidiarios del pago de las obligaciones pecuniarias señaladas.”* Importantísimo este apartado dado que, normalmente, suele ser el club de destino el que acarrea con el pago de la cláusula de rescisión. Por tanto, el pago de dicho precepto puede o no satisfacer el daño causado por la marcha del trabajador, pero no responde al principio de “reparación íntegra”, sino a la autonomía de la voluntad y a la fuerza de los contratantes en el momento de llevar a cabo la operación.

³⁷³ RODRÍGUEZ SANTOS, E. *La extinción de la relación laboral por dimisión del trabajador*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. 2007.

No obstante, y en el ámbito que nos ocupa, la relación entre los deportistas profesionales y su club no es asimilable puesto que acostumbra a intervenir un traspaso con pago de cantidades, al punto de que para algunos autores la indemnización consiste en, al menos, *“la diferencia entre el dinero pagado por la contratación en función del número de años previstos en el contrato y los efectivamente cumplidos.”*³⁷⁴

Esta solución es, por supuesto, inviable en el ámbito laboral común, dado que el contrato indefinido impide saber el tiempo que queda por cumplir, además de que se trataría de una limitación abusiva del derecho a la extinción ad nutum y del pacto de permanencia en la empresa.

Sí existe, a pesar de todo, una relación en concreto regulada expresamente, y esa no es otra que la contenida en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. Su artículo 10.2. especifica que *“el empresario tendrá derecho, en caso de incumplimiento total o parcial del deber de preaviso, a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido”*. En ocasiones los Convenios Colectivos adoptan este sistema, si bien debe adaptarse al principio de proporcionalidad. Las fórmulas, en este aspecto, son múltiples pues no existe una opinión unívoca sobre cómo debe cuantificarse dicha indemnización, refiriéndose en mayor medida a la dimisión con omisión de preaviso.

A menudo, no obstante, encontrará el lector que los Convenios Colectivos suplen dos carencias normativas claras: en primer lugar suelen fijar un plazo de preaviso concreto y en segundo lugar, las consecuencias de su incumplimiento.³⁷⁵

³⁷⁴ GONZÁLEZ DEL RÍO, J.M.: *El deportista profesional ante la extinción del contrato de trabajo deportivo*. Ed. La Ley. Madrid. 2008. Pág.350. ROQUETA BUJ, R.: *El trabajo de los deportistas profesionales*. Ed. Tirant lo Blanc. Valencia. 1996. Pág.313.

³⁷⁵ VI Convenio Colectivo Laboral Autonómico de Centros y Servicios de Atención a Personas Discapacitadas de la Comunitat Valenciana (Código de Convenio 8000335). Resolución de 17 de diciembre 2010 LCV 2011/21

En definitiva, la dificultad de conceptualización de los daños no patrimoniales supone que, normalmente, su pretensión sea más difícilmente ejercitable, por la dificultad de su objetivación, puesto que, como se ha dicho anteriormente, el abandono o mero incumplimiento del deber de preaviso, no genera per se la obligación de resarcir, sino que ha de probarse el daño efectivamente causado.

De este modo, y una vez diferenciados los tipos de daño existente, a continuación se analizará la forma en que estos han de ser cuantificados y en que, de nuevo, se suscitará la problemática respecto de aquellos bienes sin valor comercial o de mercado.

2. Las consecuencias de la extinción sin preaviso: el abandono

El abandono del puesto de trabajo supone la cesación unilateral por parte del trabajador en sus funciones dentro de la empresa. Sin embargo, esta finalización se produce con la característica principal de la falta de preaviso. De esta manera, el empleado, simplemente, decide dejar de trabajar en la empresa en que venía prestando sus servicios, quedando vacante su puesto de manera sobrevenida.

No debe presuponerse en esta conducta un ánimo de causar perjuicio en el otro. A menudo suele identificarse al abandono con la dimisión abusiva, si bien la primera de estas figuras constituye una actuación negligente por parte del trabajador, que no observa los requisitos formales de la declaración, mientras que la segunda contiene un cariz doloso por parte del trabajador que, además de cesar de sus funciones, lo hace de una forma que, sabe, perjudicará a la empresa o a su proceso productivo.

En realidad, y pese a ser nombrada en ocasiones en la legislación laboral y ser, de facto, una de las formas de extinción de las relaciones de trabajo, no queda contemplada en el Estatuto de los Trabajadores. El motivo por el cual se da esta situación es que la conducta tiene, por su naturaleza, un componente negativo. La actuación consistente en desistir, de forma unilateral, del puesto de trabajo, no

está bien considerada por el ordenamiento laboral. No obstante, la Constitución Española, en su artículo 35 configura el derecho y deber de trabajar dentro de la autonomía de la voluntad del empleado, que puede elegir el lugar donde quiere desempeñar sus funciones.

En cualquier caso, no debe olvidarse que aceptar este hecho sin más supone, como se ha dicho anteriormente, dejar en manos de una de las partes, el destino de la relación contractual, en contra del artículo 1256CC. Por ello, y para paliar los efectos que se producen sobre el empresario, el ordenamiento laboral instituyó la figura del preaviso. De este modo, el Estatuto de los Trabajadores recoge la dimisión en su artículo 49.1.d) y la extinción causal del artículo 50ET como únicas posibilidades de rescisión unilateral por parte del trabajador.

El abandono, por tanto, queda como una “*conducta antijurídica*”³⁷⁶ que, no obstante, sí quedaba contemplada en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944. En concreto, especificaba la norma, “*si fuere el trabajador el que incumpliere el contrato, abandonando el trabajo, el empresario tiene derecho a exigirle el resarcimiento de daños y perjuicios*” (art.81). De la lectura del artículo se concibe, no una propia regulación del abandono, sino más bien una aceptación de su existencia y una advertencia respecto de los efectos que producirá.

De este modo, la Ley contemplaba una especie de transacción entre el preaviso no realizado y la indemnización que debía recibir el empresario. Obsérvese que, como apunta ALONSO OLEA³⁷⁷, el ilícito no está en la resolución *ad nutum* o sin causa del contrato de trabajo. De hecho, esta conducta sí queda contemplada como un modo de resolver unilateralmente el contrato por parte del trabajador. Lo que realmente debe indemnizarse es el perjuicio que produce la falta de preaviso.

³⁷⁶ ALONSO OLEA, M. Y CASAS BAHAMONDE, M.E.: *Derecho del Trabajo*. Ed. Thomson Civitas, Vigésima Primera Edición. 2003. Madrid

³⁷⁷ ALONSO OLEA, M. *Un problema cada vez más complejo: la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Universidad de Coimbra, 1989

Sin embargo, en ocasiones la indemnización, como ocurre en los supuestos de despido o de extinción causal por voluntad del trabajador, no tiene en cuenta la cuantía del daño, sino que responde a unas cantidades previamente tasadas, lo cual, dicho sea de paso, resulta paradójico.

2.1. La constatación del abandono

El problema más relevante que se da en la figura del abandono es la complejidad que existe para determinar que se ha producido. A ello se suma el problema de que, como se ha dicho antes, la dimisión puede realizarse de forma expresa o tácita por lo que determinar si se trata de una decisión extintiva se hace incluso más complicado. Las causas del absentismo laboral son tan innumerables como irrelevantes a efectos del estudio de la dimisión. Existen diversos estudios sociológicos encaminados a comprender por qué un trabajador deja de acudir a su puesto de trabajo y de cumplir con sus obligaciones como empleado, pero ello, a efectos de la ordinaria dimisión del 49.1.d) ET poco importa. Es por ello que, a continuación, lo que se va a analizar son los caracteres que debe revestir la conducta del trabajador para poder ser considerada como una dimisión tácita. Se observará además la colisión de dos figuras, como pueden ser el despido disciplinario y el abandono del trabajador por cuanto el objeto generador de ambas es el mismo: el absentismo laboral.

En efecto, para que una conducta se considere extintiva, ya sea expresa o tácitamente (como en este caso) se requieren actos o conductas que conduzcan al convencimiento absoluto de que tal conducta se ha producido. RODRÍGUEZ-PIÑERO opina que existen dos tipos de abandono: el del trabajador que deja de asistir sin más; y el del trabajador que, estando en su puesto de trabajo, lo abandona.

2.1.1. Las faltas de asistencia y el abandono del puesto de trabajo

A la hora de constatar que se ha producido el abandono del puesto de trabajo, es importante diferenciar entre una falta prolongada sin justificar, del verdadero abandono, que supone la extinción del contrato de trabajo.

En este sentido, la primera diferencia que debe realizarse deriva de la propia naturaleza de ambos actos. Así, el abandono supone la extinción del contrato de trabajo, esto es, la finalización de la relación laboral de manera unilateral, por parte del trabajador.

Por otra parte, las faltas continuadas de asistencia son, por sí solas, incumplimientos reiterados de la relación laboral que no traen como consecuencia la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador. Sin embargo, la no justificación de las mismas sí puede facultar al empresario a extinguir la relación laboral mediante un despido disciplinario. Esta facultad queda amparada por el artículo 54.2ET, que considera incumplimiento grave y culpable a “*Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo*”. De este modo, lo que se exige, más allá de no acudir al puesto de trabajo de forma continuada, es una actitud complementaria que manifieste esta voluntad. Conviene por tanto, diferenciar ambas figuras.

2.1.2. Abandono por faltas de asistencia y despido disciplinario

La diferencia es de cierta importancia ya que, como apunta MONTROYA MELGAR, el tratamiento será diferente según se esté hablando de una figura u otra.³⁷⁸

Teniendo en cuenta esta diferenciación, las consecuencias son igualmente diversas. De hecho, una ausencia injustificada generará la posibilidad de que el empresario proceda al despido del trabajador, que será de tipo procedente en base al articulado citado.

Por el contrario, si se está ante un abandono que suponga la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, éste podrá ser compelido al pago de una indemnización por daños y perjuicios. No existiría este problema en el primer caso dado que el despido, en sí mismo, se configura como la sanción más

³⁷⁸ MONTROYA MELGAR, A.: *La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador*. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla. 1967

dura que puede imponerse al trabajador dado que supone la finalización de la relación laboral.

Por tanto, y tras lo expuesto, la cuestión más relevante es en qué momento puede decirse que las faltas continuadas de asistencia se han transformado en el abandono del puesto de trabajo, teniendo en cuenta que no existe una conducta complementaria que lo corrobore.

Lo primero que debe decirse a este respecto es que la jurisprudencia exige un *animus* que indique unívocamente la voluntad del trabajador. Así, el Tribunal Supremo considera el abandono como una conducta anómala, fuera de la cual, las faltas de asistencia no son más que actuaciones contrarias al vínculo contraído, susceptibles de ser sancionadas disciplinariamente por el trabajador.³⁷⁹

A estos efectos, la STS de 6 febrero 1981³⁸⁰, exige los siguientes requisitos para entender que existe abandono del puesto de trabajo:

- a) *“Que sea producto de una voluntad consciente y deliberada, intención resuelta clara, terminante y firmemente expresiva del propósito del trabajador de rescindir el contrato a iniciativa suya”.*
- b) *Que vaya “acompañada de una manifestación indeleble de carácter expreso o tácito, resultante en este último caso, de hechos que no dejan duda, del elemento intencional decisorio de desentenderse de su habitual tarea, de no volver al trabajo, en suma de romper definitivamente, la relación laboral, sin que baste una simple y circunstancial ausencia, o, una interrupción transitoria, si tales conductas no implican una patente voluntad de cese.”*³⁸¹

Pero, una vez determinado qué se entiende por dimisión tácita y, por tanto, abandono del puesto de trabajo, el empresario debe plantearse dos supuestos: en

³⁷⁹ STS de 20 de noviembre de 1982 (RJ.1982/6849)

³⁸⁰ RJ.1981/637

³⁸¹ Tesis avalada por las STS de 27 de junio de 1983 (RJ.1983/3050), 3 de marzo de 1986 (RJ.1986/1186) y 14 de abril de 1987 (RJ.1987/2768)

primer lugar, si la conducta del trabajador es considerada como dimisoria, el empleador simplemente dará de baja al trabajador, sin iniciar procedimiento alguno y sin someterse a las reglas formales que anteceden al despido disciplinario. Por el contrario, en segundo término, si se considera que la actuación del empleado tiene un carácter únicamente incumplidor, entrará en juego el poder sancionador del empresario, que deberá en cualquier caso someterse a las formalidades exigidas por la ley, y que puede llegar incluso al despido, pero que, sin embargo, puede ser revocado judicialmente mediante una eventual declaración de improcedencia.

En definitiva, la diferenciación entre una y otra figura radica en la dolosa y reiterada actitud del trabajador. Así, si bien es cierto que el art.52d)ET exige, tras la reforma operada por la Ley 3/2012, que para el despido por causas objetivas las faltas alcancen, aun de forma justificada, el 20 por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el absentismo alcance el 5 por ciento de las jornadas hábiles en los doce meses anteriores, o el 25 por ciento en cuatro meses discontinuos en el mismo período, lo cierto es que para determinar que existe causa de despido disciplinario o constatación del abandono, hace falta mayor contundencia en los hechos.

Es por ello que, mientras en la extinción por causas objetivas contempla, incluso, las faltas justificadas, dicho criterio no puede mantenerse en los dos casos que ahora se analizan. Y ello porque aquel que justifica, no manifiesta una intención de finalización contractual, sino todo lo contrario, de interés en la pervivencia del vínculo. En este sentido, se mantiene cierta identidad con el despido disciplinario. En palabras de PÉREZ REY, la diferencia entre las causas de una figura y otra es, principalmente, que en la dimisión *ad nutum*, el trabajador “*por la vía de los hechos*”³⁸² demuestra su voluntad unívoca de romper el contrato de trabajo, y no de incumplirlo. Es por ello que, a mi juicio, cuando de lo que se habla es despido disciplinario, realmente se observan supuestos cualificados de la extinción por causas objetivas, en que se incluye un ánimo doloso por parte del

³⁸² PÉREZ REY, J.: *El despido disciplinario*. Ed. Bomarzo. Albacete. 2013. Pág.76

trabajador. Pueden incluirse aquí supuestos tan variados como las faltas y/o retrasos injustificados al puesto de trabajo o la reincorporación tardía tras el alta médica. En estos supuestos no existe ánimo de abandonar el puesto de trabajo, sino más bien de incumplir el contrato de trabajo, a diferencia de los casos de abandono, en que el empleado muestra un ánimo indubitado de no volver a prestar servicios para la empresa en que mantiene su contrato de trabajo.

En definitiva, la L3/2012 ha eliminado cualquier referencia a la comparativa de ausencias individuales y colectivas del resto de la plantilla, siendo necesarias únicamente las faltas del trabajador despedido para acometer dicho despido. La objetivación de los requisitos cuantitativos no hace sino confirmar que sólo será posible la extinción en los supuestos que el legislador considera de suficiente entidad³⁸³, y cuya relevancia es ahora fácilmente identificable.

Del mismo modo, y en el ámbito de la responsabilidad por daños, si la conducta es calificada como de *ad nutum*, el empresario podría exigir una compensación por los perjuicios efectivamente causados, a diferencia del supuesto de despido, en que podría ser incluso el trabajador quien los instara, de obtener sentencia favorable.³⁸⁴

2.1.3. Un supuesto concreto, las ausencias injustificadas por prisión del trabajador

La dimisión o el abandono del puesto de trabajo por voluntad del trabajador constituyen conductas voluntarias del mismo que ponen fin a la relación laboral que mantenía hasta la constatación de ambos casos.

Sin embargo, resulta interesante el plantearse qué ocurre cuando un trabajador es condenado penalmente y conminado a su ingreso en prisión. El art.45.1.g)ET

³⁸³ MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M.: *El despido del trabajador por motivo de sus ausencias al trabajo*. Ed. Atelier. Barcelona. 2013. Pág.43. También ALTÉS TARREGA, J.A.; BLASCO PELLICER, A.; y NORES TORRES, L.E.: *El Despido objetivo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010. Pág.47.

³⁸⁴ ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: *El abandono del trabajador: una forma de exteriorizar la facultad dimisoria*. Ed. Aranzadi. Thomson Reuters. Pamplona. 2012. Págs.103-104

establece, como causa de suspensión la “*privación de libertad del trabajador, mientras no exista sentencia condenatoria*”³⁸⁵. Por tanto, a partir del momento en que éste sea obligado a entrar en prisión las faltas de asistencia al puesto de trabajo son atribuibles “*únicamente a él (trabajador)*”³⁸⁶. Así, desde el momento en que la sentencia es firme, dejan de estar justificadas las ausencias que, como garantía del derecho contenido en el citado artículo, le otorgaba la legislación.

Se plantea, aún más, la situación del trabajador contratado que oculta al empresario su situación procesal y es condenado posteriormente, aduciendo que las faltas anteriores a la sentencia eran de tipo personal, cuando en realidad se referían al procedimiento en curso.³⁸⁷

Sí existe no obstante, un caso en que tales ausencias no motivan la declaración de abandono o dimisión tácita, si bien su justificación supera el ámbito de las faltas de asistencia por privación de libertad. En concreto, se trata del supuesto en que, paralelamente a dicha privación, el trabajador se encuentre en situación de Incapacidad Temporal. Así, mientras el trabajador pueda justificar que el no acudir al puesto de trabajo se debe a su imposibilidad de trabajar por dicho motivo, el hecho de que se encuentre en prisión no supondrá la rescisión del contrato, puesto el motivo determinante nada tiene que ver con encarcelación.³⁸⁸

Así, la reciente jurisprudencia califica de abandono el supuesto de sentencia condenatoria por dos razones:

- En primer lugar porque las faltas de asistencia dejaron de estar justificadas desde el momento en que la sentencia adquirió firmeza, dado que la responsabilidad del ilícito que le llevó a entrar en prisión fue única y exclusivamente suya.

³⁸⁵ STS de 14 de febrero de 2013 (RJ.2013/3052). Tal fallo va en consonancia con la jurisprudencia anterior, ejemplificada en la STS de 9 de marzo de 1994 (RJ.1994/2222). En ella se incide en la ausencia de justificación de las faltas producidas tras la firmeza de la sentencia.

³⁸⁶ CAVAS MARTÍNEZ, F. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Jurisprudencia Social Unificada*. Enero-Marzo 2013. Aranzadi Thomson Reuters. Pamplona. 2013. Págs. 73-74.

³⁸⁷ STSJ de la Comunidad Valenciana, de 4 de julio de 1991 (AS.1991/4736)

³⁸⁸ Así la STSJ de Cataluña, de 6 octubre de 2004 (AS.2004/3253).

- En segundo lugar, y ya dentro del ámbito más específico del supuesto, considera el Tribunal Supremo que el hecho de no ponerse en contacto con la empresa, tras trece años en prisión, es más que suficiente para considerar la conducta del trabajador, como dimisionaria.

2.2. *Los efectos del abandono*

La cesación unilateral de la relación laboral tiene, como se ha dicho con anterioridad, ciertas repercusiones. En concreto, en la figura del abandono pueden destacarse tres:

- a) La extinción del contrato de trabajo
- b) La exclusión del despido
- c) La indemnización por daños y perjuicios

De todas ellas se ha hablado ya con anterioridad puesto que son figuras comunes a la extinción, con y sin preaviso, por lo que no me extenderé demasiado. Queda claro que, notificada la intención del trabajador o simplemente dejando de prestar los servicios contratados con el empresario, el empleado extingue su relación laboral. La diferencia principal radicará en distinguir el momento en que finaliza la relación contractual puesto que la dimisión carece de efectos retroactivos y mantiene algunos derechos para con el trabajador.

Del mismo modo, queda excluida la figura del despido. En este sentido sí es importante realizar una matización. Dado que en la dimisión preavisada se excluía la posibilidad del despido durante el período existente entre la comunicación y la finalización, siendo éste en principio improcedente con todas sus consecuencias salvo que mediara causa justificada, en este caso es distinto. Y ello es así por razones obvias. Debe tenerse en cuenta que no existe tal período pues estamos ante una actuación, que se presume de mala fe por parte del trabajador. Por ello, no cabe la posibilidad del despido ya que la constatación de la voluntad del trabajador y la finalización efectiva del contrato de trabajo se dan simultáneamente.

**CAPÍTULO VII: EL ABANDONO DEL PUESTO DE TRABAJO POR
PARTE DE LA MUJER VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO**

CAPÍTULO VII: EL ABANDONO DEL PUESTO DE TRABAJO POR PARTE DE LA MUJER VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

1. Extinción y violencia de género

El artículo 35CE establece que *“todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo (...) sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”*. Sin embargo, es obvio que en la situación actual en que existe una clara desigualdad entre el empleo masculino y femenino, es de vital importancia que se tomen medidas con el objetivo de nivelar los porcentajes de empleo de ambos sexos. Para ello, se promulgó la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, que prevé acciones para la inserción equitativa de ambos sexos.

No obstante, las desigualdades no se producen tan sólo en la creación de empleo. Por razones naturales, las mujeres se enfrentan a vicisitudes que exigen una legislación diferente para según qué casos. Pero no sólo eso, en la actualidad está en plena efervescencia la lacra que supone la violencia de género. El ordenamiento trata por tanto de suavizar una situación ya de por sí angustiosa, de manera que la víctima encuentre ciertas facilidades, no extrapolables a cualquier otro sujeto, para poder superar el problema. A estos efectos fue elaborada y promulgada la LO1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. El capítulo II del Título II de esta Ley recoge algunas de las prerrogativas más relevantes relacionadas con el empleo y su situación con relación a la Seguridad Social que más tarde serán comentadas.

Como indica BLASCO PELLICER, el sexo del trabajador no debería tener importancia cuando de lo que se habla es de la voluntad extintiva del mismo. Sin embargo, continúa el propio autor, la realidad social manifiesta una

discriminación directa e indirecta, hecho que convierte a la igualdad real y material “*en un objetivo social y no una acreditada evidencia*”.³⁸⁹

Teniendo estos datos en cuenta resulta patente que el ordenamiento laboral, en lo que se refiere a la extinción del contrato de trabajo, reconoce la posibilidad de finalizar la relación laboral “*por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.*” Ello queda amparado por el artículo 49.1.m.ET introducido por disposición adicional séptima de la LO1/2004.

VELASCO PORTERO opina que las disposiciones de esta Ley deben valorarse respecto “*de unos sujetos que son objeto de discriminación por medio de la violencia, es decir, que a nivel personal están sufriendo un tipo de violencia con connotaciones discriminatorias (...) y hay que acompañarlos de una serie de medidas que garanticen a sus titulares la estabilidad en el empleo...*”.³⁹⁰ Y ello teniendo en cuenta que este tipo de medidas suponen un perjuicio para el empresario. No obstante, la especial debilidad de la víctima justifica estos preceptos.

2. Naturaleza de la extinción ex artículo 49.1.m) ET

Antes de comenzar a analizar los pormenores de la legislación extintiva en materia de violencia de género, es necesario valorar si se está ante una figura con entidad propia, o una modalidad más de dimisión.

Para algunos autores las respectivas formas de extinción contempladas en los apartados d) y m) del artículo 49ET constituyen figuras de naturaleza y

³⁸⁹ BLASCO PELLICER, A.: *La extinción del contrato de trabajo por voluntad de la mujer trabajadora*. En Actualidad. Nº18. Ed. La Ley. Madrid. 2010. Págs.2135-2153 (2136).

³⁹⁰ VELASCO PORTERO, Mª T.: *El despido de la trabajadora víctima de violencia de género en La extinción del contrato de trabajo*. Ed. Bomarzo. 2006. Albacete. Págs.225-238

tratamiento diferenciado.³⁹¹ Otros por el contrario, entienden que su fundamento es en realidad el mismo, si bien con ciertas matizaciones.³⁹²

Desde mi punto de vista, opino que la segunda de las teorías es la más acertada. Siendo indubitado que ambas figuras merecen un tratamiento distinto, no observo diferencias en la naturaleza jurídica de uno y otro supuesto. Las particularidades que se atribuyen son básicamente dos.

En primer lugar se entiende que la dimisión propiamente dicha es una forma de extinción acausal, por la mera voluntad del trabajador. Sin embargo, al definir extinción *ad nutum* no se está diciendo, en mi opinión, que no haya causa, sino que las circunstancias que la envuelven pertenecen a la esfera de lo privado o, dicho de otro modo, que en nada tienen que ver con la relación laboral vigente. Piénsese por ejemplo en el trabajador que rescinde su contrato porque ha recibido una oferta mejor de otra compañía. No quiere decir que no exista una causa extintiva, simplemente las motivaciones son ajenas a la actuación empresarial, que ninguna responsabilidad tiene en la decisión. En el caso de la extinción por violencia de género, el abandono del puesto de trabajo tampoco responde a causas de naturaleza contractual o atribuible a la otra parte.

La diferencia, no obstante, radica en el hecho de que la motivación, aun no siendo laboral, sí es de interés del ordenamiento jurídico, que debe proteger y garantizar la seguridad, incluso la supervivencia, de la víctima.

³⁹¹ ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: *El abandono del trabajador: una forma de exteriorizar la facultad dimisoria*. Ed. Aranzadi. Thomson Reuters. Pamplona. 2012. Pág.60. RODRÍGUEZ SANTOS, E. *La extinción de la relación laboral por dimisión del trabajador*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. 2007. Pág.98. SEMPERE NAVARRO, A.V.: *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales*. En *comentario a la Ley Orgánica de protección integral contra la violencia de género: aspectos jurídicos penales, procesales y laborales*. Ed. Thomson-Aranzadi. Pamplona. 2005. Pág. 87-167 (págs.88-90)

³⁹² ARAMENDI SÁNCHEZ, P.: *Los aspectos laborales de la Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*. Revista de Derecho Social. Nº30. 2005. GOERLICH PESET, J.M.: *La extinción por libre desistimiento del trabajador: dimisión y abandono*. En: *Extinción del contrato de trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. Pág.326. MARTÍN VALVERDE, A.: *La ley de protección integral contra la violencia de género, análisis jurídico e ideológico*. En *Las transformaciones del derecho de trabajo en el marco de la Constitución Española*. Ed. La Ley. Madrid. 2006.

En segundo lugar, se atribuye a la falta de exigencia del preaviso la diferencia con la dimisión ordinaria. Sin embargo, no considero que la falta de exigencia de preaviso sea un factor determinante. Es más, para la mayoría de autores dicha figura no es más que un requisito formal y lo que queda fuera de toda discusión es que, medie o no preaviso, la finalización del contrato seguirá en todo caso su curso, sin perjuicio de ulteriores acciones que pueda llevar a cabo el empresario y de las posibles responsabilidades que le acarree al trabajador. La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador sin que medie preaviso suele ser calificada de “abandono”, concepto que utiliza el propio 49.1.m) para referirse a dicha institución, por lo que, insisto, se trataría únicamente, de una especialidad dentro de la dimisión, pero en ningún caso una figura autónoma.

Así, considero que la dimisión fundada en el padecimiento de la violencia de género no es un derecho especial ni supone una extraña peculiaridad. En realidad, como apunta MATEU CARRUANA³⁹³, el derecho a la extinción unilateral ya existe, sea causal o no. Por tanto lo único que se hace es reconocer específicamente una necesidad “*objetiva y perentoria*” de extinguir el contrato de trabajo. La peculiaridad radica en que en esta finalización prematura no existe voluntad por ninguna de las partes sino que responde a una situación sobrevenida.

3. La dimisión como último recurso de la víctima

El artículo 41.9.m) del Estatuto de los Trabajadores y el 21 de la LO 1/2004 facultan la dimisión *ad nutum* por parte de la trabajadora víctima de violencia de género excluyendo incluso los leves requisitos que se exigen para la extinción unilateral ordinaria. Sin embargo, ello no quiere decir que el legislador entienda esta medida como la principal o la más relevante de las expuestas en la Ley. Al contrario, de la lectura íntegra del propio artículo, se extrae que la pretensión

³⁹³ MATEU CARRUANA, M.J.: *Medidas laborales de protección social y de fomento del empleo para las víctimas de violencia de género*. Ed: Dykinson. Madrid. 2007

normativa es que el empresario facilite en la medida de lo posible que la empleada que sufre este tipo de abusos no deba recurrir a este derecho, salvo por casos extraordinarios de extrema gravedad.

Por esta razón, la LO1/2004 contiene una serie de medidas anteriores a la de la extinción como pueden ser:

- *La reducción o reordenación del tiempo de trabajo.* En concreto, el 34.8ET habla de la adaptación de la jornada de trabajo en lo que se refiere a duración y distribución atendiendo a los convenios colectivos vigentes y con el objetivo de conciliar la vida laboral y personal. Ampliando este derecho, el artículo 37.7ET viene a desarrollar lo dispuesto en la Ley diciendo que la trabajadora tendrá derecho a la “*reducción de jornada con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo (...)*”. En los supuestos de este artículo sólo cabrá la procedencia del despido disciplinario si es posible demostrar que la infracción nada tiene que ver con el ejercicio del derecho. En caso contrario, el despido será nulo.³⁹⁴
- *La movilidad geográfica o el cambio de centro* de trabajo son otras de las medidas que se contemplan en el ET, en concreto en el 40.3bis. Según este precepto, la trabajadora dimisionaria tendrá derecho de incorporación preferente ante la aparición de vacantes en otros centros de trabajo de la empresa. Para ello, la empresa

³⁹⁴ STSJ Cataluña, de 3 de octubre de 2008 (AS.2008/2201). Así, de acuerdo con el fallo, corresponderá al empresario el probar que la entidad y objeto de la sanción disciplinaria que imputa a la trabajadora, nada tiene que ver con su condición de víctima y con el ejercicio de ésta de los derechos que le son propios pues, en caso contrario, la decisión adoptada habrá de calificarse como nula en base al 55.5.c) ET. El hecho de que la carga de la prueba corresponda al empresario tiene toda lógica teniendo en cuenta, por una parte, que es éste quien imputa un ilícito a la trabajadora y, por otra, la empleada ya ha acreditado previamente su condición de víctima de violencia de género. Con ello pretende el ordenamiento defender los derechos de la trabajadora que, en el ejercicio de sus derechos, decide acogerse a medidas de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, existiendo presunción de nulidad de la extinción por esta vía durante el período protegido.

estará obligada a comunicar a las empleadas cualquier baja a cubrir que se produjera en el seno de la empresa.

- *La suspensión de la relación laboral*, recogida en el 45.1.n., facilita que la trabajadora víctima de violencia de género deje de tener la obligación de prestar sus servicios mientras subsista este problema. Finalizado el mismo, puede reincorporarse a su puesto de trabajo. Paralelamente, cesa la obligación del empresario de retribuir los servicios que, temporalmente, deja de prestar.

Pero como se ha dicho, la extinción queda contemplada en el artículo 21 de la citada Ley Orgánica como el último recurso³⁹⁵, que no la última opción. La trabajadora no está obligada a cumplir con las opciones de movilidad geográfica, suspensión o reordenación del horario antes de acometer la extinción. Simplemente, el legislador facilita la situación de la mujer maltratada a fin de que ésta no se vea obligada a tomar una medida que, como ya se ha estudiado con anterioridad, supone una renuncia de derechos.

A pesar de la negativa a aceptar la dimisión como renuncia de derechos, en este caso la trabajadora sí estaría renunciando a su empleo y a su sueldo, principalmente, dado que la iniciativa extintiva proviene del hecho de la situación personal que padece. Situación que, según el artículo 1 de la LO 1/2004, deben proteger los poderes públicos.

Así, en el caso de verse obligada a rescindir su contrato de trabajo, operaría el 49.1.m.y no el apartado d), puesto que no se trata de una extinción *ad nutum* al uso, y que no exige requisito alguno para la extinción unilateral del contrato de trabajo salvo probar la situación de víctima de violencia de género.

³⁹⁵ A pesar de lo expuesto, no es menos cierto que ciertos autores han subrayado el carácter restrictivo de la extinción del contrato de trabajo, incluso en supuestos de víctimas de violencia de género, considerándola “*forma especial y última de tutela a las agresiones que pueda sufrir en el ámbito laboral, o fuera de él, por su condición de mujer*”. Así, entre otros BLASCO PELLICER, A.: *La extinción del contrato de trabajo por voluntad de la mujer trabajadora*. En Actualidad. Nº18. Ed. La Ley. Madrid. 2010. Págs.2135-2153 (2137).

4. Los sujetos de la relación laboral: trabajadora y empresario

A la hora de hablar del abandono del puesto de trabajo por parte de una víctima de violencia de género lo primero que ha de plantearse es, efectivamente, qué sujetos revisten esta condición. De este modo, el art.1 de la LO1/2004 especifica que, víctima de violencia de género, es aquella mujer que padece “*todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.*” Más aún, dicha violencia habrá de ser causada por un hombre que pueda o haya podido considerarse cónyuge o similar de la víctima con independencia de si ha existido convivencia por parte de ambos.

Sin embargo, en el supuesto que ocupa, no sólo debe observarse la situación desde el punto de vista de la trabajadora que, obviamente ocupará la mayor parte del estudio, sino que también se valorará la influencia de la figura del empresario que, si bien tiene una importancia menor, ha de ser garante del cumplimiento de los derechos citados y facilitar, en la medida de lo posible, la situación de la víctima. A continuación, por tanto, serán analizadas ambas figuras.

4.1. La trabajadora

Teniendo en cuenta la definición de víctima que hace la legislación, se observa que el ordenamiento aboga por un carácter absolutamente restrictivo del precepto, quedando excluido cualquier otro tipo de violencia. En mi opinión, se comete aquí un error dado que existen colectivos que son obviados por la Ley. Por poner un ejemplo, las relaciones de parejas del mismo sexo quedan fuera de este ámbito así como las que sean cometidas por mujeres sobre hombres. El carácter tan específico de la decisión del legislador responde básicamente a criterios sociales, estadísticos o numéricos que atienden a la especial afectación de este concreto colectivo.³⁹⁶

³⁹⁶ CARRASCOSA BERMEJO, D.: *Análisis crítico de los derechos laborales y de Seguridad Social de las víctimas de violencia de género: una aproximación práctica*. RDS. Nº55. Albacete.2011. Págs.59-84 (61)

No obstante, la discusión sobre los sujetos beneficiarios de la norma, considero, responde a otro debate por lo que no me extenderé más en este sentido. Sí me parece, no obstante, absolutamente criticable que otros sujetos que pudieran padecer indirectamente la violencia de género (hijos, padres u otros familiares directos de la víctima), no sean beneficiarios de algún tipo de medida, si no extintiva, sí de flexibilización de su horario laboral o incluso movilidad funcional o geográfica que permita a los mismos estar cerca de la víctima o dedicarse a labores de apoyo de la misma.

En otro orden de cosas, el concepto de trabajadoras ha de entenderse en el sentido amplio de la palabra pues, aunque con peculiaridades, la LO 1/2004 recoge tanto a empleadas por cuenta ajena como por cuenta propia e incluso funcionarias. En este aspecto, sin embargo, es cierto que las únicas novedades en el ámbito extintivo se dan en el caso de las primeras ya que los otros dos grupos de trabajadoras poseen normativa específica.³⁹⁷ En cualquier caso, sí es necesario resaltar la falta de legislación, o cuando menos la distancia normativa, entre la regulación de los derechos que asisten a la empleada por cuenta ajena y a la autónoma, respectivamente. A tal punto llega la desigualdad en este sentido, que algunos autores llegan a hablar de marginación legislativa.³⁹⁸

Critican algunos autores, respecto del sujeto beneficiario de los derechos de la Ley Orgánica el que, por los requisitos que se exigen y su redacción legislativa, da la sensación de que el legislador enfocaba esta norma desde el punto de vista de trabajadoras en grandes superficies o empresas con una estructura reconocible,

³⁹⁷ Así, por ejemplo los artículos 24-26 LO 1/2004 refieren exclusivamente a la funcionaria pública, si bien las medidas guardan cierta similitud con las aplicadas a la trabajadora por cuenta ajena al amparo del Estatuto de los Trabajadores. A ello se refiere PALOMAR OLMEDA, A.: *Función Pública. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia*. Ed.Thomson-Aranzadi. Segunda Edición. Pamplona. 2006. Págs.1299-1303. Del mismo modo, y en el ámbito de los trabajadores autónomos, la Ley 20/2007, en su artículo 15.1.g) reconoce la posibilidad de extinguir la relación contractual por decisión de la trabajadora autónoma económicamente dependiente que se vea obligada a extinguir la relación contractual como consecuencia de ser víctima de violencia de género.

³⁹⁸ GUERRERO VIZUETE, E.: *El trabajador autónomo dependiente económicamente. Un estudio jurídico laboral*. Ed. Lex Nova, Thomson-Reuters. Valladolid. 2012. Pág.220 y GARCÍA JIMÉNEZ, M, y MOLINA NAVARRETE, C.: *El estatuto profesional del trabajo autónomo: diferenciando lo verdadero de lo falso*. Ed. Tecnos. Madrid. 2008. Pág.166-167.

lo cual no siempre es así. Además, se insiste en el hecho de que, una vez reconocida la situación de víctima, ésta debe probar que las ayudas sean necesarias para su protección o que, por sus circunstancias, hayan de finalizar sus contratos laborales, lo que supone que han de probar, en primer lugar su condición de sujeto beneficiario, y en segundo que las medidas le van a ser útiles, hecho que supone el deber demostrar una vez más su situación.³⁹⁹

En definitiva, y teniendo en cuenta el artículo 17.1 de la norma, son sujetos beneficiarios “*todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, tienen garantizados los derechos reconocidos en esta Ley.*” Por tanto, ha de entenderse que para ostentar dicha condición es irrelevante la condición o no de residente y, por supuesto, la de nacional o no del estado español.

4.2. El empresario

La figura del empresario plantea muchos menos problemas que la de la trabajadora. En realidad, como viene a decir NEVADO FERNÁNDEZ, se trata de “*un sujeto destinatario de deberes*”⁴⁰⁰. Su misión en este caso responde, en el ámbito personal, al objetivo de minimizar los costes que se puedan producir por la reorganización de la plantilla o del horario de la trabajadora y, sobre todo, garantizar el cumplimiento de los derechos laborales de que goza por su condición de víctima.

El problema viene a la hora de determinar qué pasa cuando el empresario pone dificultades o no facilita el ejercicio de los derechos laborales que le corresponden a la trabajadora. En principio, ha de decirse que la LO1/2004 nada

³⁹⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *La dimensión laboral de la violencia de género :(comentario a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre) / María Fernanda Fernández López.* Ed. Bomarzo, Albacete. 2005. Pág.47 y CARRASCOSA BERMEJO, D.: *Análisis crítico de los derechos laborales y de Seguridad Social de las víctimas de violencia de género: una aproximación práctica.* RDS. Nº55. Albacete.2011. Págs.59-84 (66)

⁴⁰⁰ NEVADO FERNÁNDEZ, M.J.: *La trabajadora víctima de violencia de género. En Estudios Interdisciplinarios sobre igualdad y violencia de género.* VV.AA. Ed. Comares. 2008. Granada. Págs. 365-381 (371).

dice al respecto así como la LISOS (RD 5/2000 Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social). Podría plantearse, no sin problemas, el uso del artículo 50ET y acudir a la extinción causal en lo referente a incumplimientos graves del empresario aunque, existen ciertas complicaciones para el reconocimiento de la indemnización por despido improcedente en dichos casos. Se estará a la interpretación del juez en cada caso. La opción más viable sería entonces la de acudir al artículo 49.1.d) en la forma ordinaria de la dimisión. No obstante, esta opción es la más dañina para los intereses de la víctima de violencia de género que perderá su trabajo sin derecho a la prestación por desempleo.

En general, como se ha dicho, el tratamiento que la legislación sobre violencia de género hace respecto del empleador es bastante escasa, lo cual, a mi juicio, no deja de ser bastante criticable, si bien responde a la condición de secundario que caracteriza al empresario en este caso. Es cierto que el sujeto agredido, la mujer, es la principal víctima de este suceso y requiere especial protección. Sin embargo, el empresario, cuya responsabilidad es inexistente en este caso, merece también cierta atención, no sólo para facilitar la restitución de la pérdida de capital humano, sino también para clarificar las consecuencias que ocasionaría el incumplimiento de la Ley por parte del mismo en el supuesto de que pusiera trabas al ejercicio del derecho. Además, según el 21.3 LOVG, *“las empresas que formalicen contratos de interinidad para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia de género (...) tendrán derecho a una bonificación del 100 por 100 de las cuotas empresariales a la Seguridad Social...”*. No obstante, ha de mantenerse la crítica puesto que dicho artículo, además de ser el único referido al empresario, está dirigido únicamente a los casos de suspensión del contrato de trabajo, en ningún caso a los de extinción.

Al respecto de la responsabilidad del empleador se manifiesta SEMPERE NAVARRO, que excluye las causas organizativas que pudiera aducir la Administración para aplicar en el ámbito funcional además de reconocer que los empleadores son tenidos en cuenta por la legislación de manera indirecta y,

casi se podría decir, que negativa, en tanto en cuanto pueden ocasionar dificultades en el ejercicio del derecho de la trabajadora.⁴⁰¹

Respecto a la doctrina, existe la visión de que, pese a que el empresario es tratado de forma indirecta y casi residual, su actitud no puede ser en caso alguno, pasiva, sino que debe proceder de una forma contundente e indubitada a cumplir con todos los requisitos que exige la ley, así como facilitar en la medida de lo posible el ejercicio del derecho a la mujer, ya sea en el supuesto de extinción o en otros como la reordenación del tiempo de trabajo o la movilidad geográfica. De lo contrario, estaría atentando contra los derechos y libertades fundamentales que la legislación reconoce a un colectivo concreto.⁴⁰²

Sin embargo, insisto, nada se dice respecto del caso en que empresario y agresor sean la misma persona. En este caso, las sanciones en el orden penal son indiscutibles, pero lo que realmente se debate es qué ocurre en el ámbito laboral con el empresario que, por su condición de cónyuge o pareja sentimental de la víctima aúna las condiciones de empleador y agresor.

Se desprende, en mi opinión, que deberán operar todas las medidas que amparan la protección de la víctima en el ámbito del trabajo, si bien se trata de infracciones contenidas en la LISOS y referidas a un concepto general de trabajador⁴⁰³. No obstante, constatada la gravedad y culpabilidad de los actos cometidos mediante sentencia firme, opino que a las medidas cautelares contenidas en el 180.4LRJS, debiera acompañarse la posibilidad de extinción causal por la vía del 50.1.c) ET.

Básicamente porque cuando el ilícito es cometido dentro de la esfera de la relación laboral corresponde al empresario el asumir la responsabilidad

⁴⁰¹ SEMPERE NAVARRO, A.V.: *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales*. En *comentario a la Ley Orgánica de protección integral contra la violencia de género: aspectos jurídicos penales, procesales y laborales*. Ed.Thomson-Aranzadi. Pamplona. 2005. Págs. 87-167 (Págs.111-112)

⁴⁰² MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009. Pág.114.

⁴⁰³ RIVAS VALLEJO, M^a.P.: *La protección social frente a la violencia de género*. En *Políticas de Género*. VV.AA. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2008. Pág.239.

organizativa de las contravenciones que pudieran darse en el seno de la empresa. En el supuesto de hecho ordinario contemplado en el 49.1.m) ET el empresario queda excluido de responsabilidad respecto del hecho que causó la extinción del contrato de trabajo, por lo que no parece lógico el exigirle compensación alguna. Pero si resulta ser el empleador el responsable de tal conducta, está en efecto violando el derecho a la integridad física que asiste al trabajador en virtud del art.4.2.d) ET en relación con el art.15CE.

Así, no veo reticencias para que, una vez dictada sentencia firme, y habiendo hecho uso de las medidas cautelares que le asisten a la trabajadora, tales como la suspensión del contrato de trabajo o, incluso cesando en sus funciones con anterioridad a la sentencia condenatoria, si el perjuicio era constatable y la situación laboral insoportable, pueda obtener la empleada la extinción indemnizada basada en cualquier otro *incumplimiento grave del empresario*⁴⁰⁴, recibiendo así la cuantía prevista para los casos de despido improcedente.

En definitiva, y más allá del concepto individualista y jurídico del empresario persona física, los centros de trabajo tienen una responsabilidad que excede del ámbito económico y de la maximización de beneficios y cada vez son más los autores que exigen políticas internas⁴⁰⁵, no sólo de erradicación, sino también de prevención de la violencia de género. Este hecho, pese a no ser mencionado en la LO1/2004, sí fue contemplado en la Ley Orgánica 3/2007⁴⁰⁶. Así, el art.73 de ésta última se refiere a la *responsabilidad social de las empresas en materia de igualdad* consistente en la adopción de medidas *económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza, que podrán ser consensuadas con la representación de los trabajadores.*⁴⁰⁷

⁴⁰⁴ Así las STSJ de Las Palmas, de 28 de septiembre de 2009 (AS.2010/129) y de Andalucía, de 23 de julio de 2004. (AS.2004/1277).

⁴⁰⁵ MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009. Pág.65

⁴⁰⁶ De 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

⁴⁰⁷ En este sentido, y respecto de la importancia y aplicabilidad directa del art.73 así como de sus implicaciones respecto de los integrantes de la empresa, SENENT VIDAL, M.J.: *Artículo 73. Acciones de*

En conclusión, se trata de fomentar el diálogo social y hacer partícipes y responsables a todos los integrantes de la empresa, desde el propio empresario hasta los propios representantes de los trabajadores, mediante políticas de acción dirigidas principalmente a evitar la violencia de género en el ámbito interno de la empresa.

5. Posibles vicios de la voluntad causantes de la dimisión

En el segundo capítulo de este trabajo se han estudiado las diferentes circunstancias que pueden viciar la voluntad del trabajador a la hora de extinguir la relación laboral que le une al empresario. Se ha expuesto en esta parte que los vicios derivan de la disonancia entre la voluntad interna y la actuación externa del empleado. Teniendo en cuenta este extremo, la inmensa mayoría de las dimisiones causadas por violencia de género adolecerán de vicios de la voluntad. O visto desde otra perspectiva, todas ellas lo tendrán pero este no tendrá relación con la relación laboral sino más bien con la situación personal de la trabajadora.

No cabe duda de que el motivo por el cual la empleada deja su puesto de trabajo nada tiene que ver con la voluntad de permanecer o no en el mismo. O al menos no es la razón principal.

Se ha dicho anteriormente que existe violencia de género cuando ésta se produce de forma física o psicológica. Generalmente, suele traducirse en una acción violenta y/o intimidatoria sobre la víctima. Ambas figuras quedan recogidas en los artículos 1267 y 1268 del Código Civil de una forma paralela. En ambos casos, la conducta punible debe ser la causa principal que lleva la toma de la decisión.

El concepto de violencia o de intimidación viene recogido en el primero de los preceptos y se ha tratado con anterioridad por lo que solamente cabe añadir que

responsabilidad social de las empresas en materia de igualdad. En *Comentarios a la Ley de Igualdad*. GARCÍA NINET, J.I., GARRIGUES GIMÉNEZ, A. VV.AA. CISS. Valencia. 2007. Págs.525-534 (527).

ambas figuras “*anularán la obligación*” (art.1268) o en este caso, la renuncia de derechos que supone la dimisión del puesto de trabajo.

Más si cabe cuando, pese a que se ha dicho que la empresa no tiene responsabilidad alguna, el ordenamiento civil reconoce el vicio producido también en los casos en que sea un tercero el que cometa el ilícito. Por tanto, resulta imprescindible el referirse a la posibilidad de retractación de la trabajadora, en base a los nuevos pronunciamientos del Tribunal Supremo en esta materia.

6. La acreditación de la condición de víctima

Ser víctima de violencia de género es sin duda ser sujeto pasivo de una situación dramática. Por ello el Estado, al constatar dicha condición, debe ser garante de la protección de la mujer maltratada.⁴⁰⁸

Sin embargo, antes de entrar en los derechos que protegen a este colectivo es necesario plantearse qué requisitos debe acreditar la víctima para hacer uso de los mismos y ser beneficiaria de las garantías que ofrece la legislación.

Efectivamente, resultaría catastrófico que fuera la Administración o, más aun, la empresa quién debiera juzgar si se está ante un caso de violencia de género y en qué circunstancias, siendo lo más lógico que no sea el empleador, ya sea de carácter público o privado, quien deba determinar la condición de víctima. Ello no obsta para que, en el ámbito interno de la empresa, y como recuerda SEMPERE NAVARRO⁴⁰⁹, puedan aceptarse acreditaciones de menor valor. No obstante, es necesario resaltar que este hecho puede ser en realidad perjudicial tanto para empresario como para trabajadora, pues la legislación es muy taxativa

⁴⁰⁸ ARANDA ÁLVAREZ, E. Y OTROS AUTORES: *Estudios sobre la Ley Integral contra la violencia de género*. ED. DYKINSON. 2005. Madrid

⁴⁰⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V.: *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales*. En *comentario a la Ley Orgánica de protección integral contra la violencia de género: aspectos jurídicos penales, procesales y laborales*. Ed. Thomson-Aranzadi. Pamplona. 2005. Págs. 87-167 (109)

a la hora de señalar los documentos realmente acreditativos por lo que, una conducta extintiva por ejemplo, no sería avalada posteriormente por los tribunales de no cumplirse los requisitos formales.

Por su parte, y como requisitos para la acreditación de la condición de víctima, el artículo 23 de la LO1/2004 exige para constatar esta situación que se dicte, por parte del Juez de Guardia o de Violencia sobre la Mujer, una orden de protección o, excepcionalmente, un informe a cargo del Ministerio Fiscal.

Además, en este sentido, sí conviene aclarar que una vez acreditada la situación de la mujer mediante los medios legales, no resulta necesario probar la gravedad o el alcance del daño sufrido, dado que este se considera implícito en el mismo por su naturaleza, siendo imposible establecer una gradación de víctimas.⁴¹⁰

6.1. *La orden de protección*

La Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica introduce dicho instrumento con el objetivo de proteger a las “*víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta...*” (art.2.1.de la Ley) contra su vida o su integridad física y exista el riesgo objetivo de un daño mayor.

La Orden de Protección se dicta mediante auto que suele contener las medidas cautelares necesarias para que el objeto de un futuro juicio permanezca inalterable. Pero, en mayor medida, lo que pretende es que las acciones que dieron lugar al auto no vuelvan a repetirse. A estos efectos, el juez puede decretar medidas tales como la prohibición de aproximación, la suspensión del derecho a la tenencia de armas o de la patria potestad entre otras medidas contenidas en el art.61 y siguientes de la LO 1/2004.

⁴¹⁰ FERNÁNDEZ DOCAMPO, B.: *La protección de la víctima de violencia de género en el ET: La extinción contractual*. En *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*. Ed. La Ley. Madrid. 2012. Págs. 435-456 (450).

Para ello es necesario que el acto cometido lo sea respecto de la cónyuge o pareja con relación de afinidad con el agresor, así como descendientes, ascendientes o hermanos del cónyuge o conviviente entre otros (art.173.2CP).

Dicho acto debe responder a una conducta encuadrada dentro del Código Penal como pueden ser lesiones, coacciones o vejaciones. En resumen, han de ser ilícitos que atenten contra la vida o la integridad física o moral de la víctima.

6.1.1. Órgano competente

El Título V de la LO1/2004, además de prever la creación los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, incide en su artículo 44.1.c) en la competencia de estos a la hora de adoptar “*las correspondientes órdenes de protección a las víctimas*”. Sin embargo, dicha potestad no es exclusiva de estos Juzgados sino que también están habilitados al efecto los Juzgados de Guardia. Ello se da por el hecho de que este tipo de casos requiere simplicidad, celeridad y oralidad que no puede verse mermada por las circunstancias horarias en que se produzca el acto. Es por esta razón que, en la recepción de la solicitud, suelen intervenir ambos tipos de juzgados.

Una vez recibida la solicitud, el Juzgado habrá de convocar al Ministerio Fiscal, a la víctima o su representante, al solicitante y al agresor que, en un único acto procesal, deberá aglutinar todas las actuaciones. Dicho acto no podrá ser nunca posterior a las 72 horas siguientes a la presentación de la solicitud. Finalizada la audiencia de las partes el juez decidirá mediante auto si cabe la adopción de la Orden que, en caso de ser necesaria, será comunicada a las partes e inscrita en el Registro Central para la protección de las Víctimas de Violencia doméstica en que se anotará su contenido.

6.1.2. Solicitud

- **Ámbito subjetivo:** la orden de protección podrá ser solicitada por la víctima, el Ministerio Fiscal y el Juez de Oficio. Sin embargo, además de la víctima y según el art.544.3Ter cabrá además la solicitud por cualquier

otra persona relacionada con la víctima al amparo del 173.2 del Código Penal.

- **Ámbito objetivo:** tal y como apunta DA COSTA NEWTON⁴¹¹, de la lectura del artículo 544 de la LECrim se extrae el hecho de que, para que proceda la emisión de la Orden de Protección deben concurrir dos factores: *el “fumus boni iuris”* y *el “periculum in mora”*. En primer lugar debe quedar acreditado que existen indicios del daño producido a la trabajadora y de que éste es merecedor de la condición de víctima de violencia de género. Por otra parte, ha de demostrarse que la falta de actuación para la protección de la empleada que ha sufrido el daño puede generar un perjuicio aún mayor en el futuro que ha de ser evitado.

6.1.3. Contenido y duración

La Orden de Protección puede contener diferentes medidas dirigidas a la protección de la víctima que están contenidas, entre otras, en los arts. 64-67 de la LO1/2004. Entre ellas pueden destacarse:

- La salida obligatoria del inculcado por violencia de género del domicilio en el que hubiera estado conviviendo.
- Prohibición de aproximación del presunto agresor a la víctima, a su domicilio, lugar de trabajo o zonas frecuentadas por la víctima.
- Podrá además, el juez, suspender para el inculcado, el ejercicio de la patria potestad o la guardia y custodia, respecto de los menores a que se refiera.
- Suspensión del régimen de visitas a los descendientes y del permiso de armas, si lo tuviera, del presunto agresor.

⁴¹¹ DA COSTA NEWTON, P.C.; *Empleo y Sexismo: Medidas de Protección e Inserción Sociolaboral de las Mujeres Víctimas de Violencia de Género en el Seno de la Pareja*. Universitat de València.2009. Valencia.

Estas medidas habrán de ser acordadas mediante auto motivado que siempre deberá ser proporcional al daño causado en que intervendrá el Ministerio Fiscal y donde tendrán que ser respetados los principios de contradicción, audiencia y defensa (art.68).

Respecto de la duración de la Orden, es importante tener en cuenta la provisionalidad de la misma. Su vigencia se mantendrá mientras esté en trámite el procedimiento penal al efecto. Una vez se dicte la sentencia, será ésta la que determine las condiciones que se mantienen y las que no (art.69). Esto es porque, una vez dictada la resolución judicial, el juez ya ha tenido la oportunidad de valorar si la víctima corre algún tipo de peligro y si procede adoptar algún tipo de medida adicional o no.

Pero además de las consecuencias laborales que se derivan de la Orden y que finalizarán o no dependiendo del contenido de la sentencia posterior, existen otras de tipo penal y civil con diferentes criterios a la hora de enfocar su extensión temporal.

Respecto de las medidas civiles, la duración de las mismas es de 30 días.⁴¹² Esta duración, al ser un plazo civil, se entiende comprendida sólo por los días hábiles a *“correr desde el día siguiente a aquel en que se hubiere efectuado el acto de comunicación del que la Ley haga depender el inicio del plazo”*.⁴¹³

6.1.4. Alcance

Fuera de las medidas de ámbito laboral, conviene referirse, siquiera de forma somera ya que no es el objeto del trabajo a aquellas otras medidas que pueden instarse y, en especial, a las de tipo penal respecto de la orden de protección.

A fin de conocer el alcance temporal de la misma acostumbra a utilizarse en este sentido, el criterio de la finalización del procedimiento penal. Ni que decir tiene, tal y como apunta CHIRINOS RIVERA, que la inseguridad jurídica que ello

⁴¹² Art. 544.7ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal incorporado por el art. 2.7. de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica.

⁴¹³ Arts. 130 y 133 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero

acarrea es mayúscula. De un lado, es evidente que para la víctima supone un problema no saber la duración exacta de las medidas que le protegen. De otro, la Orden de Protección supone una clara limitación de derechos del denunciado que puede mantenerse durante un largo período de tiempo y que le afecta de manera personal y patrimonial.⁴¹⁴

La Orden, en cualquier caso, debe incluir en su contenido la fecha de inicio y de cese de sus efectos. No obstante, su duración podrá ser modificada si las circunstancias así lo exigen. Finalmente, si la sentencia fuera condenatoria podrá convertirse dicha Orden en una medida ejecutiva. En cualquier caso, su duración dependerá siempre de la existencia o no de sentencia.

6.2. *Las medidas cautelares y la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*

No obstante, y pese a todas las modificaciones operadas, tanto por la LOVG como por la Ley de Igualdad, resultaba necesario que se regulara en el ámbito legislativo y procesal cuáles eran las medidas cautelares que podían adoptar los jueces para proteger a la víctima, ya acreditada a mayor abundamiento, y que el procedimiento pudiera llegar a su fin con las mayores garantías posibles.

Así, el legislador, dentro del artículo 180 de la LRJS⁴¹⁵, introdujo un apartado cuarto dedicado exclusivamente a los supuestos de acoso y de supuestos relativos a víctimas de violencia de género. En él se contienen medidas tales como la suspensión del contrato de trabajo, el traslado de centro, la exoneración de la prestación de servicios así como la reordenación o reducción del tiempo de trabajo. No se trata en caso alguno de un *numerus clausus* sino de una lista ejemplificativa, hecho que refleja la expresión y *cuantas otras tiendan a preservar la efectividad de la sentencia*.

En este sentido, el precepto también compele al juez a ordenar medidas, no sólo en favor de la víctima, sino también concernientes a la figura del agresor,

⁴¹⁴ CHIRINOS RIVERA, S.: *La Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. Cuestiones prácticas y básicas en torno a la Ley. Ed. Tirant lo Blanch. 2010. Valencia

⁴¹⁵ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

entiendo que para situaciones en que éste formara parte de la misma empresa, debiéndose dar audiencia al interesado en cualquier caso.

Resulta curioso, respecto de este supuesto, que haya sido extrapolado, al ámbito de la extinción causal, a la que se hará referencia en la segunda parte de este trabajo, puesto que, en base al 79.7LRJS, las medidas contenidas en el citado artículo 180 podrán ser aplicadas también a este supuesto.

La identidad de ambos supuestos radica en la situación insoportable que padecen ambos sujetos, si bien en el caso de la extinción ex art.50 concurre el agravante de que el causante del mismo será el empresario, situación que puede o no producirse aquí. En cualquier caso, se trata de no forzar al trabajador o trabajadora a permanecer en su puesto de trabajo y, sobre todo, a evitar los efectos perjudiciales que una eventual dimisión tendría en ambos supuestos, otorgando mayor seguridad jurídica a ambas situaciones en espera de las respectivas sentencias.

6.3. Informe del Ministerio Fiscal

Como se ha dicho, excepcionalmente se acepta para la declaración de la condición de víctima de violencia de género el informe del Ministerio Fiscal, que acredite los indicios que llevan a pensar objetivamente que puede existir un ilícito de este tipo.

La importancia de este hecho es mucha dado que en ocasiones la víctima decide no denunciar o perdonar a su agresor por los delitos cometidos. No obstante, la figura del Fiscal puede ser aquí de gran importancia y así lo ha entendido el legislador que, desde la Circular 1/1998 de 21 de octubre de la Fiscalía General del Estado, obligó a designar en cada Fiscalía un miembro de dicho cuerpo dedicado exclusivamente a casos de violencia de género.

El conocimiento especializado de éstos y la mayor rapidez para la redacción del informe en relación con la orden de protección hacen que esta herramienta tenga

vital importancia y consiga habilitar todas las medidas sociales de que dispone la víctima.⁴¹⁶

No obstante, no ha de olvidarse en ningún caso el hecho de que el informe del Ministerio Fiscal, aunque válido, no deja de ser excepcional, tal y como indica el art.23 LOIVG y operará siempre en defecto de la orden de protección.⁴¹⁷ En realidad, lo único que pretende dicho informe es cubrir el período de tiempo que transcurre entre la solicitud de la Orden y su emisión por parte del juez. De esta forma, la víctima podrá hacer uso de los derechos que otorga esta condición. Una vez emitida la resolución por parte del Juez de Guardia o de Violencia sobre la Mujer, será ésta la que determine el nuevo régimen al que habrá de atenerse. De este modo, si se decide que la solicitante de la Orden no acredita indicios suficientes para gozar de esta condición, el informe del Ministerio Fiscal quedará anulado.

7. La exclusión del despido

En el capítulo segundo de este trabajo se ha hablado ya de la posibilidad del despido por parte del empresario de un trabajador dimisionario. Al respecto se llega a la conclusión de que, en período de preaviso, el contrato permanece vigente por lo que cualquier acción extintiva tiene la misma validez en este momento que en cualquier situación anterior. Los motivos serán exactamente los mismos que si no se conociera la fecha de finalización del contrato de trabajo. Cabe plantearse ahora si tal situación existe en los casos de violencia de género.

La primera cuestión sobre la que debe reflexionarse es que en muchas ocasiones esta situación no se dará puesto que el preaviso exigido para la dimisión ordinaria del trabajador no operará de la misma forma que en la extinción *ad nutum* corriente. Sin embargo, es una posibilidad que debe valorarse.

⁴¹⁶ BALLESTEROS MORENO, C.: en “*Estudios sobre la Ley Integral contra la violencia de género*”...

⁴¹⁷ Instrucción núm.2/2005 de la Fiscalía General del Estado (Ar.2005/61994)

Por otra parte, ya se ha expuesto con suficiente rotundidad que no se está ante un caso ordinario sino ante un sujeto en posición de debilidad o que afronta una situación personal muy complicada. Es por ello que el legislador trata de proteger a la víctima de este agravio. En concreto, la LO 3/2007 introdujo modificaciones que revirtieron en la adhesión al artículo 55.5ET y el 108.3LPL en relación con los supuestos de nulidad recogidos en el 108.2 de la misma norma, de algunos preceptos susceptibles de ser declarados nulos. Entre ellos, el párrafo segundo indica que será nulo el despido “*de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, así como de modificación y suspensión de la relación...*”. Por tanto, debe concluirse que el despido de una trabajadora víctima de violencia de género es viable sólo en ciertos casos. Se trata con ello de flexibilizar la relación laboral para intentar que la víctima mantenga su puesto de trabajo.

Por otra parte, en el punto anterior se han tratado las faltas de asistencia derivadas de la violencia de género.

Caben a estos efectos dos tipos de despido:

- a) Despido por causas objetivas habilitado por el art.52.d ET.

En el primero de los casos se hace referencia a un cómputo determinado de faltas. Sin embargo, el dato relevante del artículo 52.d) ET es que, pese a incluir en este grupo las faltas justificadas, exceptúa ciertos casos y, entre ellos, concretamente el derivado de la violencia de género, por lo que, junto con la Orden de Protección o el Informe del Ministerio Fiscal, serán suficiente para que quede excluida la posibilidad de despido por causas objetivas. Sin embargo, y dado que el ámbito de la exclusión de extinción por ausencias ya ha sido tratado con anterioridad, no me extenderé más en este sentido.

b) Despido disciplinario al amparo del 54.ET

Respecto del despido disciplinario, el Tribunal Supremo indica que hay que acudir a cada caso para interpretar las causas que llevaron al empleado/a a cometer la infracción por la que se le pretende sancionar.⁴¹⁸

Es lo que se ha llamado teoría gradualista que exige una interpretación restrictiva respecto de la potestad sancionadora que da como resultado el despido. Según esta doctrina, la sanción disciplinaria requiere del empresario, o en su defecto, del juez, de un análisis de la conducta del trabajador concreto ponderando la gravedad y la culpabilidad que intervienen en el mismo.⁴¹⁹ A la vista de esta doctrina y de los argumentos dados, parece poco probable que las faltas justificadas por violencia de género puedan generar el resultado de despido disciplinario.

En conclusión, el efecto principal que generarán los despidos englobados en el artículo 108.2 de la Ley de Procedimiento Laboral⁴²⁰ será la nulidad cuyo efecto básico es la inexistencia del despido. No sólo eso, la trabajadora habrá de ser readmitida de inmediato en su puesto de trabajo y deberán serle abonados los salarios dejados de percibir desde el momento de la extinción.

Así, respecto del despido disciplinario y sus posibles efectos es necesario acudir a la Ley 39/1999, de 5 de noviembre⁴²¹. Y ello no realmente porque dicha norma se refiera al supuesto de las víctimas de violencia de género. En realidad, su redacción va dirigida al colectivo de mujeres embarazadas que hagan ejercicio de

⁴¹⁸ STS de 6 de julio y de 13 de abril de 1987(RJ.1987/5087 y RJ.1987/2412) y de 2 de julio de 1986 (RJ.1986/3927)

⁴¹⁹ STS de 16 de mayo de 1991(RJ.1991/4171);STS de 20 de abril de 2005 (RJ.2005/3532); de 14 de mayo de 2008 (RJ.2008/5084); de 23 de octubre de 2009 (RJ.2009/5733) y de 19 de julio de 2010 (RJ.2010/7126)

⁴²⁰ Artículo que se traslada de forma literal, en lo correspondiente a la mujer víctima de violencia de género al nuevo 108.2.b) de la LRJS, 36/2011, de 10 de octubre, y en el que se establece que ninguna trabajadora podrá ser despedida por hacer uso de los derechos que le son propios respecto *de* (la) *reducción o reordenación del tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores.*

⁴²¹ Ley 39/1999, de 5 de noviembre, sobre conciliación de la vida familiar y laboral.

los derechos de permiso o excedencias en relación la conciliación de la vida familiar. En este sentido, los efectos de un ulterior despido disciplinario son únicamente dos, excluyéndose la posibilidad de improcedencia. De tal forma, la extinción será considerada procedente en el supuesto de que el empresario pueda acreditar los motivos que le llevaron a tomar tal decisión, mientras que será declarado nulo en caso de que no pueda hacerlo. Pues bien, ese mismo criterio es el que ha utilizado la LOVG, a fin de acotar los supuestos de despido disciplinario, excluyendo a aquellas trabajadoras que hicieran uso de los derechos de que disponen en base a la propia ley.⁴²²

Todo ello al amparo de los art.53.4.b) y 55.5. ET que consideran nulos los despidos por causas objetivas y disciplinarios (respectivamente) que *tuvieran como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.*

Con ello no se está queriendo decir que la trabajadora no pueda ser despedida por ninguna causa. En mi opinión, lo que el legislador quiere decir es que la trabajadora víctima de violencia de género es un sujeto a proteger por la especial situación que padece, y los supuestos extintivos que podrían darse en este sentido responden más a determinadas actitudes que puede llevar a cabo relacionados con supuestos ajenos a la situación de víctima, como pudiera ser un despido disciplinario o por causas objetivas, no motivado en los aspectos que se han tratado anteriormente. VIDA SORIA hace hincapié en lo alejado de la situación respecto de la dimisión ordinaria lo que justifica la diferencia de criterios a la hora de establecer esta normativa.⁴²³

Lo que se establece, de esta manera, es una suerte de presunción de nulidad para los sujetos indicados en el artículo 55, ya que el último apartado del citado precepto indica que lo establecido *será (como regla general) de aplicación, a*

⁴²² Así lo recuerda SEMPERE NAVARRO, A.V.: *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género:...* Págs. 87-167 (149)

⁴²³ VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.: *Manual de Derecho del Trabajo*. Cuarta Edición. Ed. Tecnos. Madrid.2006. Págs. 591 y 607

excepción de que sea probada la procedencia del despido y los motivos sean ajenos a lo dispuesto en él. En realidad, la redacción del propio artículo es discutible en tanto en cuanto parece estar dirigido únicamente a los supuestos de embarazo. Sin duda, y pese a que la aplicación es de carácter general para todas las causas englobadas en él, la ejemplificación referente únicamente a *motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados* pueden inducir a error. Error que entiendo subsanado por el hecho de que sea utilizada la expresión de *las letras anteriores*, en relación con todos los supuestos del precepto.

Sin embargo, lo que sí parece indiscutible es la presunción de nulidad *Iuris Tantum* respecto de estos tipos de despido y la carga de la prueba del empresario para demostrar la procedencia del mismo.

Concluyendo, la reforma operada por la LOVG en el artículo 55.5.ET supone la exclusión del despido en el ejercicio de los derechos que le son propios, en base a la propia Ley, y a lo dispuesto en la LRJS por lo que lo que se establece es una suerte de garantía de indemnidad para con la empleada.

A estos efectos se planteó el debate de si, de acuerdo con el articulado, aquellas mujeres que no hubieran hecho uso de las medidas que la legislación ofrece, quedarían fuera de esta protección. La controversia surge más por una interpretación estricta del sentido literal del precepto que por una verdadera discusión al respecto. Reconocer que una trabajadora, que además ha acreditado su condición de víctima, no es beneficiaria de los beneficios legales derivados de las medidas de que dispone, aun no haciendo uso de ellas, constituiría una grave antijuridicidad, ya no sólo laboral, sino constitucional, dado que se incurre en trato discriminatorio.⁴²⁴

En cualquier caso, y pese a las ventajas que supone la garantía de indemnidad, ésta no se puede comparar con la que, por ejemplo, ampara a la mujer

⁴²⁴ ARAMENDI SÁNCHEZ, P.: *Los aspectos laborales de la Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*. Revista de Derecho Social. N°30. 2005. Págs.69-71.

embarazada. Ello es así porque en el caso de esta última es indiferente si el empresario conocía o no el estado de su empleada en el momento del despido, deviniendo nulo en cualquier caso, mientras que en los supuestos del 49.1.m) ET, ésta deberá probar que el empresario conocía esta situación, con las dificultades que ello conlleva y las repercusiones de carácter social que supone el comunicar a la empresa la condición de víctima.

8. Las faltas de asistencia y la extinción

A menudo, cuando se dan este tipo de sucesos, la primera reacción por parte de la trabajadora es la de dejar su puesto de trabajo. Como se ha comprobado en la extinción voluntaria ordinaria, existe una delgada línea que separa al abandono del puesto de trabajo de las faltas injustificadas. De hecho, la interpretación en uno u otro sentido suele responder más a la valoración que los tribunales hagan en cada caso concreto. Así, el riesgo que sufre la trabajadora en este sentido, de acuerdo con el 54.2.ET, que contempla las faltas repetidas e injustificadas como motivo de despido disciplinario, es innegable. Y ello, como ya es conocido, supondría un grave perjuicio para la trabajadora cuya situación personal ya es de por sí difícil.

Pero más allá de la diferencia entre faltas de asistencia reiteradas y el propio abandono del puesto de trabajo, existe la dificultad a la hora de diferenciar entre estas y los simples retrasos al puesto de trabajo.⁴²⁵ En efecto, la legislación acostumbra a tratar faltas y retrasos de una manera conjunta a pesar de que, en primer término, una conducta parece claramente más gravosa que la otra.

⁴²⁵ Algunos autores van más allá diferenciando únicamente entre ausencias que suponen la pérdida del empleo y aquéllas que permiten conservarlo. Efectivamente, el concepto “ausencia” supone una útil herramienta a la hora de aunar términos ya que, en esencia, la naturaleza, tanto de la falta como del retraso en la incorporación del trabajador a su puesto es la misma, si bien con un ámbito temporal distinto y con algunas matizaciones, ya que por ejemplo los retrasos no permitirían en caso alguno hablar de abandono del puesto de trabajo, por ejemplo. A este respecto puede destacarse a PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Ausencias al trabajo y absentismo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009. Pág.12

En cualquier caso, debe entenderse como falta al puesto de trabajo la conducta de aquel trabajador que no acude en ningún momento durante la jornada de trabajo, mientras que será considerado impuntual el trabajador que llegue con retraso a su puesto de trabajo respecto del horario pactado, o lo abandone antes del fin de su jornada laboral.⁴²⁶

Por tanto, y tal y como recoge la exposición de motivos de la LOVG las medidas adoptadas por dicha ley van en una doble dirección: por una parte, facilitar su acceso al mercado laboral, ya de por sí complejo para la mujer ante las desigualdades existentes, y por otro, la conservación del puesto de trabajo para aquellas empleadas que ya lo posean y cuya situación personal pueda afectarles, no únicamente al rendimiento, sino en general al desempeño de su labor en la empresa.⁴²⁷

8.1. Faltas de asistencia y despido por causas objetivas

Por otra parte, el art.52.d) habla de *faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes*, en lo que sería un caso de despido por causas objetivas y se atiende al índice de ausencias del conjunto de la empresa.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que la trabajadora queda subordinada en su relación laboral al poder de dirección y organización del empresario según el artículo 1ET. Sin embargo, el ser objeto de violencia de género puede generar la imposibilidad de cumplir adecuadamente con las obligaciones contractuales, ya sea de una manera total o parcial. A estos efectos DA COSTA NEWTON diferencia entre ausencias e impuntualidades, en caso de que el daño causado

⁴²⁶RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: *La protección de la víctima de en el ET (IV) las ausencias al trabajo y su relación con el despido*. En *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*. Ed. La Ley. Madrid. 2012. (Págs.415-434). También RUBIO DE MEDINA, M.D.: *El despido disciplinario*. Ed. Bosch. Barcelona.2000. Pág.15

⁴²⁷ Al respecto de la doble intencionalidad de las medidas operadas por la LOVG, MELLA MÉNDEZ, L.: *La extinción del contrato de la trabajadora por violencia de género*, en *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*. VV.AA. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. Págs.369-388 (371).

impida a la trabajadora acudir a su puesto a lo largo de la jornada de trabajo o, mente, le suponga un retraso o interrupción de sus funciones.⁴²⁸

No obstante, opino, la aplicación de ambos preceptos a esta situación debe tratarse con especial atención.

En un ámbito general se debe ser aun más escrupuloso con aquellos empleados con dificultad o impedimento ajeno a su voluntad, ya que no existe una conducta dolosa o responsable por su parte, sino más bien un perjuicio que le impide acudir a su puesto de trabajo.

Así lo entiende el propio Estatuto de los Trabajadores, que en el segundo párrafo del art.52.d) exceptúa de este cómputo casos tan dispares como el ejercicio del derecho de huelga, accidentes de trabajo, maternidad... No parece complicado entender que, dentro de esta lista de excepciones, quede comprendida la que atañe a las ausencias causadas por la violencia de género.

El propio artículo regula que cabrá despido en los supuestos en que se alcancen el 20 por 100 de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos o el 25 por 100 en cuatro meses alternos, siempre que el absentismo total de la plantilla supere el 5 por 100 en los mismos períodos de tiempo.

Así, y para poder aplicar la justificación de dichas ausencias, la LO1/2004, en su artículo 21.4, expone que no entrarán en el cómputo “*Las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género*”. Estas faltas serán consideradas justificadas.

Finalmente, existen otro tipo de ausencias que la LOVG justifica de igual forma. No son en sí mismas faltas o retrasos directamente relacionadas con la situación física o psicológica de la víctima, pero sí estrechamente ligadas a su situación personal. Se trata de aquellos supuestos en que la víctima debe realizar acciones propias de la situación que padece.

⁴²⁸ DA COSTA NEWTON, P.C.; *Empleo y Sexismo: Medidas de Protección e Inserción Sociolaboral...*

Ejemplo de ello es la interposición de denuncias, el acudir al médico, ya sea para constatar su situación o incluso para justificar las ausencias, así como todos los trámites jurídicos que incluyen declaraciones o comparecencias en el juzgado, como ejemplos más representativos.⁴²⁹

En definitiva, de lo que se trata es, siempre que sea posible, de facilitar la vida laboral de la trabajadora y de ayudarla a conservar su puesto de trabajo en la medida en que, a su situación personal gravosa, no se una la pérdida del empleo, fuente principal de ingresos en la mayoría de los casos.

8.2. *Requisitos para la justificación*

A pesar de la salvedad que realiza la legislación y la protección que ofrece a las víctimas de violencia de género, ésta no supone una habilitación ilimitada. Para que opere la excepción de la LOVG se exige, como requisito indispensable, que tales ausencias y su justificación sean constatadas por los servicios sociales o de salud. Además, en la transposición de este precepto a la normativa laboral, se hace una importante aclaración mediante una breve descripción de lo que debe considerarse supuesto de hecho. En concreto, debe tenerse en cuenta la “*situación física o psicológica derivada de violencia de género (...)*”. Si bien es cierto que la primera es más fácilmente constatable que la segunda, no parecen en sí requisitos abusivos dado que el supuesto de hecho ya posee en sí mismo la suficiente relevancia como para afectar a estos dos ámbitos de la personalidad.

De este modo se extraen tres puntos que van a determinar la justificación de las faltas de asistencia:

- a) Que sea física o psicológica: lo que supone una superación del mero daño físico y atiende a motivos que exceden de las agresiones corporales.

⁴²⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *La dimensión laboral de la violencia de género*. Ed. Bomarzo. Albacete. 2005. Pág.61.

- b) Que exista un nexo causal. Es decir, que se haya producido una situación de violencia de género y que ésta haya sido la causa determinante de la no presentación en su puesto de trabajo.
- c) Que tal agresión sea constatada por los servicios sociales o de salud. Se configura este punto como requisito básico por lo que, a efectos laborales, una ausencia no está justificada hasta que es constatada por alguno de estos dos servicios. Mientras tanto, las ausencias computan como injustificadas. No resulta ninguna diferencia, de este modo, de cualquier otra lesión ordinaria producida fortuitamente que debe ser acreditada por los servicios médicos.

En este sentido, existe una peculiaridad puesto que, si para acceder a la prestación de desempleo era necesaria una orden de protección y un documento que acreditara la finalización de la relación laboral, aquí la situación es distinta, ya que lo que se pretende es la permanencia del contrato o la justificación de un incumplimiento contractual, y no su extinción.

Es por ello que el 21.4 de la LOIVG hace una exigencia diferente que se traduce en dos exigencias:

- d) Justificante expedido por los servicios sociales o de salud. A este respecto, nada que añadir, será necesaria la acreditación por el servicio correspondiente.
- e) Sin embargo, sí existe debate acerca de un requisito que pudiera llamarse de buena fe, no por el hecho de que se exija la comunicación a la empresa, sino por el hecho de que se pida que sea con la mayor brevedad, a efectos sin duda de disminuir a la mínima expresión los daños organizativos que pudieran causársele a la empresa.

Respecto de las faltas de asistencia, la jurisprudencia suele exigir, en la medida de lo posible, la comunicación previa de las mismas. No obstante, hay que recalcar que también permite, en casos de imposibilidad manifiesta, que tal comunicación se produjera después.⁴³⁰ En base a la jurisprudencia citada, cabe en mi opinión la comunicación posterior al acto, dado que el acto es precisamente el que genera la falta de asistencia o la impuntualidad. No obstante, la omisión de este requisito sí constituye una infracción. El hecho de que se otorgue una licencia (al contrario que en los casos de incapacidad temporal) que permita comunicar la situación con posterioridad no es sinónimo de falta de comunicación. El empresario tiene derecho a conocer la razón que ha llevado a su empleada a ausentarse de sus obligaciones laborales. Por lo tanto, la falta de comunicación sí podría acarrear, en mi opinión, un incumplimiento grave que facultaría al empleador a optar por el despido disciplinario del 54.2ET. No así, por supuesto, la acreditación tardía o posterior dadas las especiales circunstancias en que se encuentra la víctima.

Respecto del ámbito subjetivo, dicho precepto no hace uso de la expresión “víctima de violencia de género”, por lo que se desprende que la justificación de este tipo de faltas va dirigida no sólo a aquellas mujeres que tengan reconocida esta condición, sino también a víctimas ocasionales o a las que todavía no se les ha concedido la orden de protección.

En este sentido, los artículos 259 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal enuncian la obligación de cada individuo de denunciar los delitos de naturaleza pública por razón de su profesión u oficio. En concreto, el personal sanitario debe poner en conocimiento del Juzgado de Guardia correspondiente aquellos sucesos de los que tengan noticia y que vengán relacionados con la violencia sobre la mujer por parte de su pareja. Ello se realiza, tal y como

⁴³⁰ STS de 23 de junio de 1986 (RJ.1986/3705) y STSJ C. Valenciana de 2 julio de 1999 (AS.1999/4843).

recuerda MARTÍNEZ GARCÍA, a través de la notificación al Juzgado del parte de lesiones e informe médico correspondiente.⁴³¹

MENÉNDEZ SEBASTIÁN Y VELASCO PORTERO⁴³² hablan de protección puntual y protección integral. Como requisitos para que se dé esta última contemplan que la asistencia debe darse tanto a la víctima ocasional que acude al centro médico tras la agresión aunque no denuncie al agresor, como a aquella que sí haya emprendido acciones legales pues ambas han sufrido agresiones por las cuales les ha sido imposible acudir a su puesto de trabajo sin agravar su estado de salud.

En conclusión, las faltas de asistencia son consideradas por la legislación (en el caso de la violencia de género), como una consecuencia directa de una agresión que no puede dar lugar al despido. Sin embargo, tampoco debe caerse en el abuso. Es por ello que, lo que realmente se protege son los casos de incapacidad temporal que puedan producirse, así como aquellas faltas en que la trabajadora se dedique a cuestiones relativas a “*gestiones diversas relacionadas con su propia condición*”.⁴³³

En el siguiente punto se tratarán las situaciones de despido, entre cuyos casos se valorará la procedencia respecto de las ausencias justificadas.

9. La retractabilidad en el concreto supuesto de abandono

El acto dimisorio responde a una exteriorización de la voluntad interna del trabajador/a de finalizar su relación laboral con la empresa para la que prestaba sus servicios hasta el momento. La STS de 21 de noviembre del 2000 indica que

⁴³¹ GÓMEZ VILLORA, J. M^a; YAGÜE RIBES, A.I.; MARTÍNEZ GARCÍA,E: *Protocolos sobre violencia de género*. Cap.8: *protocolos sobre intervención del personal sanitario en la detección y prevención de la violencia de género*. Pág. 180. Ed. Tirant lo Blanch. 2008. Valencia

⁴³² MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. Y VELASCO PORTERO, T.: *La incidencia de la violencia de género en el contrato de trabajo*. 2006. Madrid

⁴³³ MUERZA ESPARZA, J.; SEMPERE NAVARRO, A.V.; ÍÑIGO CORROZA, E.: *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género (Aspectos Jurídico Penales, Procesales y Laborales)*. Ed. Thomson Aranzadi. 2005. Navarra. Pág.147

*“el negocio jurídico, sobre todo en su modalidad o variedad contractual, se integra, como elemento esencial del mismo, por la voluntad de quien o quienes en el mismo intervienen. Tal voluntad ha de ser exteriorizada o manifestada, a través de signos que permitan conocer su existencia y conseguir el resultado social a que va encaminada.”*⁴³⁴ Del mismo modo, la propia sala ha indicado que, de manera expresa o tácita deben exponerse con claridad los motivos o razones que llevan al trabajador a tomar la decisión de extinguir la relación laboral.⁴³⁵

Así, hasta hace bien poco venía aplicándose la regla de la irrevocabilidad de la dimisión como acto unilateral y voluntario del trabajador. En los casos de violencia de género ocurría de la misma manera como puede observarse en la Sentencia del TSJ de Castilla y León, de 10 de agosto de 2006.⁴³⁶ En dicha resolución se trataba el caso de una trabajadora víctima de violencia de género que comunicaba a la empresa su voluntad de dimitir, de manera expresa, para acogerse al programa de empleo de un centro de acogida a mujeres víctimas de violencia de género. Posteriormente la trabajadora decidía retractarse y pretendía volver a su puesto de trabajo. Ante la negativa de la empresa, la trabajadora solicitó la declaración de despido improcedente que, por las razones expuestas, no fue aceptada.

Sin embargo, la STS de 1 de julio de 2010⁴³⁷ (tratada con profundidad en el capítulo tercero), da un giro a la jurisprudencia que se había estado manteniendo. En el fallo, el Tribunal considera que el período de preaviso no opera únicamente a favor del empresario a la hora de dimitir, sino que también lo hace a favor del trabajador. De este modo, y atendiendo al hecho de que el contrato está plenamente vigente durante este período, da la razón al empleado que se retracta antes de la finalización del contrato. La sentencia es muy significativa pero compleja en lo que a violencia de género se refiere.

⁴³⁴ RJ.2001/1427

⁴³⁵ STS 3 junio 1988 (RJ.1988/ 5212) y STS DE 10 de diciembre de 1990 (RJ.1990/9762)

⁴³⁶ AS.2006/3396

⁴³⁷ RJ.2010/396518

En mi opinión, la nueva jurisprudencia emanante del Tribunal Supremo será difícilmente extrapolable en la mayoría de los casos en que exista maltrato a la trabajadora. Y ello por la propia naturaleza de los supuestos de dimisión ordinaria y por violencia de género. Mientras que el artículo 49.1.d) exige un período de preaviso (no importa la duración del mismo), el apartado m) no lo hace por lo que no existe ese lapso de tiempo que da lugar a la revocabilidad. Es decir, la única obligación de la trabajadora dimisionaria víctima de este tipo de violencia es la comunicación al empresario de su decisión, que se hace efectiva de manera inmediata por lo que la extinción del contrato de trabajo es, en principio y salvo que ambas partes pacten dicho período, inmediata. Ante esta situación el TS no se pronuncia dado que la Sentencia antes citada: 1) se pronuncia en supuestos de dimisión ordinaria; 2) basa mayoritariamente su argumento en que el contrato sigue vigente en el período de preaviso, situación que no se da en este caso.

Si se quisiera trasladar este fallo a los supuestos de violencia de género se encontraría alguna dificultad. Básicamente, el problema se hallaría en el hecho de que, al no ser exigible ningún plazo de preaviso, la mayoría de los contratos quedarían extinguidos desde la comunicación de la trabajadora.

No obstante, cabe la posibilidad de que ésta decidiera voluntariamente (que no obligatoriamente), emitir una declaración extintiva que sí contemplará un período entre la comunicación y la verdadera finalización. En este caso, evidentemente, sí cabría la retractación en base a los motivos de la sentencia puesto que, al respetarse el citado plazo, se cumpliría el requisito del 49.1.d) y la relación permanecería vigente tras la emisión de dicha voluntad.

En este sentido, por tanto, parece claro que la única posibilidad de retractación existente deriva de la posible existencia de vicios de la voluntad que, de demostrarse dieran como resultado la nulidad de la declaración y la reposición en las anteriores condiciones.

Precisamente para evitar estas situaciones la LOVG previó otras medidas menos traumáticas tendentes a la conservación del puesto de trabajo y que ya han sido enumeradas con anterioridad, tales como la suspensión o la reordenación del tiempo de trabajo, si bien ello no es siempre posible, motivo por el cual se han previsto también consecuencias diversas para la extinción vía 49.1.m), con respecto a la dimisión ordinaria.

10. Causas y consecuencias de la extinción *ad nutum*

10.1. Causalidad

En primer lugar, la supuesta causa a la que se atribuye la dimisión no es en realidad una verdadera causa laboral. La única posibilidad de que pudiera aducirse este hecho sería que el maltratador fuera a la vez superior jerárquico de la trabajadora y cónyuge de la víctima como ocurre en el caso resuelto por sentencia de 28 de septiembre de 2010 del TSJ Islas Canarias⁴³⁸. De ser así, se estaría ante un caso de acoso laboral y, efectivamente, la trabajadora podría denunciar a su agresor, finalizar su relación laboral e incluso obtener una indemnización por daños y perjuicios. No suele ser este el caso por lo que, atendiendo al tenor literal del artículo, debe entenderse que empleador y empleada no tienen relación más allá del ámbito laboral. Por tanto, la empresa carece de responsabilidad en la decisión de la trabajadora y es absolutamente ajena a los motivos que han dado lugar a la toma de dicha decisión.

En segundo lugar, el propio Estatuto de los Trabajadores hace una clara distinción ubicando el precepto dentro del artículo 49, y no del 50. La diferencia básica entre uno y otro radica en que, en el primero, los supuestos de extinción no llevan aparejado incumplimiento alguno por parte del empresario, sino más bien sucesos sobrevenidos o pactados por contrato. Al contrario, el artículo 50 recoge únicamente extinciones causales, en que se valora el incumplimiento por

⁴³⁸ AS.2010/129

parte de la empresa en materia de abono de salarios, modificaciones sustanciales, o cualquier otro incumplimiento grave.

Por último, cabe decir que la dimisión causal amparada en el citado artículo, debe ser concedida por el juez. El trabajador deberá probar el incumplimiento ante los tribunales. En este caso, no obstante, quien debe probar la causa son los servicios de salud que constatarán el estado de la supuesta víctima de maltrato. Para ello, es innegociable la presentación por parte de la trabajadora de la orden de protección o, excepcionalmente, el informe del Ministerio Fiscal para la concesión de este tipo de extinción. Así lo entendió de forma muy taxativa el TSJ del País Vasco en sentencia de 2 de febrero de 2010.⁴³⁹

La diferencia básica con la dimisión puramente entendida es, por tanto, que pese a considerarse una extinción unilateral, sí concurre una causa, si bien no imputable al empresario.

Es por ello que, al referirnos a este asunto, lo haremos desde el punto de vista de la dimisión sin causa, si bien con algunos matices respecto de la figura contemplada en el 49.1.d., tanto en su ejecución como en sus consecuencias.

10.2. Consecuencias de la extinción ad nutum en víctimas de violencia de género

En esta parte del trabajo investigador se observan y estudian los casos de extinción del contrato de trabajo por mera voluntad del trabajador sin existir causa alguna. Efectivamente, podría pensarse que, dado que existe una causa (la violencia de género), que asiste a la empleada a rescindir su contrato, se estaría ante una extinción causal y, por tanto, fuera del objeto de estudio. No debe caerse en tal error. Sin embargo, tal causalidad es muy discutida y discutible, como se ha visto con anterioridad al analizar la fundamentación de la figura extintiva, no concurriendo verdaderas causas laborales que se desprendan del propio contrato de trabajo u otras fuentes de tipo laboral. Lo que pretende el ordenamiento con la diferenciación de los diversos supuestos dimisorios no es más que evitar los

⁴³⁹ AS.2010/926

*efectos perniciosos*⁴⁴⁰ que una situación tan claramente antisocial como la violencia de género produce.

Como ha podido observarse, en el capítulo tercero de este trabajo se han expuesto los diferentes efectos que tienen lugar tras la comunicación de la dimisión por parte del trabajador. En el caso de la extinción del 49.1.m. existen algunas diferencias.

No cabe duda de que, al igual que en la dimisión ordinaria, el efecto más relevante es la extinción del contrato de trabajo. La finalización del contrato instada por una víctima de este tipo de delito obtendrá la rescisión del vínculo que le unía con la empresa en que venía prestando sus servicios. Sin embargo, no se trata de dos figuras análogas sino que cada una tiene sus características propias:

- En el artículo 49.1.d. se exige la mediación de un preaviso para la correcta finalización de la relación laboral. De lo contrario, se está ante un abandono, figura no contemplada por el Estatuto de los Trabajadores, y que supone una vulneración del principio de buena fe que, aun manteniendo los efectos típicos extintivos, puede derivar en una sanción por daños y perjuicios. En este caso, no obstante, se está hablando de una situación límite en que las características de la trabajadora dimisionaria impiden, a efectos prácticos, establecer un período de preaviso. Por tanto, la falta del mismo no supondrá para la empleada ningún tipo de sanción. Se trata, como indica BLASCO PELLICER, de una dimisión cualificada.⁴⁴¹
- Además, existen otro tipo de peculiaridades entre las que destaca la relativa al desempleo. Esta circunstancia será tratada en epígrafes posteriores.

⁴⁴⁰ GOERLICH PESET, J.M.: *La extinción por libre desistimiento...* 2011. Pág.326

⁴⁴¹ BLASCO PELLICER, A.: *Medidas laborales y de Seguridad Social en la protección integral contra la violencia de género*. En: Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana. Ed: Tirant lo Blanch. Nº 17. Enero 2006. Págs. 103-116. 111-112. Valencia

10.2.1. Violencia de género y desempleo

La dimisión, al ser considerada una acción unilateral y voluntaria, no genera el derecho al desempleo, pues se entiende que se ha renunciado al derecho a trabajar que, según el artículo 35CE, es, a su vez, un deber. Es por ello que el artículo 208 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) indica que no se considerará en situación legal de desempleo a aquellos que cesen voluntariamente en su trabajo. Por tanto, lo mismo debiera ocurrir en este supuesto dado que la empresa en nada participa de la decisión adoptada.

Sin embargo, ya se ha dicho, no se está ante un clásico tipo de dimisión y lo que se trata es de proteger a un colectivo especialmente vulnerable. Así, la Disposición Adicional Octava de la LMPICVG introduce una modificación del citado artículo 208 de la LGSS en que se indica que estarán en situación legal de desempleo aquellas personas que se acojan al artículo 49.1.m. Es más, la introducción del citado artículo ha llegado a considerarse como realizada a exclusivos efectos de crear una nueva causa de desempleo.⁴⁴²

En realidad, la primera objeción que debe hacerse es que, pese a que el 49.1.d) hable de dimisión y el 49.1.m) lo haga de abandono, la nomenclatura no es del todo correcta. En principio ambas figuras se diferencian básicamente en el hecho de que en una existe un preaviso y en la otra no. En la primera se cumple el requisito de buena fe mientras que la segunda es una figura alegal, no contemplada por el Estatuto de los Trabajadores, y que genera la posibilidad de solicitar una indemnización por daños y perjuicios. No obstante, en el caso que nos ocupa, no se está ante un verdadero abandono del puesto de trabajo. El abandono se produce cuando el trabajador (trabajadora en este caso) deja su puesto de trabajo sin aviso de ningún tipo, ya sea dentro del plazo legal o no, y no vuelve a ejercer sus funciones en ningún momento. En este caso, sin embargo, la trabajadora sí comunica al empresario su decisión extintiva si bien, a tenor de

⁴⁴² BLASCO PELLICER, A.: *La extinción del contrato de trabajo por voluntad de la mujer trabajadora*. En Actualidad. Nº18. Ed. La Ley. Madrid. 2010. Págs.2135-2153 (2137).

las circunstancias, le es imposible hacerlo en el plazo legal por temor a graves consecuencias. Es por ello que el ordenamiento exime a la empleada de la obligación de cumplir con dicho requisito, pero no de la comunicación al empresario. Si la trabajadora no se pone en contacto con el empresario sí existe un abandono que no generará el derecho al desempleo pues nadie será conocedor de la situación de la trabajadora.

- Noción de desempleo en relación con la violencia de género

El desempleo es, a juicio del artículo 203.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (Ley General de la Seguridad Social), la situación “*en que se encuentren quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo...*”. Haciendo un estudio literal del precepto debería quedar al margen de dicha protección la dimisión en cualquiera de sus formas. Sin embargo, ya se ha comentado anteriormente que el art.208LGSS admite esta excepción.

Por regla general, no obstante, se entiende que las características del sujeto pasivo de la prestación por desempleo son:

- a) que tenga capacidad para trabajar;
- b) que tenga voluntad de trabajar y
- c) que pierda su trabajo o vea reducida su jornada.

Estos serían los tres requisitos básicos que, en principio, darán lugar a dicha protección. Se estaría, por tanto, ante lo que VIDA SORIA llama trabajadores que no disponen de “*una oportunidad para ocupar un empleo retribuido*”⁴⁴³.

En el caso de la violencia de género la víctima sí dispone de dicha oportunidad, pues está ocupando un puesto de trabajo. Sin embargo, la especial situación personal hace que la trabajadora no pueda o no deba continuar desempeñando su actividad. No interviene ningún elemento relacionado con la empresa, ya sea de

⁴⁴³ VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C: *Manual de Seguridad Social*. Segunda Edición. Ed. Tecnos. Madrid. 2006

tipo organizativo, económico o de otro tipo. La decisión de finalizar la relación contractual se fundamenta, únicamente, en el temor o el peligro que el agresor infunde a la víctima y que puede verse agravado si mantiene su empleo actual.

Es por ello que, ante la especial debilidad de la víctima, el legislador la hace beneficiaria de esta ayuda.

Sin embargo, no debe obviarse que la dimisión, por sí sola, no genera el derecho al desempleo, es más, está excluida del mismo. Es por ello que para optar a dicha prestación deben acreditarse dos requisitos adicionales:

d) Documento en que se constate la finalización de la relación laboral

e) Orden de protección emitida por el juez competente

Respecto de los requisitos exigibles para el caso concreto del abandono por violencia de género ha existido controversia. A estos efectos, el Consejo General del Poder Judicial, por informe de 20 de abril de 2006, indicó mediante su Comité de Expertos, que sería más aconsejable sustituir este último requisito (orden de protección) por el de una sentencia condenatoria aduciendo la normalidad existente en cuanto a sentencias de conformidad.

Con ello quedaría garantizada la veracidad de la condición de víctima de la empleada y el derecho de la misma a percibir la prestación. No hay que olvidar que, en ocasiones, la orden de protección es sólo una medida cautelar dirigida a la prevención de un riesgo mayor para la afectada. Sin embargo, y para evitar dilaciones, en ocasiones se acepta en lugar de la orden, el informe del Ministerio Fiscal que observe indicios de violencia de género.

En mi opinión, ambas posturas tienen algo de razón. Es cierto que una orden de protección no acredita nada, al igual que el informe del Ministerio Fiscal. Sin embargo, también ha de pensarse que si se dictan cualquiera de los dos es únicamente porque existen indicios de que puede existir ese riesgo, no por la mera voluntad de la trabajadora.

Por otro lado, no es menos cierto que un proceso judicial puede dilatarse en el tiempo y la espera a una sentencia condenatoria puede llegar a ser lesiva para la víctima que, al abandonar su puesto de trabajo, pierde su sustento económico. Por tanto, y aun comprendiendo la tesis que apoya la necesidad de una sentencia para el acceso a la prestación, creo que la orden de protección o, en su defecto, el informe del Ministerio Fiscal, han de ser suficientes para obtenerla.

Precisamente para paliar la posibilidad de que la víctima quede excluida de todo ingreso económico que le impida liberarse de su agresor, el artículo 27 de la LO1/2004 prevé una “ayuda asistencial”. Esta ayuda será de pago único para paliar el súbito impacto económico que en víctimas especialmente vulnerables económicamente, puedan sufrir tras la dimisión. En concreto, la ayuda se prestará a aquellas mujeres que no dispongan de rentas, que anualmente, sean superiores al 75% del Salario Mínimo Interprofesional, excluyéndose la parte proporcional de las dos pagas extras. Debe por tanto separarse por completo este tipo de ayuda y la prestación por desempleo pues, aunque vayan dirigidas al mismo colectivo (víctimas de violencia de género que extinguen su contrato), la ayuda asistencial está dirigida a casos en que la situación económica de la trabajadora sea especialmente precaria.

10.2.2. Requisitos para acceder a la prestación

Al igual que las condiciones que caracterizan la situación de un sujeto susceptible de la prestación por desempleo, los requisitos son bastante similares ya sea en un caso ordinario o por violencia de género. En concreto, los requisitos generales vienen estipulados en el artículo 207LGSS⁴⁴⁴:

⁴⁴⁴ Como puede verse, los requisitos son bastante generales. Las peculiaridades se dan en supuestos muy específicos. No obstante, considero de vital importancia hacer una referencia a la reciente Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos. Respecto de este colectivo, el artículo 6 de la citada norma se refiere a la “acreditación de la situación legal de cese de la actividad”. En él, encontramos que la violencia de género es motivo de percepción de la prestación y se exige *declaración escrita de la solicitante de haber cesado o interrumpido su actividad económica o profesional*. Además, se hace referencia expresa a los llamados “falsos autónomos” o autónomos económicamente dependientes, cuya declaración puede

- a) Estar afiliado y en situación de alta o asimilada al alta en la Seguridad Social siempre y cuando sea en un régimen que contemple la prestación por desempleo.
- b) Tener cubierto el período mínimo de cotización a que se refiere el artículo 210 del Real Decreto y que será de 360 días dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar. En este sentido es importante decir que el incumplimiento del empresario de la obligación de cotizar no impide que el trabajador obtenga esta prestación.⁴⁴⁵
- c) No haber cumplido la edad ordinaria que faculta la prestación que genera la jubilación ni otro tipo de incompatibilidades.
- d) Encontrarse en situación legal de desempleo acreditando disponibilidad para buscar activamente empleo.

En esencia, son estos los requisitos exigidos para obtener la prestación por desempleo. Sin embargo, la propia LO 1/2004 establece una ayuda asistencial excepcional para casos de extrema dificultad económica consistente en un pago único. Se atiende aquí a una peculiaridad como es la “irrecolocabilidad” de la que habla MATEU CARRUANA⁴⁴⁶ y que se extrae de la lectura del artículo 27 de la propia Ley. De este modo, para la percepción de la ayuda social a la que se refiere el citado artículo, deben acreditarse las “*especiales dificultades para obtener un empleo y por dicha circunstancia no participará en los programas de empleo establecidos para su inserción profesional.*” De igual manera se

sustituirse por comunicación escrita del cliente del que depende y en la que deberá constar el cese o la interrupción de la actividad.

En este sentido, la LO1/2004 hace una previsión respecto de las trabajadoras por cuenta propia que padezcan violencia de género. A estos efectos, el artículo 21.5 estipula que “*se les suspenderá la obligación de cotización durante un período de seis meses, que les serán considerados como de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social. Asimismo, su situación será considerada como asimilada al alta.*”

⁴⁴⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., GORELLI HERNÁNDEZ, J.G. Y VÍLCHEZ PORRAS, M.: *Sistema de Seguridad Social*. Séptima Edición. Ed. Tecnos. Madrid. 2005

⁴⁴⁶ MATEU CARRUANA, M.J.: *Medidas laborales de protección social y de fomento del empleo para las víctimas de violencia de género*. Ed: Dykinson. Madrid. 2007

manifiesta el 27.3 al hablar de la incorporación de un informe del Servicio Público de Empleo referido a la empleabilidad de la víctima.

Por otra parte, y recordando que la prestación por desempleo asiste a aquellas personas que, deseando trabajar, no tienen oportunidad de hacerlo, es imprescindible detenerse en lo establecido en el 231.1LGSS. En efecto, el empleado que recibe dicha prestación suscribe la obligación de búsqueda activa de empleo, aceptación de colocación adecuada o la participación en diversos cursos o actividades específicas para mejorar su empleabilidad. Me refiero a lo que comúnmente se define como compromiso de actividad consistente.

Así, el apartado segundo del propio 231LGSS trata de atenuar dicha obligación al contemplar que *“para la aplicación de lo establecido en los párrafos anteriores el Servicio Público de Empleo competente tendrá en cuenta la condición de víctima de violencia de género, a efectos de atemperar, en caso necesario, el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del compromiso suscrito.”*

10.3. Otras consecuencias

La prestación por desempleo no es en sí la única prestación a que puede acogerse la mujer víctima de violencia de género, si bien puede considerarse la más importante en cuantía y entidad. En realidad hasta la promulgación de la LO1/2004, merecedora de indudables críticas pero de gran valor en cualquier caso, no existían ayudas de ningún tipo para las trabajadoras que padecían este perjuicio.⁴⁴⁷

10.3.1. Derechos económicos y ayudas sociales

En este sentido, el artículo 27 de la ley se refiere a una ayuda social que corresponderá a las mujeres víctimas de violencia de género que se encuentren en un estado de especial precariedad económica y personal. Y cito estas dos

⁴⁴⁷ Algunos autores la califican con acierto como un punto de inflexión en lo que a política de género se refiere, como RON LATAS, R.P.: *La protección social de las víctimas de violencia de género*. En *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*. Ed. La Ley. Madrid. 2012. Págs. 655-676 (Pág.659)

situaciones porque los requisitos para su obtención son ciertamente exigentes y la prestación exigua.

En concreto, la ayuda constará de un pago único cuya cuantía equivaldrá a seis meses de subsidio por desempleo. Sin embargo, para acceder a la misma debe existir una especial gravedad dado que sólo serán beneficiarias aquellas mujeres cuyas rentas mensuales no excedan del 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, sin incluir las pagas extraordinarias. Dicha ayuda podrá incrementarse hasta los doce meses en el supuesto de que medie una situación de minusvalía superior al 33 por ciento. La legislación utiliza además un último y, a mi modo de ver, equivocado requisito consistente en que las víctimas, pese a cumplir todo lo anterior, tan solo obtendrán la ayuda *siempre que se presuma que debido a su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales, la víctima tendrá especiales dificultades para obtener un empleo y por dicha circunstancia no participará en los programas de empleo establecidos para su inserción profesional.*

Decir además, que las ayudas obtenidas por esta vía serán compatibles con las contenidas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual. No obstante, la dificultad que subyace entre una y otra norma radica en el carácter preventivo de la primera, tendente a evitar delitos o a suavizar la situación de la posible víctima, mientras que la segunda actúa de modo compensatorio, esto es, cuando ya se ha producido el mal.

10.3.2. Pensión de viudedad

Sin duda de gran relevancia este caso dado que, por paradójico que parezca, la Ley 40/2007 de 4 de diciembre supuso un grave perjuicio para este colectivo, al quedar condicionada para las personas divorciadas o separadas, al hecho de sí

eran beneficiarias de la pensión compensatoria del artículo 97CC, situación en la cual, tras la muerte del causante, se extinguía la obligación.⁴⁴⁸

Dicho error fue corregido por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, que modificó el artículo 174LGSS para reconocer a las mujeres que, aun no siendo acreedoras de la pensión compensatoria, y que pudieran acreditar su condición de víctima de violencia de género en el momento del divorcio o separación, fueran beneficiarias de la misma.

10.3.3. La Renta Activa de Inserción

Fuera de lo contenido en las leyes específicas en materia de violencia de género, puede encontrarse igualmente la relativa a la Renta Activa de Inserción. Esta prestación fue regulada por primera vez en el año 2000 si bien iba dirigida, en un ámbito genérico, a todos aquellos desempleados activos cuyas características personales, por pertenecer a grupos con especial dificultad para encontrar trabajo, padecían una afectación mayor derivada de su situación.

Fue, a estos efectos, la Ley 45/2002 de 12 de diciembre, la que introdujo a las víctimas de violencia doméstica. Si bien más tarde esta nomenclatura fue sustituida por la de violencia de género, lo cierto es que hoy en día conviven ambos conceptos en el RD 1369/2006, de 24 de noviembre.

De este modo, respecto de la Renta Activa de Inserción dos son las posibilidades que asisten a la mujer víctima de violencia de género:

- a) La prestación que asiste a todo tipo de desempleados y a la que corresponde una cantidad equivalente al 80 por cien del IPREM.
- b) Una prestación de tipo específico dirigida al cambio de residencia de aquellas mujeres que puedan acreditar dicho traslado en los doce meses anteriores a la solicitud de la renta.

⁴⁴⁸ RON LATAS, R.P.: *La protección social de las víctimas...* Págs. 655-676 (Pág.664)

Evidentemente, sí se exigen requisitos diferentes para uno y otro caso. Mientras que para la prestación genérica se exige el compromiso de realizar actuaciones que favorezcan su empleabilidad y que vayan a suponer una mejora de sus cualidades a la hora de buscar un nuevo empleo, en el supuesto específico del que se habla el requisito es doble. Por una parte habrá de probar la desempleada su condición de víctima de violencia de género y, por otra, el cambio de residencia previó a la solicitud de la RAI.

Se trata, en cualquier caso, de ayudas supletorias para los supuestos en que a la víctima no asista la prestación por desempleo y que por tanto, nacen para proteger a un colectivo desfavorecido dentro de un grupo ya de por sí ciertamente perjudicado como es la violencia de género.

Finalmente, el RD1917/2008⁴⁴⁹ contempla, en su artículo 11 una compensación económica para aquellas trabajadoras que dimitieron al amparo del 49.1.m) ET y acepten trabajar por un salario inferior. Para cuantificar la diferencia se tienen en cuenta las bases de cotización de los seis meses anteriores a la fecha de extinción del contrato de trabajo y los primeros seis del nuevo. La ayuda consistirá en una prestación de un máximo de 500 euros mensuales por un período de hasta doce meses, y cuya cuantía será la diferencia entre ambas bases de cotización.

En cualquier caso, esta compensación se referirá únicamente a contratos suscritos con posterioridad a la entrada en vigor de la norma, si bien no establece lapso de tiempo entre un contrato y otro, ni tipología contractual específica.

⁴⁴⁹ Real Decreto 1917/2008, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el programa de inserción sociolaboral para mujeres víctimas de violencia de género.

CAPÍTULO VIII: LA JUBILACIÓN VOLUNTARIA DEL TRABAJADOR

CAPÍTULO VIII: LA JUBILACIÓN VOLUNTARIA DEL TRABAJADOR

1. La jubilación como modo de extinguir la relación laboral

La jubilación del trabajador está recogida en el artículo 49.1.f) ET como una de las posibles formas de extinción del contrato de trabajo. Se trata, por tanto, de una decisión que puede adoptar voluntariamente el empleado al alcanzar determinada edad.⁴⁵⁰

Su justificación, de este modo, reside en la situación personal del trabajador que, tras una larga trayectoria profesional, decide poner punto final a su vida laboral. En realidad, la jubilación, y principalmente la jubilación anticipada, tenían su razón de ser en la protección de los colectivos más vulnerables. Basten como ejemplos ilustrativos aquellos empleados que hubieran desarrollado sus actividades en sectores de alto riesgo o los que, por su naturaleza, ya sea laboral o personal, gozaran de una menor esperanza de vida.

Sin embargo, y como apuntan algunos autores⁴⁵¹, en la actualidad la jubilación anticipada va más enfocada a paliar las consecuencias de las reestructuraciones empresariales, esto es, a que aquellas personas cuya edad les va a suponer un grave perjuicio a la hora de encontrar nuevo empleo tras haber sido despedidos, tengan la oportunidad de acceder a una prestación que, aunque con reducciones sobre lo que hubiera sido su efectiva pensión de haber llegado a la edad de jubilación ordinaria, suponga una fuente de ingresos que supla al salario.

En definitiva, el motivo de extinción que se va a analizar a continuación no comprende todos los tipos de jubilación, dado que el presente trabajo de investigación se refiere a los supuestos de finalización de la relación contractual

⁴⁵⁰ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *Manual de Derecho del Trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. 3ª Edición. Valencia. 2013. Pág.766

⁴⁵¹ ALEGRE NUENO, M.: *La reforma del régimen jurídico de la jubilación anticipada*. En *Modificaciones en Materia de Jubilación. Reforma laboral y de Seguridad Social 2013*. VV.AA. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. Págs.160-167 (161)

del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, quedando por tanto fuera aquellos supuestos de jubilación forzosa.

Al contrario, y en base a lo expuesto en el art.160LGSS los elementos que subyacen como necesarios para optar a la prestación por jubilación de forma voluntaria son el cumplimiento de la edad y los requisitos mínimos establecidos así como el cese voluntario previo de la relación laboral.⁴⁵²

Al análisis de la jubilación acompañará una breve mención a las reformas operadas por las normas laborales promulgadas en el año 2013, en la medida en que afecten a la base de este capítulo.⁴⁵³

En este sentido, la actual situación económica y laboral ha llevado a los poderes públicos a la adopción de medidas cuyo objetivo es la prolongación de la vida laboral, la implementación de medidas que fomenten la compatibilidad entre el trabajo y la condición de pensionista y, en definitiva, todas aquellas políticas que sean necesarias para el mantenimiento y viabilidad del sistema de pensiones.⁴⁵⁴

Así, el legislador ha adoptado una tendencia que trata de evitar la salida del mercado de trabajo de los empleados de mayor edad, financiando en parte su retiro pero tratando de favorecer las jubilaciones no definitivas, y garantizando la contratación de nuevos trabajadores.

Entrando ya en materia lo cierto es que las modificaciones más recientes no han carecido de controversia. Por una parte, la Ley 27/2011 realizó una extensa modificación del sistema de pensiones, tendente a alargar la edad de jubilación y los requisitos exigidos para la misma.⁴⁵⁵ No obstante, cercana la entrada en vigor

⁴⁵² Así lo resalta también DUEÑAS HERRERO, L.J.: *La acción protectora del régimen general de la Seguridad Social*. Ed. Lex Nova. Valladolid. 2013. Pág. 219.

⁴⁵³ En concreto me refiero a la Ley 11/2013, de 26 de julio, al RDL 11/2013, de 2 de agosto, pero principalmente al RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo.

⁴⁵⁴ BLASCO PELLICER, A.; LÓPEZ BALAGUER, M.; y ALEGRE NUENO, M.: *Modificaciones en materia de jubilación*. En *Modificaciones en Materia de Jubilación. Reforma laboral y de Seguridad Social 2013*. VV.AA. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. Pág.153

⁴⁵⁵ Relativas, por poner algunos de los ejemplos más significativos, a la jubilación parcial, tardía, forzosa e incluso a las normas generales de cálculo de la pensión de jubilación.

de la disposición fue promulgado el RDL 29/2012⁴⁵⁶ referido a la suspensión de las modificaciones relativas a las modalidades de jubilación anticipada, reducción del tope máximo de pensión de estas mismas pensiones y a las modificaciones referidas al contrato de relevo.

Finalmente se ha llegado a la promulgación del RDL5/2013, que ha hecho algunas modificaciones a la normativa anterior y ha levantado dicha suspensión. Ésta se realizó, según la exposición de motivos del Real Decreto de 2012, “*a fin de evitar la existencia de consecutivas normas que podrían operar sobre la misma materia en un breve espacio de tiempo*”. Por tanto, es innegable la voluntad de los ejecutivos españoles en reformar el sistema de pensiones a fin de hacerlo sostenible, y a continuación se van a analizar las principales novedades y su relación con la extinción del contrato de trabajo.

2. Naturaleza jurídica

Compleja y controvertida resulta la figura de la jubilación desde el punto de vista de su procedencia jurídica. Si indubitado resulta el contemplarla como una forma más de extinción del contrato de trabajo, más difícil resulta su concreta ubicación dentro de esta institución.

En primer lugar, y realizando una necesaria comparativa entre los artículos 49.1.d) y f) del Estatuto de los Trabajadores, en ambas figuras se observa un negocio jurídico resolutorio sin causa, al menos sin causa imputable al empresario, cuya decisión compete única y exclusivamente al trabajador. No hay que olvidar que, salvo en los supuestos de jubilación forzosa, no existe límite de edad para el desempeño del trabajo. La voluntariedad y la unilateralidad son por tanto notas comunes de ambas instituciones.

No obstante, y al igual que se comentaba en el capítulo cuarto en lo relativo a la extinción del vínculo de la mujer víctima de violencia de género, ex art.49.1.m)

⁴⁵⁶ RDL 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social.

ET, en este supuesto lo que se protege es la debilidad del empleado, desde un punto de vista social y, más en concreto en este caso, la vejez, operando la prestación por jubilación al margen de la autonomía de la voluntad que acompaña a los sujetos de la relación laboral.

Más aún, para algunos autores, el cese de la relación laboral tiene más importancia por su condición de requisito necesario para la obtención de la prestación, que de verdadera causa de la misma.⁴⁵⁷

En segundo lugar, considero que existe una diferencia conceptual entre los supuestos de rescisión por jubilación y por ser víctima de violencia de género. Mientras que en el primero el objetivo es una pensión vitalicia que le permita mantener en cierto modo su calidad de vida una vez finalizada su vida laboral, en el segundo no hay más que una subvención de la dimisión o abandono del puesto de trabajo.

Así, en estos dos últimos casos el objetivo, por unas razones u otras, es la finalización de la relación laboral, mientras que en la jubilación no es un objetivo, sino un medio para alcanzar la prestación.

Es por ello que las diferencias entre una y otra figuras son palpables. Conviene en este sentido, una vez vistas las similitudes entre dimisión y jubilación, observar las diferencias que, desde mi punto de vista, hacen que se esté ante formas autónomas de extinción del contrato de trabajo.

A pesar de la obviedad del argumento, no puede negarse que la primera divergencia entre uno y otro instituto reside en la intencionalidad de una y otra

⁴⁵⁷ Efectivamente, así como en el 49.1.m) ET la prestación por desempleo correspondía a las víctimas de violencia de género, a causa de verse obligadas a abandonar su puesto de trabajo, en este supuesto no existe obligación interna o externa de ningún tipo para que el trabajador extinga su contrato de trabajo, más allá de la posibilidad que el ordenamiento laboral le ofrece. De esta manera, la gran diferencia entre una y otra institución es que, en la primera es la extinción la causa de la prestación, mientras que en la segunda, ésta no pasa de ser más que un mero requisito. Así lo han entendido autores como GETE CASTRILLO, P.: *La edad del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2001. Págs.70-71.

manifestación⁴⁵⁸. Así, mientras que en la dimisión ordinaria se extingue un contrato de trabajo en concreto, y la propia extinción es la motivación del acto, no implicando ello que el trabajador no quiera volver a trabajar, en la jubilación el empleado pone fin a su vida laboral, dejando incluso de considerarse como población activa, sin perjuicio de que posteriormente pueda volver a darse de alta si cambiara de opinión. Pero en ese caso sería por motivo de relación laboral diferente, ya que una vez finalizado el vínculo no existe posibilidad de retracto del trabajador, ni siquiera en los nuevos supuestos de revocación de la voluntad que se han estudiado con anterioridad.

Pero sobre todo, la diferencia básica entre ambos casos es que el derecho a dimitir asiste al trabajador desde el momento en que comienza a prestar servicios por cuenta ajena con independencia de la edad, el tiempo cotizado u otros requisitos. Se trata de un derecho incondicional cuyo único requisito informal, que no imprescindible, es la comunicación con un plazo de preaviso que, en ningún caso enervará sus efectos extintivos, como es de sobra conocido.

En cambio, para proceder a la jubilación, y aquí sí es irrelevante el tipo de jubilación al que se haga mención, será imprescindible el cumplir unos requisitos de edad y carencia, siendo imposible para un trabajador que no los cumpla, el ejercicio del derecho.

Por otra parte, los efectos económicos son también diferentes, fruto del diferente objeto de uno y otro supuesto. Mientras que en la jubilación el principal efecto no es otro que el cobro de la prestación por jubilación, en la dimisión no se derivan efectos económicos salvo pacto anterior o supuestos específicos que ya se han comentado anteriormente, pero en cualquier caso fruto de la autonomía de la voluntad o la negociación colectiva, y nunca con cargo a la Seguridad Social.

⁴⁵⁸ RODRÍGUEZ SANTOS, E. *La extinción de la relación laboral...* Pág.97

3. La jubilación como derecho

El derecho al trabajo está contemplado en el art.35CE. Según dicho precepto todos los españoles tienen el derecho y deber de trabajar. De este modo, el empleo se configura no sólo como una posibilidad del individuo que los poderes públicos han de garantizar, sino también como una libertad, puesto que queda también recogida posibilidad de escoger aquél trabajo que se quiera.

A estos efectos, la jubilación aparece como el correlativo derecho a disfrutar de la etapa post-laboral con las mayores garantías posibles. Por ello, el hecho de regular la jubilación como una obligación y no como una opción del trabajador, ha suscitado desde los principios de los ochenta, una gran controversia.

En este sentido, los derechos sociales, y en concreto la jubilación, constituyen la mayor partida de gastos de los presupuestos de prácticamente todos los países de la Unión Europea. Sin embargo, no es menos cierto que la tendencia demográfica actual viene caracterizada por un envejecimiento de la población a causa de la reducción de la tasa de natalidad y el aumento de la esperanza de vida, debido en gran parte a la mejora de las tecnologías en materia de salud. Es por ello que la viabilidad del sistema de pensiones se ha puesto en entredicho, teniendo en cuenta los datos de desempleo y de pensionistas. Por tal motivo, al anterior concepto de jubilación obligatoria a determinada edad, se han unido fórmulas voluntarias y obligatorias que permiten la continuidad de la vida laboral más allá de la edad ordinaria.⁴⁵⁹

En relación a la jubilación forzosa, el Estatuto de los Trabajadores original previó una DA5ª en que se establecía un límite máximo de edad para trabajar. Tal regulación fue sin duda controvertida, al punto que se establecía una obligación automática del trabajador de cesar en su puesto de trabajo, de la condición que fuese, al llegar a determinada edad. Sin duda, el establecer de forma genérica para todos los trabajadores de todo tipo de sector o actividad, la imposición de esta medida, suponía el coartar el derecho al trabajo por razón de edad.

⁴⁵⁹ PAREDES RODRÍGUEZ, J.M.: *La jubilación parcial en el sistema español de Seguridad Social*. Consejo Económico y Social. Madrid. 2008. Pág.17.

Así, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional este precepto, que por supuesto hoy ya no existe, al entender que no era posible determinar *iuris et de iure*, que un colectivo de trabajadores, por una razón como la que aquí se trata, debía ser excluido de su libertad al trabajo, *anulando de hecho su contenido esencial*.⁴⁶⁰

Sin embargo, y pese a lo que pueda parecer, el TC no es tan taxativo como pudiera parecer. Si bien es cierto que se prohíbe el establecimiento de una edad de jubilación obligatoria de forma amplia y genérica, no lo es menos que también se establecen algunas limitaciones o excepciones.

Es por ello que, tal y como recuerdan algunos autores, y establece la propia sentencia, la jubilación puede ser utilizada por los poderes públicos, que reciben el mandato de realizar políticas destinadas a la consecución del pleno empleo, para conseguir dicho objetivo, como modo de redistribución del trabajo.⁴⁶¹

En definitiva, para que la jubilación forzosa sea entendida como constitucional, deben concurrir dos requisitos: en primer lugar que la limitación del derecho sea proporcional al objetivo perseguido y; en segundo lugar, que dicho objetivo sea en aras de una mejor redistribución del empleo⁴⁶² y se garantice por los poderes públicos tal enfoque. En este sentido debe existir una gran cautela, incluso en relación con las edades máximas de jubilación que pudiera contemplar el convenio colectivo, puesto que la búsqueda de la viabilidad del sistema de pensiones de la Seguridad Social pasa por no forzar a jubilarse a quien, siendo útil⁴⁶³ y no constituyendo un peligro para sí mismo o los demás en el desempeño de sus funciones, decida continuar con su relación laboral. La jubilación debe

⁴⁶⁰ Así lo entendió la STC de 2 de julio de 1981 (AC.1981/22)

⁴⁶¹ AMAUGER-LATTES, M.C. y ESTEBAN LEGARRETA (Directores) e YSÁS MOLINERO, H. (Coord.) VV.AA.: *La protección del empleo de los trabajadores de edad. Una perspectiva franco-española*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. Pág.63.

⁴⁶² De este modo debe descartarse la jubilación forzosa como sistema de flexibilidad interna dirigido a la amortización de puestos de trabajo.

⁴⁶³ HERRAIZ MARTÍN, M.S.: *El convenio colectivo decide por mí: ¿Me jubilo o me jubilan?*. En *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*. MERCADER UGUINA, J.R. (Dir.) VV.AA. Ed. Lex Nova. Valladolid. 2009. Págs.309-331 (310).

mantener su condición de derecho, y no de obligación, salvo en los supuestos antes expuestos.

Es por ello que, en el marco de este trabajo, que va dirigido al estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, va a ser excluido el concepto de jubilación forzosa, por cuanto la última decisión no es en caso alguno del trabajador. A diferencia de otros supuestos como la violencia de género o los casos de extinción causal, en que el empleado siempre tenía la última palabra, en el ámbito de la jubilación por razón de edad, la intervención del trabajador es completamente nula.

3.1. La jubilación anticipada

La jubilación anticipada es sin duda la más vinculada a la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador. Si bien es verdad que su concepción ha tenido siempre una relación estrecha con empleos de alta peligrosidad y trabajadores con períodos de cotización lo suficientemente largos, lo cierto es que actualmente, a dichos supuestos se unen los de aquellos trabajadores de avanzada edad que, perdiendo su empleo, deciden acceder a la pensión por jubilación.

Teniendo en cuenta que este modo de acceder puede darse de forma voluntaria o forzosa, y atendiendo al objeto de este trabajo, voy a hacer especial referencia a las novedades referidas al primer grupo.

La jubilación anticipada, en su modalidad voluntaria, fue introducida por la Ley 27/2011⁴⁶⁴ si bien su efectiva entrada en vigor fue postergada hasta la redacción del RDL 5/2013, en que fueron endurecidos sus requisitos, y representa sin duda el mejor ejemplo de extinción del contrato de trabajo *ex art.49.1.f) ET*. Si bien es cierto que, desde la eliminación de la edad máxima de jubilación, las jubilaciones son en su práctica totalidad voluntarias, en este caso ni siquiera se alcanza la

⁴⁶⁴ Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

edad ordinaria de jubilación por lo que se refuerza aun más el ámbito de unilateralidad del trabajador.

Los nuevos requisitos incluyen:

- Tener cumplida una edad que sea inferior en dos años, como máximo, a la edad que en cada caso resulte de aplicación según lo establecido en la LGSS.
- Acreditar un período mínimo de cotización efectivo de 35 años, frente a los 33 exigidos por la L27/2011.
- Finalmente, se exige que, en caso de que se acrediten los requisitos generales y específicos, el importe de la pensión ha de ser en cualquier caso superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar en el momento de cumplir 65 años.

El endurecimiento de los requisitos y, en general, la potenciación de la jubilación a tiempo parcial sobre la anticipada tiene su razón de ser en la necesidad de prolongación de la vida laboral de los trabajadores, visto que además, los empresarios tienden en momentos de clara recesión, a amortizar puestos de trabajo en lugar de sustituirlos.

En cambio, la jubilación parcial permite, por una parte, mantener a un cotizante más con una pensión menor de la que hubiera recibido, dada la incompatibilidad de pensión y trabajo, y por otra, la creación de un nuevo empleo mediante el contrato de relevo que se exige como requisito indispensable.

3.2. La jubilación parcial

A pesar de que esta opción representa un modelo menos dañino para las arcas de la Administración que el que pueda representar la modalidad anticipada, dado que el trabajador debe alcanzar la edad ordinaria de jubilación, también lo es que la tendencia legislativa en ambos casos es exactamente la misma. La tendencia restrictiva en la regulación de ambas fórmulas es innegable.

En ambos casos se pretende evitar la extinción completa del contrato de trabajo optando por una novación contractual tendente a fomentar la vida laboral aun en el caso de ser sujeto beneficiario de la prestación.

Así, y como se ha dicho con anterioridad los requisitos básicos para acceder a la jubilación parcial son:

- Cumplir la edad necesaria para la jubilación, en base al 161.1.a) LGSS, así como una reducción de la jornada que no puede ser menor al 25 por ciento y, como novedad, no superior al 50 por ciento, o del 75 por ciento si el relevista es contratado a jornada completa.
- Celebrar un contrato de relevo exigiéndose un paralelismo entre las bases de cotización de uno y otro contrato. Así, las referidas al trabajador relevista no podrán ser inferiores al 65 por ciento del promedio de las bases de los últimos seis meses de la jubilación parcial.

En definitiva, lo que pretende la nueva legislación, como expone LÓPEZ BALAGUER⁴⁶⁵, es impedir que mediante la imposición de nuevos requisitos o el endurecimiento de los existentes, se multipliquen el número de extinciones por la vía del 49.1.f) ET sin haber cumplido la edad ordinaria de jubilación.

Por tanto, y respecto del tema que nos ocupa, es importante hacer una reflexión respecto de la voluntad del legislador. Así, mientras que en la dimisión por violencia de género el Gobierno trata de proteger a la víctima, que se sitúa en una débil posición social, en el ámbito de la jubilación la política es exactamente la contraria. En este sentido, y si bien es cierto que en el pasado algunos sectores abusaron de la prejubilación, lo cierto es que en este caso tampoco se ha tenido en cuenta que, como en el caso de la jubilación anticipada, o en este caso la parcial, dichas fórmulas pueden servir de ayuda, por una parte, a aquellos trabajadores que pierden su empleo en edad muy avanzada y, por otro, a aquellos

⁴⁶⁵ LÓPEZ BALAGUER, M.: *Modificaciones en materia de jubilación parcial*. En *Modificaciones en Materia de Jubilación. Reforma laboral y de Seguridad Social 2013*. VV.AA. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. Pág.153

que de otra forma pudieran haber sido reemplazados por otros. De justicia es decir también, no obstante, que el contrato de relevo supone una obligatoria contratación que responde al uso de la política de jubilación como modo de reestructuración del mercado laboral, tal y como indicó el Tribunal Constitucional en sentencias anteriormente citadas.

3.3. Respecto de la compatibilidad entre la percepción de la pensión y el desempeño de un trabajo

La legislación en materia de Seguridad Social ha sido siempre restrictiva a la hora de autorizar posibles cobros de prestaciones de personas que estuvieran desempeñando un empleo de cualquier tipo. La justificación de dicha política era básicamente el hecho de que el fundamento de la pensión es la sustitución de la renta que se venía percibiendo en concepto de salario y, si ésta no desaparecía no existía razón para la percepción de la misma. Del mismo modo, suponía una forma de reestructuración del mercado de trabajo, fomentando la incorporación de nuevos trabajadores al ámbito laboral.

No obstante, la actual situación en que la contratación sufre un período de estancamiento y la viabilidad del sistema de pensiones está en entredicho se hace necesaria la adopción de nuevas medidas.

Por ello, el legislador restringe cada vez más la jubilación como factor determinante de la extinción del contrato de trabajo. Evidentemente, la condición de finalista será al final el motivo de la extinción, tal y como sucede en la actualidad, pero el momento de la misma se retrasará notablemente.

Así, el RD 5/2013, de 15 de marzo, establece una nueva modalidad de compatibilización entre el trabajo por cuenta propia o ajena con la percepción de de una prestación de jubilación. Esta nueva medida no es en ningún caso incompatible o derogadora de las ya contempladas, si bien tiene que respetar los siguientes requisitos:

- No son admisibles jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado.
- El porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión causada ha de alcanzar el 100 por 100.
- El trabajo compatible podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial.

Respecto de la cuantía, la pensión de jubilación compatible con el trabajo será equivalente al 50 por 100 del importe resultante en el reconocimiento inicial.

En conclusión, la vejez es el bien protegido de la pensión de jubilación y, por otra parte, la causa de extinción por voluntad del trabajador. En palabras de MALDONADO MOLINA⁴⁶⁶, la edad pasa de *hecho biológico* a *hecho jurídico* desde el momento en que la sociedad entiende y promueve la necesidad de atender este fenómeno.

De este modo, la financiación del retiro del trabajador responde a evitar riesgos derivados del normal desgaste del individuo, instándole a extinguir el contrato de trabajo. Y digo instando, porque, en esencia, y al igual que en los supuestos tratados anteriormente, así como los que se tratarán a partir de ahora, la jubilación continúa siendo un negocio jurídico resolutorio de carácter unilateral, con la diferencia de que, en los otros supuestos, la extinción era un fin, mientras que en el caso concreto no pasa de ser un medio.

El hecho de que el legislador deje, en la mayoría de casos, al arbitrio del trabajador la decisión de cuándo y en cuál de sus modalidades ejerce su derecho, no lleva sino a la conclusión de que se está ante una resolución *ad nutum*⁴⁶⁷.

En este sentido, es cierto que de nuevo existe una razón no contractual que determina la continuidad del contrato de trabajo, situación que, si bien no es exclusiva de esta situación de pensionista, no deja de ser poco habitual. Sin

⁴⁶⁶ MALDONADO MOLINA, J.A.: *La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2002. Pág.37.

⁴⁶⁷ También como se ha explicado, puede ser una novación contractual en los supuestos de extinción por jubilación parcial.

embargo, y en esto no creo que exista duda alguna, la edad supone un factor determinante tanto en la selección de personal, como en las políticas de flexibilidad interna.⁴⁶⁸

De este modo, y si bien la última decisión será siempre del trabajador, lo cierto es que la voluntariedad y unilateralidad se manifiesta aún en mayor medida en el hecho de que, aun existiendo una edad de jubilación, el trabajador puede adelantarse a la misma o retrasar su decisión, siendo el mismo quién decida si el hecho de llegar a una edad madura es motivo suficiente para la extinción del contrato.

A estos efectos, algunos autores han apuntado ya que resulta paradójico el hecho de que, por una parte, la tendencia sea la de alargar la edad de jubilación y que, por otra, se esté dando la opción de hacerlo anticipadamente.⁴⁶⁹

En realidad, y a modo de cierre, lo que está claro es que el trabajador tendrá la última palabra, pero el legislador, con las últimas reformas, está dando a entender que no es favorable a la anticipación de la extinción por jubilación.

La continuidad del sistema de pensiones deriva del reajuste de las mismas y, en este sentido, los gobiernos tratan de hacer cada vez más competitivas sus economías⁴⁷⁰, por lo que, en resumen, la condición de trabajador de edad avanzada, si bien contemplada por el Estatuto de los Trabajadores en el 49.1.g) ET como motivo de extinción del contrato de trabajo, se hace cada vez más difícil si bien su vigencia y su condición de causa extintiva continúan siendo innegables. A estos efectos, lo cierto es que la regulación de las pensiones, en la

⁴⁶⁸ GETE CASTRILLO, P.: *La edad del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2001. Pág.18

⁴⁶⁹ Así, ALARCÓN CARACUEL, M.R.: *Jubilación, anticipar o postergar*. En *La Seguridad Social en continuo cambio: un análisis jurisprudencial*. Editorial Bomarzo. Albacete. 2010. Págs.223-248 (224).

⁴⁷⁰ Así, por un lado cabe destacar a OJEDA AVILÉS, A.: *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Ed. La Ley. Madrid. 2010. Pág.104. En el mismo sentido se pronuncian Deakin, S. y Morris, G.S.: *Labour Law*. Third edition. Ed. Butterworths. Londres. 2001. Pág.39-40. En la obra se habla de la necesidad de consonancia entre la acción legislativa y el ciclo económico del momento. “*The role of legislation as a factor separate from the economic cycle and from general government hostility to trade unionism is difficult to assess.*”

historia del derecho español ha venido marcada, como es lógico, por un componente demográfico y sociológico.

Así, como recuerda BLÁZQUEZ AGUDO⁴⁷¹, allá por los años setenta las ayudas por razón de la vejez comenzaban a darse a partir de los 40 años, dado que a partir de esa edad existían mayores complicaciones a la hora de obtener un nuevo empleo. Del mismo modo, las prestaciones por desempleo también se otorgan de distinta manera a partir de los 45 años por el mismo motivo.⁴⁷²

Es por ello que, tras la Estrategia de Lisboa para 2010 se pretende seguir formando a los trabajadores de más edad, tratando de prolongar su vida activa. En el caso de España, estas directrices han traído consigo una intención claramente contraria a la incentivación de medidas como la jubilación anticipada. Por tanto, en el ámbito de la extinción voluntaria resulta necesario hacer dos reflexiones.

En primer lugar, que su condición de causa extintiva permanece inmutable, es más, se incentiva por el hecho de que el ordenamiento es reacio a establecer límites de edad o supuestos de jubilación forzosa más allá de los legalmente establecidos, por lo que la voluntad del trabajador será cada vez más determinante a la hora de tomar la decisión de extinguir la relación laboral por razón de la edad.

Y en segundo lugar, que dicha decisión será cada vez más tardía, dado que la tendencia a alargar la edad de jubilación y penalizar los supuestos de jubilación anticipada, así como el innegable hecho sociológico que supone el envejecimiento de la población y la dificultad de los jóvenes para encontrar empleo, dificultará sobremanera que estos accedan a dichas pensiones en las edades ordinarias que se venían contemplando hasta ahora. La conservación del

⁴⁷¹ BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: *La promoción de la prolongación de la vida activa y el acceso a la jubilación*. En *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*. MERCADER UGUINA, J.R. (Dir.) VV.AA.: Ed. Lex Nova.Valladolid. 2009. Págs.288-309 (289 a 291).

⁴⁷² APARICIO TOVAR, J. y OLMO GASCÓN, A.M.: *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*. Ed. Bomarzo. Albacete. 2007. Pág.161.

salario⁴⁷³, la necesidad de cotizar el tiempo suficiente y las exigencias legales serán, por tanto, las determinantes de la nueva relación de complementariedad entre la extinción del contrato de trabajo y la situación de pensionista.

4. Características de la extinción

A la hora de evaluar las diferentes características que envuelven el supuesto de jubilación, es importante destacar que los aspectos relativos a la prestación, tales como sus requisitos, periodos de carencia y demás detalles al respecto son aquí superfluos.

La institución tiene encaje en este trabajo desde el punto de vista extintivo, como forma de finalizar la relación laboral, y no tanto por las consecuencias económicas o retributivas que ello suponga al trabajador.

Más aun cuando la doctrina distingue claramente dos momentos, el de la generación del hecho causante, como es la extinción, y el del nacimiento del derecho a la prestación.⁴⁷⁴ Así la posibilidad de ser beneficiario no coincidirá en el tiempo con el acto extintivo, sino que éste tendrá lugar, al menos, un día antes de la solicitud⁴⁷⁵.

Es por ello que en este epígrafe van a ser tratadas las diferentes peculiaridades que caracterizan a este modo de extinción del contrato de trabajo.

4.1. La declaración de voluntad

El art.49.1.f) indica que la jubilación es una forma de extinción del contrato de trabajo. Sin embargo, el hecho de que sea tan escueto, más incluso aun que la

⁴⁷³ BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: *La promoción de la prolongación de la vida activa y el acceso a la jubilación*. En *Trabajadores maduros...* Pág.291.

⁴⁷⁴ GALA VALLEJO, C.: *La jubilación: su protección en el sistema español de Seguridad Social*. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Madrid. 2010. Pág.68

⁴⁷⁵ Dato este que no es baladí, pues pese a no tener relevancia en el ámbito laboral, si lo tiene desde el punto de vista de la prestación, ya que en caso contrario se perdería el último mes de cotización, tal y como indica DUEÑAS HERRERO, L.J.: *La acción protectora del régimen general de la Seguridad Social*. Ed. Lex Nova. Valladolid. 2013. Pág.226.

dimisión ordinaria, supone la aparición de muchas dudas en cuanto a su ejercicio, no en el ámbito de Seguridad Social, pero sí en el aspecto contractual.

Resulta significativo el plantearse que en un primer momento, en la legislación post estatutaria, llegó a pensarse en la jubilación como un modo automático de la extinción del contrato de trabajo. Ello sucedía porque la DA5ª del Estatuto de los Trabajadores de 1980 establecía una edad máxima para trabajar, motivo por el cual se entendía que, una vez alcanzada la misma, el contrato se extinguía irremediamente. Sin embargo, lo cierto es que dicha visión no tuvo una gran acogida, principalmente por los precedentes de las leyes laborales anteriores, que en ningún caso recogían tal posibilidad, llegando incluso a pensarse que existían diversos modos de realizar el acto extintivo.⁴⁷⁶

Así, y teniendo en cuenta que en la actualidad dicha DA no existe ya, si al cumplirse la edad de jubilación ambos deciden poner fin a la relación laboral se estará ante una finalización por mutuo disenso, mientras que, en caso de que sea el trabajador quien inste la resolución, se estará ante una dimisión *ad nutum*.

Algunos autores, como GARCÍA FERNÁNDEZ, plantean sus dudas a la hora de desistir por razón de la edad en los supuestos de contratos de obra o servicio. Tiene su lógica teniendo en cuenta que la jubilación no es un acto obligatorio e incluso es calculable por el mismo trabajador, por lo que cuando firma este tipo de contratos es plenamente consciente de en qué momento se fija su término. Sin embargo, no ocurre lo mismo con los contratos temporales que, a juicio del propio autor, poseen un término final fruto de la *accidentalidad*⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶ Sobre la evolución de la extinción del contrato de trabajo en relación con la prestación de jubilación, resulta de gran interés el estudio realizado por CAMÓS VICTORIA, I.: *La pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social*. En *Pensiones por Jubilación o Vejez*. VV.AA. Ed. Thomson-Aranzadi. Pamplona. 2004. Págs.146-156 (149).

⁴⁷⁷ GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: *Configuración de la jubilación como contingencia protegida en la Seguridad Social*. Palma de Mallorca. 1986. Pág.72.

4.1.1. Características propias de la declaración

Por tanto, no existe duda a la hora de determinar que, dado que, por una parte, no es obligatoria la extinción del contrato de trabajo una vez alcanzada cierta edad, y que la misma es sólo requisito, no causa, de la jubilación, para su efectiva realización se requerirá, al igual que en el supuesto de cualquier extinción *ad nutum* será necesaria una declaración unilateral⁴⁷⁸, clara e inequívoca, en que no medie vicio alguno de la voluntad. Y con vicio, como más tarde se verá, en ningún caso me estoy refiriendo a error del trabajador con respecto a la cuantía o procedencia de su pensión de jubilación, sino en la exteriorización de la voluntad extintiva en los términos que ya han sido tratados respecto de los supuestos de dimisión ordinaria.

Respecto de las características propias de la declaración, existe igualmente una identidad con la referida al supuesto del 49.1.d) ET. La declaración extintiva es de carácter recepticio siendo inútil cualquier intento del empresario en contra de tal decisión.⁴⁷⁹

4.1.2. La revocación de la decisión

Controvertido asunto, como se ha visto a lo largo del trabajo, es el de la revocabilidad de la decisión extintiva, principalmente cuando ésta parte unilateralmente de la voluntad del trabajador, sin estar fundada en causa alguna. Dado que el derecho a dimitir es incondicional y no está sujeto más que a requisitos de tipo formal, que en caso alguno enervan su validez, y que no debe confundirse el aspecto contractual con la prestación que otorga la Seguridad Social⁴⁸⁰, en principio la posibilidad de retracto es inexistente, dado que, por lo que a la extinción del contrato de trabajo se refiere, operan las mismas reglas que en la dimisión.

⁴⁷⁸ Si bien puede existir mutuo disenso la decisión última será del trabajador en cualquier caso.

⁴⁷⁹ RODRÍGUEZ SANTOS, E. *La extinción de la relación laboral...* 2007. Págs.95-96.

⁴⁸⁰ En realidad lo que existe no es una relación de causalidad entre el cese y la prestación, sino de necesaria concurrencia. Así lo entiende MALDONADO MOLINA, J.A.: *La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2002. Pág.191.

Sí cabría no obstante esta posibilidad en caso de aquiescencia del empresario, pero en ningún caso de forma unilateral.⁴⁸¹ De cualquier forma, lo cierto es que es indudable la falta de regulación al respecto de cómo debe realizarse el cese del contrato de trabajo. Así, si se hace una interpretación estricta de la falta de requisitos formales, podría equipararse, en lo que al modo de extinción concierne, a la jubilación con el abandono, o incluso con la dimisión abusiva. Sin embargo, no parece que éste sea el caso por varias razones.

En primer lugar porque para obtener la prestación es requisito *sine qua non* la acreditación de la extinción contractual, situación que se torna más compleja si la dimisión se hace de forma tácita.

En segundo lugar porque resulta complejo el aceptar que el ordenamiento jurídico entienda y avale una finalización tan abrupta de la relación laboral. Ya se ha abordado el abandono como una situación que el ordenamiento se resiste a reconocer, pero que puede llegar a suponer graves consecuencias en materia de resarcimiento de daños por parte del trabajador dimisionario.⁴⁸² Del mismo modo, si bien debe reconocerse dicha laguna jurídica, ello no puede significar que la legislación laboral ampare una conducta de mala fe por parte del trabajador.

Así, y teniendo en cuenta todo lo anterior, la revocabilidad tendrá sólo lugar si se entiende que existe una necesidad de preaviso anterior, porque de lo contrario el contrato quedaría extinguido desde el momento en que el trabajador abandone su puesto o exteriorice su voluntad dimisoria.

⁴⁸¹ MELLA MÉNDEZ, L.: *La extinción de la relación laboral por jubilación del trabajador*. Ed. Lex Nova. Valladolid. 2002. Pág.37

⁴⁸² Al igual que en los supuestos ordinarios de dimisión, el cese súbito de la relación laboral puede suponer perjuicios para el empresario, ya que existe una vacante inesperada y un lapso de tiempo hasta que ésta es cubierta. Por supuesto, y como bien es sabido, el hecho de que exista una vacante no supondrá la aparición del derecho resarcitorio, sino la efectiva prueba del daño. Así lo entienden SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *La indemnización por Daños y Perjuicios en el Contrato de Trabajo*. Thomson Aranzadi. Segunda edición. Navarra. 2011. Pág.199.

4.1.3. Revocabilidad con respecto a la prestación

La prestación por jubilación está considerada como una renta de sustitución cuyo motivo principal es el de sustituir la falta de ingresos que se deriva de la extinción del contrato de trabajo.⁴⁸³

No obstante la jubilación, como se ha dicho, es en todo caso voluntaria, como así ha reconocido el Tribunal Constitucional⁴⁸⁴, al declarar la ilegalidad del establecimiento de una edad máxima para trabajar, sin perjuicio de que el Gobierno, en uso de potestad legislativa, pudiera regular ciertas excepciones para determinados supuestos especialmente sensibles o vulnerables.

Por tanto, la voluntariedad dificulta siempre la posibilidad de la revocación, por cuanto se trata de decisiones de tipo unilateral y responsabilidad propia. De este modo, debe distinguirse lo que es, por una parte, la revocación de la voluntad extintiva del contrato de trabajo, de lo que supondría el renunciar a la prestación por jubilación para, por poner un ejemplo, retornar al trabajo.

Así, por lo que respecta a la extinción del contrato de trabajo, ya se han expuesto reiteradamente las posibilidades que asisten al trabajador y los específicos supuestos en que cabría el retracto en su decisión. Sin embargo, y teniendo en cuenta que la extinción es previa e indispensable para la recepción de la prestación, es necesario plantearse si cabe la posibilidad de que un trabajador que ha cesado de su relación laboral y ha comenzado a percibir la prestación, puede retractarse y volver al trabajo.

Pues bien, teniendo en cuenta los límites de edad de determinados sectores y el derecho al trabajo como prerrogativa de concluirse que, salvo dichas excepciones, no caben límites a esta posibilidad.

De este modo, si un pensionista decide iniciar una nueva relación laboral por cuenta ajena, y con las salvedades que reglamentariamente se determinen, ésta

⁴⁸³ DÍAZ MARTÍN, S. y REDONDO TORAÑO, M.: *Todo Seguridad Social*. CISS. Valencia. 2011. Pág.796

⁴⁸⁴ STC 58/1985, de 29 de julio, entre otras.

será incompatible con la condición de pensionista. Ciertamente es, en este sentido, que en los casos de jubilación parcial se minorará el percibo de la pensión *en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo*, si bien el hecho de que aquí no medie una verdadera extinción, hace que no convenga un detenimiento mayor.

Por tanto, en los supuestos en que un pensionista decida volver a trabajar, y de acuerdo con el art.165.2LGSS, la percepción que venía recibiendo hasta el momento quedará en suspenso, sin que ello afecte a sus revalorizaciones. Como excepción decir que en los supuestos en que el trabajo se realice por cuenta propia y obtenga ingresos superiores a los del SMI, sí podrán compatibilizar su trabajo con el desempeño de la actividad.

En este sentido y a efectos de una posterior vuelta a la situación de pensionista, se mantendrá la primera base reguladora, con la salvedad de que los años trabajados en esta última etapa serán reconocidos a efectos de cómputo. Dicho bloqueo de la base reguladora rige desde 1967⁴⁸⁵, y se ha venido respetando desde entonces tanto por doctrina como por jurisprudencia⁴⁸⁶, si bien las críticas no pueden obviarse, dado que parece ciertamente injusto no asimilar las situaciones económicas del que sería uno y otro cómputo del trabajo, al verdadero coste de la vida entre un período y otro de cotización.

No obstante, y a pesar de ser cierto que, en la actualidad, el legislador mantiene esta política de forma inalterada, se ha tratado de paliar en cierto modo sus efectos mediante la Ley 35/2002,⁴⁸⁷ ya que ésta afecta a trabajadores mayores de 65 años, e incluso a aquellos que, habiéndose ya jubilado, decidieran volver a trabajar, siquiera en forma de trabajo a tiempo parcial.

⁴⁸⁵ Art.16.2 de la Orden de 18 de enero de 1967.

⁴⁸⁶ RIVAS VALLEJO, P.: *La pensión de jubilación ordinaria en el Régimen General de la Seguridad Social*. En *Pensiones por Jubilación o Vejez*. VV.AA. Ed. Aranzadi. Pamplona. 2004. Págs.204-205. También las SSTTS de 22 de marzo de 1999 (RJ.1999/3229) y de 11 de abril de 1997 (RJ.1997/3056). También SSTSJ de Andalucía, de 10 de mayo de 2002 (AS.2003/4361) y de la Comunidad Valenciana, de 1 de febrero de 2001 (AS.2001/273519)

⁴⁸⁷ De 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible.

En cualquier caso, estos efectos, como he expresado anteriormente, tienen su origen en el ámbito de la Seguridad Social, más que en el propio derecho del trabajo.

4.2. *El preaviso*

La obligación de preaviso en la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador es expresa e innegable vía 49.1.d) ET. Sin embargo, suscita dudas en el supuesto de la jubilación.

Tal vez en el pasado podía pensarse que, una vez alcanzada la edad de jubilación, el empresario podía presumir que la extinción del contrato de trabajo del empleado estaba, cuando menos próxima. El hecho de que existiera una edad máxima para trabajar suponía sin duda un referente al empresario que podía prever una situación de interinidad o incluso realizar los procesos de selección con anterioridad a la extinción. Sin embargo, con la eliminación de dicho límite, la extinción del contrato de trabajo como requisito para obtener la prestación por jubilación se convierte en un derecho que el empleado puede ejercitar a discreción, no existiendo obligación alguna por el hecho de haber alcanzado los requisitos de edad, carencia o cuantía de la prestación.

Así, resulta imposible que el empresario constate la voluntad del trabajador de cesar en su relación laboral salvo que éste se lo comunique previamente. En este sentido, MELLA MÉNDEZ y RODRÍGUEZ SANTOS⁴⁸⁸ llegan a reconocer la idoneidad del plazo de preaviso, no únicamente en beneficio del empresario, sino también del trabajador para poder preparar con suficiente antelación la documentación necesaria para la solicitud de la prestación a la Seguridad Social.

Por tanto, y teniendo en cuenta que en la dimisión no puede establecerse un lapso exacto de tiempo, dado que la legislación no lo contempla, sí parece claro que tal

⁴⁸⁸ RODRÍGUEZ SANTOS, E. *La extinción de la relación laboral por dimisión del trabajador*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. 2007. Pág.96. MELLA MÉNDEZ, L.: *La extinción de la relación laboral por jubilación del trabajador*. Ed. Lex Nova. Valladolid. 2002. Pág.81

requisito ha de ser respetado, como exigencia de buena fe por parte del trabajador y también a efectos administrativos y de producción.

Lo más lógico parece en este sentido regular el período de preaviso por convenio colectivo al igual que en los demás supuestos en que éste sea necesario y, de no ser así, aplicar el tan manido plazo de quince días, siempre y cuando éste se considere justo y proporcionado en relación con la actividad que el empleado venía desempeñando hasta ese momento.

5. Efectos de la extinción

Teniendo en cuenta los requisitos que se exigen para ser considerado beneficiario de la prestación por jubilación, es importante analizar cuáles van a ser las consecuencias principales de esta nueva situación. De este modo, conviene distinguir entre aquellas repercusiones que la decisión del trabajador va a conllevar, no sólo en el ámbito laboral, sino también desde la perspectiva económica.

5.1. Efectos contractuales

La jubilación se configura, como ya se ha visto en base al 49.1.g) ET, como una de las formas de extinción del contrato de trabajo, por lo que el efecto inmediato o más fácilmente identificable será la extinción del contrato de trabajo. Dado que la edad de jubilación en España carece de límites, tal decisión afectará única y exclusivamente a la voluntad del trabajador.

No se trata no obstante, de una apreciación legislativa tendente a favorecer a una de las partes contratantes, sino a una justa extrapolación del art.49.1.g) ET, que entiende que el contrato podrá extinguirse por la jubilación del empresario.

No obstante, sí es necesario recalcar la completa responsabilidad del trabajador respecto de los efectos dimanantes de la decisión extintiva. Así, procede

plantearse qué ocurre cuando el trabajador insta el cese de su puesto de trabajo y, posteriormente, descubre que no tenía derecho a la prestación que pretendía.

En este sentido la respuesta es clara. El trabajador asumirá las consecuencias de su conducta. Podría parecer injusta o desproporcionada esta aseveración, pero lo cierto es que para saber si se es beneficiario de dicha prestación, tan solo es necesario solicitar de la Seguridad Social un certificado de cotizaciones, previo a la declaración extintiva, para saber si se va a gozar o no de dicha prestación. Por tanto, el no hacerlo responde más a una conducta negligente del trabajador que a una verdadera renuncia de derechos o actuación desproporcionada del legislador.

Esto se justifica por el hecho de que, en realidad, el cese previo a la condición de pensionista, no es más que una dimisión *ad nutum* del 49.1.d) ET. En cuanto a forma y tiempo no existe regulación alguna, por lo que puede incluso asemejarse a la conducta de abandono, pero lo cierto es que, en puridad, los efectos en materia contractual son exactamente los mismos.⁴⁸⁹

En otro orden de cosas, y de manera excepcional, no obstante, puede darse el caso de ser prestatario de la pensión sin necesidad de extinguir la relación laboral. Me refiero, evidentemente, a los casos de jubilación parcial.

5.2. *La jubilación parcial y sus efectos*

La jubilación parcial, en cualquiera de sus modalidades, ya sea anticipada o diferida⁴⁹⁰ supone una reducción de horario de trabajo y salario para el trabajador, que se verá compensada proporcionalmente con su condición de pensionista. Sin embargo, y en caso de falta de acuerdo contractual o pacto en convenio colectivo, procederá un acuerdo individual, dado que el empresario estará obligado a realizar un contrato de relevo.

Sin embargo, aquí no se estará ante un supuesto de extinción de la relación laboral, sino más bien ante una novación del contrato de trabajo, produciéndose

⁴⁸⁹ ESTEVE SEGARRA, A.: *Muerte, incapacidad y jubilación del trabajador*. En: *Extinción del contrato de trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. Pág. 368.

⁴⁹⁰ Dependiendo de si se han cumplido o no los 65 años.

el hecho causante el día que el trabajador deja de prestar servicios a jornada completa y siempre que se hayan suscrito los respectivos contratos a tiempo parcial y de relevo.⁴⁹¹

Más aun, como recuerda ESTEVE SEGARRA⁴⁹², desde la modificación de 2001 el contrato de relevo ya no finaliza en el momento en que el trabajador alcanza la edad ordinaria de jubilación. Anteriormente, el hecho de que el trabajador se acogiera a la jubilación parcial significaba en realidad que el empleado estaba acometiendo una suerte de extinción progresiva. Así, decidía reducir su carga de trabajo hasta el momento de la jubilación, que no podía exceder de la edad regulada.

Sin embargo, en la actualidad, la verdadera extinción total del contrato de trabajo acontece cuando el trabajador decide, voluntariamente, poner término final a su relación laboral, ya sea la edad anterior o posterior a la recogida en la legislación o en los convenios colectivos.

En este sentido, la regulación de la jubilación parcial mediante convenio viene regulada en el 12.6.d) del Estatuto de los trabajadores. En él se establece la necesidad de que los agentes sociales tomen medidas de potenciación del empleo mediante la celebración de contratos de relevo. Sin embargo, como recuerda DEL REY GUANTER⁴⁹³, son muchos los convenios que no hacen siquiera referencia al tema o, haciéndola, no pasa de ser una vaga remisión a la literalidad del propio artículo, quedando pues, más en un principio que en una verdadera política de fomento del empleo.

En cualquier caso, lo que no puede olvidarse es el fundamento de la jubilación parcial, que no es otro que el fomento del empleo. Ello justifica que, por una parte, un despido anticipado del trabajador relevista deba ser subsanado con la

⁴⁹¹ VV.AA.: *Seguridad Social 2012. Memento práctico Francis Lefebvre*. Madrid. 2012. Pág.602

⁴⁹² ESTEVE SEGARRA, A.: *Muerte, incapacidad y jubilación del trabajador*. En: *Extinción ...* Valencia. 2011. Págs.394-395

⁴⁹³ DEL REY GUANTER, S., GALA DURÁN, C.: *La jubilación gradual y flexible. Aspectos legales y análisis de la reciente negociación colectiva*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004. Pág.117

contratación de otro que cubra su jornada, sin perjuicio de que además, deba afrontar las consecuencias de un posible despido improcedente. Del mismo modo, la extinción anterior del contrato de trabajo del pensionista, tampoco dará lugar a la finalización automática del contrato de relevo.

Finalmente, y dado que la solicitud a la Seguridad Social sólo puede realizarse una vez cumplidos estos requisitos, y con una antelación máxima de tres meses, no cabe período de preaviso, dado que dicha novación en todo caso habrá de ser pactada por ambas partes en las diferentes modalidades que ya se han mencionado.

En definitiva, el efecto principal a nivel contractual de la jubilación es, por regla general, la extinción del contrato de trabajo, si bien en el ámbito de la jubilación parcial esta afirmación es mucho más discutible. Cuando el trabajador manifiesta su deseo de reducir la carga de trabajo, pese a hacerlo voluntariamente, no está manifestando su voluntad de extinguir el contrato de trabajo, sino tan solo de hacerlo más acorde a su situación personal.

Algunos autores se han llegado a plantear, en referencia a la controversia que se ha planteado anteriormente, respecto de la imposibilidad de fijarse una edad obligatoria de jubilación, si cabría la opción de que, mediante convenio colectivo, se produjera una suerte de jubilación parcial forzosa⁴⁹⁴. A estos efectos, y pese a que la edad de jubilación puede ser utilizada como modo de reestructuración del mercado de trabajo y fomento del empleo, parece ciertamente arriesgado asumir esta postura desde el punto de vista de que se obligaría a un trabajador a novar el contrato laboral contra su voluntad por la sola razón de su edad.

⁴⁹⁴ A favor, PANIZO ROBLES, J.A.: *La nueva regulación de la jubilación parcial (un nuevo paso en el acceso gradual a la jubilación)*. Justicia Laboral. Nº12. Noviembre 2002. Pág.60. En contra, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: *Supuestos especiales de jubilación (anticipada, parcial, flexible y postergada)*. En *Pensiones por jubilación o vejez*. VV.AA. Ed. Aranzadi-Thomson. Pamplona. 2004. Pág.382.

5.3. Efectos económicos

La pensión de jubilación tiene su naturaleza en la sustitución de las rentas dejadas de percibir por el trabajador cuando decide que su vida laboral toca a su fin, siendo requisito indispensable para ello, que el empleado haya cumplido con un período de carencia, base principal del sistema de pensiones.⁴⁹⁵

5.3.1. Derivados de la extinción

Si bien es cierto que dimisión y jubilación son tratados en diferentes términos dentro de la legislación ya que pertenecen a los órdenes laboral y de Seguridad Social, no lo es menos que los efectos económicos derivados de la extinción del contrato de trabajo serán los mismos en un caso y en otro. Así, el mero hecho de finalizar la relación laboral no trae consigo ningún efecto económico, como pudiera ser el derecho a la prestación por desempleo. Pudiera parecer irrelevante este dato desde el punto de vista de que el que pretende ser pensionista, no opta a dicha prestación, pero sí adquiere cierta relevancia si se recuerda que, si una vez rescindido el contrato, el trabajador descubriera que no es en realidad beneficiario de la misma, tampoco tendría derecho a percibir otras retribuciones por este mismo concepto.

En consonancia con lo expuesto el trabajador únicamente recibirá, a la finalización de la relación laboral, aquellos conceptos devengados y que no hubieran sido satisfechos, a diferencia de lo que ocurre en otros países donde se genera una indemnización por razón de la jubilación en el momento de la extinción. Por supuesto tal cantidad responde a un derecho, esto es, el empleado se beneficia de forma automática.⁴⁹⁶

⁴⁹⁵ BARCELÓN COBEDO, S.: *Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social (Con las reformas introducidas por el RDL 11/2013)*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. Págs.143-144

⁴⁹⁶ No responde por tanto a posibles negociaciones colectivas o individuales. Así, Francia es probablemente el más cercano y claro ejemplo, si bien la cuantía de la prestación en ningún caso puede considerarse sustancial.

5.3.2. Respeto de las mejoras voluntarias

Las mejoras voluntarias son acuerdos alcanzados, ya sea en pacto individual o colectivo, por empresarios y trabajadores, a fin de mejorar las prestaciones que la Seguridad Social ofrece a través de su acción protectora. Sin embargo, y como recuerdan tanto doctrina como jurisprudencia⁴⁹⁷, el hecho de que versen sobre materias relacionadas con este ámbito, en incluso que queden reguladas en ciertos extremos por la misma normativa, no hace que el compromiso deje de ser única y exclusivamente responsabilidad de las empresas, salvo lo recogido en posibles acuerdos con entidades gestoras.

Así, y de acuerdo con la LPFP⁴⁹⁸, la responsabilidad de las empresas referirá únicamente a aquello a que se hubiera comprometido en los contratos de seguros y planes de pensiones.

Por tanto, y dentro de la negociación que puede haber entre ambas partes, una de las repercusiones económicas más importantes que pueden darse son las derivadas de la creación de un plan de pensiones cuyos requisitos atañen básicamente a aspectos formales tales como:

- La validez supeditada a la utilización de los instrumentos indicados por la propia LPFP.
- La imposibilidad de generar dichas coberturas mediante fondos internos

Finalmente, apuntar que el incumplimiento de los compromisos adquiridos en materia de mejoras voluntarias supone una infracción muy grave en base al art32.3LISOS relativo a las empresas que colaboran voluntariamente en la gestión.

⁴⁹⁷ ROQUETA BUJ, R.: *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Los planes/fondos de pensiones y los contratos de seguro*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010. Págs.247-249. En este mismo sentido, la jurisprudencia se ha pronunciado, no sólo respecto de mejoras como la relativa a la jubilación, sino también a otras como las relativas a muerte y supervivencia. Así, algunos ejemplos quedan reflejados en las SSTs de 13 de febrero de 1997 (RJ.1997/1263) y de 19 de julio de 1988 (RJ.1988/6199). También SSTSJ de de Galicia, de 11 de febrero de 1999 (AS.1999/294); y de 25 de abril de 1994 (AS.1994/1475).

⁴⁹⁸ Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.

En cualquier caso, y en un sentido general, lo lógico es que aquél que se jubile por razón de la edad sí pase a ser pensionista, supuesto este que le reportará una pensión vitalicia cuyo fundamento es para algunos autores la pérdida de la capacidad de trabajo ya sea física o psicológica⁴⁹⁹. Otros autores, sin embargo, la entienden como un caso de extinción natural, fruto del *natural*⁵⁰⁰ desarrollo de la vida del empleado. Sin entrar en mayores debates considero que ésta última percepción es la que engloba a la mayor parte de los casos, dado que el alcanzar determinada edad no supone una reducción de capacidades en todos los puestos de trabajo.

⁴⁹⁹ AMAUGER-LATTES, M.C. y ESTEBAN LEGARRETA (Directores) e YSÁS MOLINERO, H. (Coord.) VV.AA.: *La protección del empleo de los trabajadores de edad. Una perspectiva franco-española*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. Pág. 36.

⁵⁰⁰ En referencia al paralelismo con la extinción por jubilación del empresario, se entiende que la jubilación es un paso más dentro de la vida laboral del trabajador. Así, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M.: *Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo*. Relaciones Laborales. Nº13. 2008.

**III PARTE: LA EXTINCIÓN CAUSAL DE LA RELACIÓN LABORAL
POR PARTE DEL TRABAJADOR**

CAPÍTULO IX: CONFIGURACIÓN Y FUNDAMENTO

CAPÍTULO IX: CONFIGURACIÓN Y FUNDAMENTO DE LA EXTINCIÓN CAUSAL

1. La causa como supuesto habilitante de la extinción de la relación laboral a instancias del trabajador

La relación laboral, como vínculo de carácter contractual, exige a las partes integrantes una serie de obligaciones. En el caso del empleado, principalmente puede hablarse de la obligación de trabajar. Obligación, sin embargo, que queda supeditada a la libertad del trabajador de prestar sus servicios donde crea conveniente y a no hacerlo en caso contrario. El Estatuto de los Trabajadores, como se observa en este mismo trabajo, habilita al operario a finalizar su vinculación con el empresario por su mera voluntad, sin entrar a valorarse la razonabilidad de la decisión.⁵⁰¹

El fundamento básico de este precepto es el hecho de que una obligación de esta índole, que puede ser incluso de carácter indefinida, ha de suponer en cualquier caso, un acto voluntario por parte de quien la ejerce. La doctrina mayoritaria, ejemplificada en autores como RODRÍGUEZ PIÑERO o MARTÍN VALVERDE⁵⁰², considera que esta situación se sostiene en consonancia con las bases de nuestro ordenamiento laboral que, en su artículo 1.1.ET, reconoce que la prestación laboral ha de ser en cualquier caso voluntaria, y también con el ordenamiento civil, que en su artículo 1583CC se muestra reacio a los vínculos vitalicios.

De este modo, si se entiende viable la posibilidad de la desvinculación contractual no existiendo causa alguna, cuanto más será viable este hecho si existiera motivación. Es cierto que el ordenamiento jurídico aboga por la permanencia de los vínculos (1586CC) y trata de evitar que éstos queden a

⁵⁰¹ El 49.1.j) ET contempla la *voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario*, como causa de extinción del contrato de trabajo.

⁵⁰² MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*. Madrid. 1976. Págs. 107-108

RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. *La voluntad del trabajador en la extinción del Contrato de Trabajo*. Ed. La Ley-Actualidad. Madrid. 1998. Pág.29

merced de una de las partes (1256CC), pero también es incorrecto pensar que dicho principio constituye una obligación de permanencia indefinida en el tiempo. Efectivamente, el art.49.1.d) habilita al trabajador a extinguir su contrato cuando estime oportuno, con el único límite de la emisión del preaviso. Sin embargo, las circunstancias que se derivan de dicha decisión son, a mi juicio, difícilmente extrapolables al ámbito de la extinción causal.⁵⁰³

Cuando se habla de extinción *ad nutum*, se está ante una situación en que la voluntad interna del trabajador dimisionario es la de dejar su puesto de trabajo. Por el contrario, en los casos de la extinción causal regulados separadamente en el art.50ET, dicha intención tiene como origen una actuación externa, imputable al empresario, que hace imposible la perdurabilidad del vínculo.

En esta tercera parte podrán observarse las múltiples diferencias entre la extinción causal y la dimisión. Así, si bien es cierto que ambas responden a un criterio unilateral y su objetivo último es la extinción del contrato de trabajo, las similitudes se reducen básicamente a las dos mencionadas. Por ello, se analizarán desde los requisitos formales, que en el ámbito dimisorio se reducían a la observancia de un plazo de preaviso y a ciertos requerimientos en la manifestación de la voluntad⁵⁰⁴, a los efectos que de la solicitud de la extinción causal se derivan. Y digo solicitud, porque otra de las grandes diferencias existentes respecto de una figura y otra es el hecho de que, en este caso, ha de ser el juez quien faculte la extinción, puesto que ésta lleva aparejada una indemnización resarcitoria del perjuicio causado.

Por esta razón, el ordenamiento hace una clara distinción entre ambos preceptos, puesto que, en el segundo de ellos, existe una parte que ha obrado de manera contraria a lo pactado y otra que ha sido perjudicada. En base a este hecho, que

⁵⁰³ Inexistencia del derecho a la prestación por desempleo o a indemnización por dicha resolución como ejemplos más significativos.

⁵⁰⁴ Requerimientos, cabe recordar, ciertamente laxos, teniendo en cuenta que podía exteriorizarse la voluntad de forma expresa o tácita, exigiéndose únicamente que la conducta fuera unívoca y adoleciera de vicios.

supone una causa de extinción, surge la posibilidad de optar a una indemnización que repare el daño causado.

No obstante, la aparición de la indemnización supone un aspecto mucho más complejo de lo que a simple vista pudiera parecer. Como se analizará posteriormente, no es suficiente el incumplimiento del contrato para la generación de este derecho en favor del trabajador. Además, ha de existir un perjuicio constatado. Dicho perjuicio es tratado de forma muy laxa por el Estatuto de los Trabajadores, motivo por el cual el concepto de daño queda abierto a la interpretación. A pesar de ello, sí parece acertado atender, como recuerda DE MIGUEL LORENZO⁵⁰⁵, a los adjetivos que usa el apartado tercero del propio art.50.1.ET, y que no son otros que los de gravedad y culpabilidad.

Por esta razón, y a diferencia del ordenamiento civil en que ha de probarse, no sólo el daño, sino también la cuantía del mismo, para resarcir en función del perjuicio sufrido, en este caso lo que deberá probarse es, por una parte la existencia del mismo. Y, por otra, que tiene entidad suficiente. Y en este sentido el concepto de grave no debe confundirse con el aspecto económico, sino más bien con supuestos de reiteración en el tiempo e importancia y afectación al trabajador. Tal circunstancia se debe a que el bien jurídico protegido es en todo caso el trabajo, por lo que la indemnización que cubre dicha pérdida, será siempre la que corresponde al despido improcedente.

Por tanto, y volviendo a los conceptos de gravedad y culpabilidad, en el primer supuesto la mención es expresa, mientras que en el segundo, se deduce del hecho de que, por ejemplo, se excluyan los casos de fuerza mayor. Por esta razón, puede decirse que en el caso de la extinción *ad nutum*, el ordenamiento es el que habilita al trabajador a la rescisión del vínculo, mientras que en el caso de la extinción motivada, es la propia causa la que permite el ejercicio de este concreto

⁵⁰⁵ DE MIGUEL LORENZO, ANA M^a. : *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Estudios de Derecho Laboral. Madrid. 1993. Pág.26

derecho. Sin embargo, conviene, como se estudiará con posterioridad, diferenciar entre la causa habilitante⁵⁰⁶ y el nacimiento del propio derecho.

Y más aún, cabe diferenciar entre la facultad que el ordenamiento da para resolver la relación laboral y el entender dicho incumplimiento como condición resolutoria. En primer lugar porque dicha condición no ha sido pactada por las partes, por lo que, en palabras de CLEMENTE MEORO⁵⁰⁷, se habla de una “ficción” y, en segundo, porque, como se ha dicho, el incumplimiento es estudiado de una manera restrictiva, y no como un hecho que genere, de forma automática, el derecho a rescisión. En este sentido, y como quiera que el 50.1.a) ET se refiere expresamente a modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, se realizará una clara distinción entre los supuestos contenidos en este artículo, y los relativos a las variaciones ordinarias que se recogen en el art.41 de la misma norma en que se configura un derecho automático del trabajador a rescindir el contrato de trabajo, y en que el empresario no comete ninguna ilegalidad, más allá de pretender una novación contractual.

A pesar de lo expuesto, y aun aceptando que gravedad y culpabilidad son dos rasgos, en ocasiones, difícilmente identificables, en mi opinión el adjetivo “*determinante*”, utilizado en reiteradas ocasiones por la jurisprudencia⁵⁰⁸, es del todo adecuado al supuesto concreto. De este modo, ambos conceptos quedan subsumidos en dicho adjetivo, que constituye un nexo causal suficiente entre la conducta del empresario y la respuesta del trabajador.

Otro aspecto que debe tenerse en cuenta es la imposibilidad de equiparar la justificación del empresario a la hora de acometer un despido disciplinario o por causas objetivas, con la causalidad que se le atribuye al empleador en este caso.

⁵⁰⁶ Fernández Márquez, O. “*Tiempo para la resolución causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*”. En PÉREZ AMORÓS, F. y otros autores: *La extinción del contrato de trabajo*. Ed. Bomarzo. Albacete. 2006

⁵⁰⁷ CLEMENTE MEORO, M.C.: “*La resolución de los contratos por incumplimiento*”. Ed. Tirant lo Blanch. Tirant Monografías. 1992. Valencia. Pág. 267

⁵⁰⁸ STS de 20 de septiembre de 2011 (RJ.2011/7057). Pero también, a estos efectos la STS de 17 de mayo de 2006 (RJ.2006/7176); y STSJ de Madrid, de 2 de abril de 2012 (AS.2012/1038) y de TSJ del País Vasco, de 28 de septiembre de 2010 (AS.2011/1888).

A tales efectos, los tribunales son mucho más estrictos en comparación con la causa del despido. Es más, en ocasiones la exigencia de la culpabilidad en el incumplimiento queda del todo desvirtuada. De este modo, el Tribunal Supremo⁵⁰⁹ se muestra reticente a la hora de aceptar como válido el retraso en los pagos por la mala situación de la empresa (aún cuando ésta queda acreditada por una situación concursal, por ejemplo).

En definitiva, y en palabras de GARCÍA BLASCO, “*el derecho del trabajo tiene ante sí el reto de conjugar la protección de los intereses de los trabajadores, que abarcan nuevas necesidades y demandas, con la exigencia de brindar a las empresas un margen de flexibilidad suficiente para poder competir en una economía global.*”⁵¹⁰

2. Concepto y naturaleza jurídica de la extinción causal

2.1. Concepto

A la hora de hacer posibles interpretaciones acerca del verdadero significado de la motivación extintiva, muchas son las apreciaciones que pueden estudiarse. Se destacarán en este punto algunas de ellas, aprovechando otros apartados más acordes, para tratar las demás.

Según la RAE, causa es “*aquello que se considera como fundamento u origen de algo*”. Efectivamente, una primera aproximación a dicho concepto plantea que, sea cual sea la interpretación que se le dé, habrá de ser en cualquier caso el nexo directo con la extinción laboral.

⁵⁰⁹ STS de 24 marzo 1992 (RJ.1992/1870) principalmente, y SSTSJ Cataluña, de 11 de julio (AS.1995/3087) y de 29 de mayo (AS.1995/1998) de 1995, y del TSJ Cantabria, de 3 de abril de 1995 (AS.1995/1528) entre otras.

⁵¹⁰ GARCÍA BLASCO, J., en ÁLVAREZ GIMENO, R.: *La extinción causal por voluntad del trabajador*. Ed. Comares. Granada. 2012. Prólogo. Págs. XV-XVIII (XVI)

Sin embargo, esta apreciación es demasiado general. La doctrina, en gran parte adoptando posturas del ordenamiento civil, ha venido elaborando una serie de teorías al respecto del fundamento de la causa.

Así, puede definirse la extinción causal en el ámbito que ocupa, como aquella finalización de la relación laboral a instancias del trabajador, motivada por un incumplimiento ajeno a este y atribuible directamente, ya sea por acción u omisión de un deber que le es propio, al empresario.

2.2. *La causa laboral en el D° de Obligaciones*

Una primera visión sobre el fundamento de la causa extintiva hablaría de la finalización del contrato de trabajo como sanción a la parte incumplidora. En este caso, mi opinión es contraria a dicha teoría, al menos, por regla general. Y ello por el hecho de que, al contrario que en el ordenamiento civil, en las relaciones laborales no se presupone una situación de igualdad entre los contratantes. Salvo casos excepcionales, los trabajadores son fácilmente sustituibles y el empresario puede realizar una nueva contratación. En cambio, el empleado perderá su puesto de trabajo y habrá de buscar uno nuevo. No puede en este sentido, argumentarse que el empresario perderá a un trabajador como justificante de la conducta, dado que la dificultad de solventar ambos supuestos es netamente distinta.

Podría decirse que la extinción constituye una sanción en tanto en cuanto existe o puede existir una indemnización por daños y perjuicios o una sanción derivada de la finalización sobrevenida del contrato de trabajo. No obstante, es conveniente separar ambos conceptos: causa y extinción. Efectivamente, el incumplimiento es la causa de la extinción. Sin embargo, la posible indemnización sería, a fin de cuentas, la consecuencia de este hecho. Más aún cuando dicha penalización no se genera *per se*, sino que debe ser constatada y ordenada judicialmente.

Además, y en lo que se refiere al concepto de extinción como sanción, debe tenerse en cuenta el hecho de que la extinción por incumplimiento está prevista para la defensa de los intereses del perjudicado y no para el perjuicio del

incumplidor. De nada serviría este último aspecto si no llevara aparejada una garantía para aquel que ha sufrido el daño.⁵¹¹

A estos efectos, una segunda teoría de la que podría hablarse es la de la reparación del daño que, al contrario que la anterior, no se justifica en el perjuicio del incumplidor, sino en la protección de quien ha sufrido el incumplimiento. Puede considerarse una teoría de lo más útil en casos en que la permanencia laboral sea insostenible o en que el incumplimiento tenga visos de prolongarse. De este modo, tras la resolución judicial, el perjudicado queda libre de unas obligaciones contratadas que no serían satisfechas, esto es, que quedarían sin contraprestación.

De la misma manera, procedería en caso de determinarlo el juez, una indemnización por daños y perjuicios, si bien con distinto fundamento. No se habla en este caso de una sanción al empresario, sino de la reparación del daño causado al trabajador. Según la teoría de la reparación, se exoneraría a la parte perjudicada de continuar con la prestación derivada del contrato. Pese a que, en un primer momento, pudiera considerarse insuficiente, lo cierto es que es del todo lógica dado que supone la cesación de las obligaciones del que ha cumplido. Más aún cuando el inicio de un proceso laboral obliga a la permanencia del vínculo y el empresario puede devenir insolvente o existir otro tipo de problemas para el resarcimiento de daños.⁵¹²

Una tercera teoría o significado aplicable a la causa de resolución es la de la equidad. Según este enfoque, la resolución supondría equiparar el incumplimiento producido con la obligación de quien sufre el daño de cumplir con su prestación. Dicho de otra manera, dado que se considera patente que la obligación no ha sido satisfecha por una de las partes, se exonera a la otra de cumplir la suya. Y ello por el hecho de que no puede obligarse a una parte a continuar con la ejecución de lo pactado cuando resulta claro que no va a ser

⁵¹¹ DÍEZ-PICAZO, L Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil* V2.Ed: Tecnos. 14ªEdición.2006.Madrid

⁵¹² ÁLVAREZ VIGARAY, R.: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. Ed. Comares. Granada. 1986. Pág. 95

satisfecho en sus derechos y, además, habrá de soportar el gasto que supone la exigencia del cumplimiento o de la resolución ante los tribunales.

Esta visión extraída de la doctrina civil⁵¹³ ha de ser matizada en lo que al ordenamiento laboral se refiere. Básicamente porque, pese al incumplimiento, existe una permanencia de la relación laboral, que ha de subsistir hasta la decisión judicial. El hecho de que exista un incumplimiento por parte del empresario no quiere decir, como ocurre en el ordenamiento civil, que no vaya a ser satisfecha la obligación.⁵¹⁴ Además, tal y como opinan algunos autores, podría encontrarse cierta identidad entre la teoría de la equidad y la de la causa recíproca, y que consiste en satisfacer la parte equivalente al daño sufrido.⁵¹⁵

Esta teoría, la última que comentaré, considera que la resolución parte de la desaparición sobrevenida de la causa del contrato. Así, cuando una parte no cumple, la obligación de la otra desaparece por lo que, del mismo modo, también lo hace la causa del contrato. Por ello, y dado que el art.1261CC exige, para la validez de un contrato, que existan consentimiento, objeto y causa, el vínculo sería nulo. Esta visión es, en mi opinión, criticable en el ámbito civil, y más dudosa si cabe en el ordenamiento laboral. El hecho de que el empresario deje de cumplir con alguna de las obligaciones pactadas por contrato no exonera, a priori, al trabajador, de ninguno de los deberes que le corresponden. Más aún, el incumplimiento por parte del empleado podría dar lugar a una sanción disciplinaria por parte del empresario. Que la causa no sea satisfecha no supone en modo alguno su inexistencia. Las consecuencias del incumplimiento serán valoradas por el tribunal pero, en ningún caso, por la voluntad del trabajador.

2.3. *La interpretación de las diversas causas*

Llegado el final del análisis previo de la figura de la extinción causal, que precede al estudio pormenorizado de los motivos que la habilitan, su proceso y

⁵¹³ ÁLVAREZ VIGARAY, R.: *La resolución de los contratos...* Pág.95

⁵¹⁴ Por ejemplo, por intervención del FOGASA en salarios devengados y no satisfechos.

⁵¹⁵ ROCA SASTRE, R.M.: *Dº Hipotecario*. Bosch. Barcelona. 2008

características más importantes, conviene hacer una breve reflexión que sienta las bases del contenido que, a continuación, va a desarrollarse.

De este modo, vuelve a plantearse la disyuntiva de si la naturaleza civil de la rescisión es aplicable en el ordenamiento laboral. En este sentido, y pese a que el Derecho del Trabajo tiene raíces muy marcadas derivadas del derecho privado, la especificidad y autonomía del primero no han de ser puestos en duda. Y ello, principalmente, porque la legislación laboral tiene unos destinatarios muy particulares. Así, *“para valorar la subsistencia de una causa justa de rescisión del trabajador, el juez debe tener en cuenta la situación de inferioridad en la que el trabajador se encuentra precisamente por el desarrollo de una actividad laboral subordinada.”*⁵¹⁶

No obstante, sí existen unas reglas generales que proceden del orden civil y que pueden ayudar a entender el fundamento de esta figura.

El primer aspecto que ha de quedar patente a la hora de definir la dimisión causal es que, al igual que en otros contratos civiles, se está ante un vínculo de obligaciones recíprocas en que ambas partes consienten realizar una prestación para con la otra. Por tanto, existe una relación entre ambas que da sentido al contrato. Se trata, como dice OGAYAR Y AYLLÓN, de que *“cada contratante vea en la prestación del otro la compensación de su propia prestación”*.⁵¹⁷ Es por ello que, ante un incumplimiento del contrato por parte del empresario, se está atentando contra el objeto que lo propició, y de ahí la facultad que se da al trabajador de extinguirlo y poder pedir la indemnización. Sin embargo, el porqué el empleado ha de continuar prestando sus servicios cuando es patente el incumplimiento empresarial reviste distinta motivación.

La respuesta precisa de tres motivaciones: la primera es la de la tendencia a la continuidad de los contratos en que coinciden los ordenamientos civil y laboral;

⁵¹⁶ MERONI, F.; MOTTA, A.; LABRIA, G.: *La risoluzione del rapporto di lavoro subordinato*. Pirola Editore. Segunda edición. 1991. Milán. P.278

⁵¹⁷ OGAYAR Y AYLLÓN, T.: *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina Jurisprudencial sobre los Artículos 1124 y 1504 del Código Civil*. Ed. Aranzadi. Pamplona.1983. Pág.72

la segunda es el hecho de que *“la acción corresponde sólo al perjudicado que cumplió lo que le incumbe y sufre el incumplimiento de las obligaciones del contrario”*.⁵¹⁸ La tercera finalmente, es que será en cualquier caso el juez quien determine si el motivo de la resolución es adecuado y suficiente respecto de la conducta del trabajador.

Finalmente, queda claro que el incumplimiento ha de ser la verdadera causa de la resolución. Respecto de los requisitos de gravedad y culpabilidad, lo cierto es que este último va perdiendo fuerza, salvo en casos de fuerza mayor, a medida que va evolucionando la jurisprudencia. Así, excepciones como la nefasta situación económica de la empresa son cada vez menos y peor acogidas, puesto que el trabajador es ajeno a los frutos de su labor y no puede responsabilizarse de una gestión desordenada o que no produzca los resultados previstos.

Hechas estas precisiones, en los próximos capítulos se afrontará el análisis pormenorizado de la extinción causal al amparo del artículo 50.1ET que expone las motivaciones principales por las que puede llevarse a cabo. Además, se estudiará el régimen procesal propio de la figura y algunos problemas, como el requisito de permanencia o las conductas del trabajador ante este fenómeno, que ya se han adelantado y que merecen una disección mayor.

En los capítulos siguientes se profundizará en cada una de las causas generadoras de la extinción causal por voluntad del trabajador. Para ello se seguirá el orden establecido por el art.50ET y se desarrollarán algunos de los aspectos avanzados aquí como pueden ser el factor constitutivo de la decisión judicial o el requisito de permanencia, puestos ambos en tela de juicio tras la promulgación de la nueva LRJS, que tras la amplia reforma en lo que a medidas cautelares se refiere, ha puesto en duda estos y otros aspectos que, desde las primeras normas laborales en período democrático parecían incuestionables. Más aún, el propio artículo 50 ha sufrido importantes modificaciones de forma directa e indirecta. En este sentido, se prestará especial importancia a la reforma operada por la Ley 3/2012,

⁵¹⁸ STS de 4 mayo 1982 (RJ.1982/2553)

en que se eliminó el requisito del menoscabo a la formación profesional del trabajador por una parte pero, principalmente, se reformuló por completo el articulado relativo a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

Por ello, estos nuevos posicionamientos no estarán exentos de controversia y, junto con el resto del procedimiento en materia de extinción del contrato de trabajo, serán tratados en los sucesivos capítulos.

2.4. Naturaleza jurídica

En conclusión, han de extraerse unas notas comunes a todas las teorías que han ido analizándose que permitan dar una idea general de la causa habilitante de la extinción y que ayudarán a distinguir y precisar la verdadera naturaleza jurídica de la institución.

En primer lugar, parece claro precisar que en la extinción causal, desde un punto de vista amplio, es necesaria la iniciativa de una de las partes, en concreto, del empleado. Tal voluntad deberá expresarse mediante una acción ante los tribunales. Ello se fundamenta en la tendencia del ordenamiento jurídico español a la pervivencia de los contratos y a las funestas consecuencias que tendría la opción contraria.

Sin embargo, en el caso que ocupa, se trata de una voluntad muy específica, ya que viene justificada por el incumplimiento contractual de la contraparte. Es cierto que la iniciativa para romper el vínculo jurídico parte del trabajador, pero también lo es, al igual que en supuestos paralelos como podría ser el despido disciplinario, que la relación se ha visto forzada a este extremo, precisamente por no haber sido respetada la causa de la misma. Ello no quiere decir, no obstante, que dicha causa generadora del contrato no haya existido, pero sí que su incumplimiento ha generado la extinción.⁵¹⁹

⁵¹⁹ Como se sostiene en la teoría de la causa recíproca, lo cual haría nulo el contrato de trabajo.

En segundo lugar, y pese a que esta afirmación no es unánime entre todas las teorías, si parece generalizada la opinión de que la causa habilitante de la extinción opera en beneficio del trabajador perjudicado. El fundamento no puede encontrarse, por tanto, en el perjuicio que se pretende causar al supuesto incumplidor, sino a la reparación del daño causado por el mismo.

Finalmente, todas las teorías coinciden al concluir que la causa que provoca la finalización de la relación laboral no producirá en modo alguno efectos retroactivos⁵²⁰. Y ello es así por el hecho de que la prestación laboral y las obligaciones satisfechas por el empresario hasta el momento fueron ajustadas a derecho, existiendo los citados requisitos necesarios para su validez (consentimiento, objeto y causa), y que no pueden ser borrados por un incumplimiento posterior.

En definitiva, respecto de la naturaleza jurídica de la extinción causal, es imposible desconocer las similitudes con la dimisión desde el punto de vista de que se trata de un negocio jurídico resolutorio y unilateral: resolutorio puesto que el fin es igualmente la extinción del contrato de trabajo y, unilateral, porque pese a las inferencias externas que puedan atribuírsele a la otra parte, lo cierto es que la decisión extintiva y su manifestación corresponden al trabajador. Y será la causa extintiva la que, no sólo marque la diferencia entre una figura y otra, sino que será el eje de esta tercera parte, no sólo como motivación de la extinción, sino también como generador de una serie de consecuencias claramente diferenciadas para ambas partes. Es por ello que en los siguientes capítulos se determinarán los supuestos generadores de la rescisión más relevantes. En este capítulo, no obstante, se estudiará la propia institución jurídica desde un punto de vista teórico y se avanzarán algunas notas características de la misma, que serán desarrolladas con posterioridad.

⁵²⁰ En relación con la teoría de la causa recíproca.

2.5. *La dimisión provocada*

El incumplimiento del contrato de trabajo por parte del empresario está configurado como causa de extinción en el art.49.1.j) ET, y obtiene su desarrollo en el art.50 de la misma norma. Así, como recuerda LOUSADA AROCHENA, puede denominarse a este instituto jurídico como dimisión extraordinaria o resolución.⁵²¹

Si se opta por la primera definición, se está haciendo énfasis en la unilateralidad y decisión última del trabajador. En cambio, el término resolución guarda mayor relación con un concepto sancionador del incumplidor. En cualquier caso, sea cual sea la elección, ninguna de ellas es excluyente de la otra, si bien en este trabajo se utilizará principalmente el término extinción causal, para referirse a la dimisión del empleado justificada en el incumplimiento del empresario. En realidad, y como se ha observado en la primera parte, a diferencia de lo que ocurría con la dimisión *ad nutum*, la extinción motivada por un incumplimiento empresarial no ha planteado excesivas dudas para el legislador. Y ello no por un especial miramiento de los intereses del trabajador, sino simplemente porque, aun desde un punto de vista estrictamente civilista, la contravención de lo acordado en contrato por una de las partes, puede suponer la rescisión del mismo por la parte perjudicada.

Obviamente, la voluntad última de rescindir una relación, del tipo que sea, será siempre de aquel que la denuncie, pues tal situación requiere una conducta activa a cargo de una de las partes. Sin embargo, sería una valoración ciertamente simple el reducir toda la carga de esa voluntad al trabajador. De no reconocerse la posibilidad del trabajador a acceder a una indemnización causada por el mal hacer del empresario, éste podría desprenderse del trabajador mediante una conducta, propia o delegada, que hiciera insostenible, para el trabajador, la convivencia dentro del seno de la empresa. Efectivamente, SUÁREZ

⁵²¹ LOUSADA AROCHENA, J.F.: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. En RDS. N°48. Ed. Bomarzo. Albacete. Octubre-diciembre 2009. Págs.109-129 (109).

GONZÁLEZ⁵²² apunta a que el legislador, a la hora de redactar el art.50ET siguió una línea continuista con la Ley de Relaciones Laborales que, en su artículo 21.2, facultaba al trabajador a solicitar la extinción de una forma mucho más clara y resuelta que su predecesora, la LCT de 1944, y que viene a equiparar este tipo de conductas con las del despido improcedente, en lo que se refiere a las consecuencias indemnizatorias para el empresario.

Y ello porque en el caso concreto, a diferencia de la extinción *ad nutum*, la voluntad del trabajador queda condicionada por una conducta irregular del empresario. De este modo, al igual que se exige que a la hora de contratar y en el tracto sucesivo no existan vicios de la voluntad, tampoco ha de haber cortapisas a la hora de resolver.

No obstante, es necesario distinguir entre los vicios de la voluntad (que conducen a la nulidad de la relación), y las causas que provocan la resolución del contrato de trabajo. Así, la voluntad del trabajador a la hora de resolver en casos de extinción causal viene dada por un incumplimiento, de ahí la indemnización que puede generarse, pero la voluntad interna y externa del trabajador permanecen inalterables.

Tampoco se encontrarán dentro de la resolución causal supuestos como los contenidos en el ámbito de la dimisión, en que motivaciones ajenas al contrato de trabajo han supuesto protecciones especiales para el trabajador. Así, si bien es cierto que se han analizado con especial atención los supuestos de jubilación o abandono de la mujer víctima de violencia de género, como aspectos no causales desde un punto de vista contractual, pero que por su especial relevancia eran regulados de forma distinta por el legislador, en este caso las motivaciones son en gran medida de carácter contractual⁵²³, y en todo caso responden a

⁵²² SUÁREZ GONZÁLEZ, F. Y OTROS AUTORES: *La Extinción del Contrato de Trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores* (II Ponencia). I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Málaga. 1980. Pág.9

⁵²³ Si bien en determinados casos se acepta el carácter extracontractual de algunos incumplimientos, cuando éstos, aun no figurando en el contrato, sean considerados deberes del empresario inherentes a la relación laboral. Por poner un ejemplo, la observación y garantía de los derechos de seguridad e higiene

incumplimientos cometidos por el empresario, o personas responsables en el ámbito de la empresa, que provocan un perjuicio constatable en el trabajador.

Y ello es así porque, pese a que el Estatuto de los Trabajadores habla de la voluntad del trabajador, dicha iniciativa es ciertamente matizable. En efecto, es el empleado el que toma la decisión de finalizar la relación laboral. Sin embargo, se trata de una actuación fundada en una anomalía, causante directa de dicha decisión. En otras palabras, se trata de una voluntad inducida por la conducta lesiva hacia una de las partes. Es por esta razón que el trabajador se ve obligado a realizar un “*sacrificio*”⁵²⁴ que, de haberse observado las condiciones contractuales, en ningún caso hubiera llevado a cabo.

De este modo, si se considera conforme a derecho la rescisión del contrato de trabajo en base a actuaciones del empresario consideradas lícitas⁵²⁵, cuanto más lo va a ser la finalización del vínculo ante incumplimientos del vínculo adquirido.

Nace así el concepto de dimisión provocada o despido indirecto. En efecto, esta última nomenclatura no es baladí, en tanto en cuanto la jurisprudencia, según recuerdan autores como LEFEBVRE o RODRÍGUEZ PIÑERO, ha seguido la tendencia de equiparar extinción causal con despido, si bien con claras distinciones derivadas de la iniciativa del acto jurídico y de la responsabilidad de la conducta.⁵²⁶

Así, conviene aclarar ciertos paralelismos a fin de no confundir conceptos. La primera asimilación que pudiera hacerse es la relativa a la existencia de una identidad entre el despido disciplinario (art.54) y la extinción causal (art.50). En efecto, tanto una como otra responden a la resolución del contrato a cargo de una

en el trabajo, aun no constando en el vínculo laboral, son obligación inexcusable del empleador y su incumplimiento puede generar la extinción del contrato de trabajo.

⁵²⁴ RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. *La voluntad del trabajador en la extinción del Contrato de Trabajo*. Ed. La Ley-Actualidad. Madrid. 1998. P.139

⁵²⁵ Modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art.41ET, modificado por el RD 3/2012, de 10 de febrero.

⁵²⁶ RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. *La voluntad del...* Pág.111. También en el mismo sentido, otros autores como LEFEBRVE.F.: *Rupture du contrail du travail*. Pág.32

de las partes por incumplimiento de la otra. Lo que pretenden ambos preceptos es eximir a quien cumple sus obligaciones contractuales de seguir haciéndolo y, además, liberarles igualmente de las posibles consecuencias de dicha actuación. De este modo, el despido disciplinario permite al empresario rescindir el contrato sin tener que afrontar indemnización alguna para con el trabajador, puesto que, de no haber incumplido lo pactado, el empresario no hubiera necesitado tomar una decisión de este tipo. Igualmente, el trabajador que extingue su relación por la vía del art.50, lo hace porque no se han respetado sus derechos contractuales. Por eso, a pesar de su voluntad extintiva, tiene un derecho resarcitorio no reservado a los trabajadores dimisionarios del 49.1.d).

La extinción causal por voluntad del trabajador y el despido por causas objetivas y disciplinario tienen en común la exigencia de motivación en la decisión para la finalización de la relación contractual. Además, en ambos casos, tal y como recuerda RODRÍGUEZ PIÑERO⁵²⁷, el bien jurídico protegido⁵²⁸ es el mismo aunque la causa sirve para diferentes utilidades. Mientras que en el despido, la causa es requerida básicamente para justificar el porqué se quiebra la estabilidad en el empleo, en el caso de la dimisión causal, la motivación tiene que justificar el efecto resarcitorio.

Así, si bien en el despido disciplinario el empresario no obtiene beneficio alguno, dado que no puede considerarse un beneficio el prescindir de un trabajador, en la extinción causal el trabajador sí es resarcido por el daño sufrido.

No obstante, se plantean algunas diferencias entre ambas figuras, pero especialmente una en particular. Mientras que el despido disciplinario actúa como derecho sancionador a cargo del empresario, que es una de las partes contratantes, en el caso del trabajador la decisión final la toma el juez y no es hasta que éste decide, que se produce la extinción. Es cierto que el trabajador

⁵²⁷ RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^o.F. *La voluntad...* Pág.140.

⁵²⁸ En ambos casos el bien jurídico protegido es la estabilidad en el empleo. Motivo por el cual se exige la causa motivadora del despido o la ruptura de la relación, que provoca la pérdida del propio empleo, en la extinción causal del art.50.ET

puede recurrir el despido disciplinario, pero no lo es menos que el mismo produce efectos desde su comunicación por escrito al trabajador.

Lo que no puede pensarse es que el derecho sancionador del empresario ante un incumplimiento del trabajador deriva en un derecho paralelo del empleado ante una mala praxis del empresario. Cuando un empresario despide a un trabajador mediante la vía del 54ET, el perjudicado es el trabajador⁵²⁹. Pero de la misma forma, cuando un trabajador inicia el procedimiento de extinción del 50ET, el perjudicado sigue siendo el mismo empleado que, en uno y otro caso, va a perder su empleo.

Sin embargo, la principal diferencia radica, en mi opinión, en el fundamento del incumplimiento. Mientras que, al hablar de una falta disciplinaria, se habla de “*la violencia injustificada de una obligación profesional lícitamente impuesta*”⁵³⁰, es decir, de una actuación consciente y dolosa, en el supuesto de la extinción causal, la actuación puede haber sido negligente o, simplemente, responder a una situación dificultosa o grave de la empresa, no siendo exigible la mala fe. Pudiera hacerse en este caso, tal y como apunta FERNÁNDEZ LÓPEZ⁵³¹, una distinción entre faltas o incumplimientos contractuales del art.54ET e incumplimientos laborales del art.58. Mientras que el primero de los preceptos exige la culpabilidad del trabajador, nada dice el segundo al respecto.⁵³²

Por tanto, puede concluirse que la verdadera similitud entre despido y extinción causal es el concepto indemnizatorio. Mientras, a lo largo de la historia

⁵²⁹ Si bien puede decirse que, además de perjudicado, es responsable de los actos que produjeron tal situación. Es más, el perjuicio puede ser compartido puesto que los actos que generaron la extinción pueden haber causado algún daño al propio empresario.

⁵³⁰ CAMERLYK-LYON CAEN PELISSIER, *Droit du Travail*, París, 1984. Pág.425

⁵³¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: *El despido disciplinario en la empresa*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Madrid. 1991. Pág.178.

⁵³² Es más, la culpabilidad puede ser completamente irrelevante en ciertos casos. Puede destacarse como uno de los más representativos el del incumplimiento o los retrasos en el pago del salario, dado que, de lo contrario, se estarían justificando la mayoría de supuestos. Pueden servir por tanto, para facilitar la prueba del daño causado, pero no serán en principio determinantes de la existencia o no del daño.

legislativa laboral⁵³³ de la primera mitad del siglo veinte, la indemnización para ambos casos era supeditada en cuantía y razonamiento a la voluntad del juez, hoy en día dicho resarcimiento se dará si concurren las causas previstas en la normativa y su cuantía es siempre la misma, en relación con la modalidad extintiva ante la que se esté.⁵³⁴

Profundizando en el término objeto del estudio, ha de decirse que, a menudo, tiende a equipararse dimisión provocada con incumplimiento contractual. Aceptando, por supuesto, que la falta de respeto a lo pactado puede devenir en la finalización *ante tempus* del contrato de trabajo, no es correcto decir que dicha violación, por sí sola, genera el derecho rescisorio.

Así, el legislador español, en la redacción del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, estipuló una cláusula abierta (*cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario*) que permitiera abarcar las diferentes conductas lesivas a las que pudiera verse sometido el trabajador. No sólo eso, al hablar de “obligaciones”, no se puntualiza si tales preceptos son los derivados del contrato, de convenio colectivo... Son, en general, todas las obligaciones que la Ley impone al empresario.

A este respecto, pueden encontrarse dentro de este grupo incumplimientos que, sin constituir una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, supongan un perjuicio cualificado para el trabajador. Y ello porque el verdadero fundamento de la institución no es en sí el acto, como pueda ser en este caso la modificación sustancial, sino más bien el perjuicio causado. Dicho de otro modo, una modificación sustancial que no traiga consigo un perjuicio no derivará en el

⁵³³ ALBIOL MONTESINOS, I. “*La resolución del contrato de trabajo por el trabajador. (En torno al artículo 78LCT)*”. (Escuela Social de Valencia). 1973

⁵³⁴ La cuantía viene determinada por el art.50ET para el resarcimiento del daño al bien jurídico protegido, que en este caso es la pérdida del trabajo. Así, por este concepto no cabrá el abono de indemnizaciones suplementarias, salvo pacto anterior entre las partes. Sin embargo, sí cabe resarcir otros posibles daños que no se derivaran del incumplimiento contractual en sí mismo, sino que fueran a contrarrestar posibles pérdidas patrimoniales del trabajador a causa de la mala praxis del empresario. Estas indemnizaciones, al contrario que las de carácter extintivo, sí han de ser probadas, no sólo en lo referente a su existencia, sino también a su cuantía, por estar más relacionadas con el concepto de reparación íntegra y de exclusión de enriquecimiento injusto del ámbito civil.

derecho a la extinción causal mientras que, una modificación no sustancial que sí lo provoque, podrá generar este derecho⁵³⁵. El caso más claro sería el de una conducta dentro del poder de dirección del empresario que fuera claramente discriminatoria entre los propios trabajadores.

No obstante, cuando se habla del verbo provocar, se alude a la voluntad deliberada de alguien en producir un resultado o una situación, esto es, a una conducta, por acción u omisión, que produzca una consecuencia deseada. Sin embargo, en el caso que se está estudiando, dicha provocación puede no existir. Realmente, cuando se produce un retraso o un impago del salario de un trabajador o cuando el empresario realiza una modificación sustancial de las condiciones de trabajo pactadas, no cabe presumir que lo haga por mala fe, sino más bien por una falta coyuntural o estructural de liquidez, una mejor estructura organizativa de la empresa...

Es por ello que, en algunos casos, hablar de dimisión provocada puede no ser correcto dado que la intención del empresario no es forzar la situación extintiva, sino que responde a una situación sobrevenida.

De este modo, considero que el término dimisión provocada, en su tenor literal, responde mejor a situaciones en que el empleador, de manera consciente y dolosa, realiza conductas que llevan irremediamente a formar en el trabajador la sensación de necesidad de finalización del vínculo.

Me refiero, claro está, a casos flagrantes de violación de derechos fundamentales. Es un ejemplo claro el del acoso moral en el trabajo, que tiende a reconducirse al artículo 50ET y en el que el empresario, con su conducta, manifiesta tácitamente su intención, provoca, que el trabajador se plantee la extinción del contrato. Es por ello que, al hablar de dimisión provocada, faltaría añadir “por el empresario”, dado que la mera causación, sin aludirse al sujeto responsable, hace que el concepto adquiera un amplísimo significado. Sin embargo, el art.50ET,

⁵³⁵ DE MIGUEL LORENZO, ANA M^a. : *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Estudios de Derecho Laboral. Madrid. 1993. Pág.103.

GONZÁLEZ DE PATTO, R.M^a.: *La dimisión provocada*. Ed. Comares. 2009. Granada. Pág.351.

conocedor de la extinción cualificada por voluntad del trabajador, refiere únicamente a supuestos en que la otra parte no cumple con lo estipulado. Prueba de ello es que el apartado c) del citado artículo, a fin de englobar todos los supuestos posibles, se refiere a *cualquier otro incumplimiento grave* del empresario.

Del mismo modo, podría englobarse en esta figura la falta de derecho a la ocupación efectiva del puesto de trabajo, amparada por el art.4^{ET}, y que, por tanto, supone un derecho derivado “*directa e inmediatamente*” del contrato de trabajo.⁵³⁶

La jurisprudencia, al respecto, trata de distinguir entre lo que denomina extinciones “*subjetivas*” y “*objetivas*”. Mientras que las segundas actúan al margen de cualquier “*reproche culpabilístico de un determinado agente*”⁵³⁷, las primeras son debidas a la actuación o voluntad de una de las partes. Es por ello que en el caso de las extinciones objetivas la indemnización es menor, veinte días, puesto que se deben a una situación sobrevenida no atribuible al empresario⁵³⁸. Al contrario, en los casos del artículo 50, el resarcimiento por daños y perjuicios se realiza de acuerdo con lo estipulado para el despido improcedente.⁵³⁹

En definitiva, de lo que se trata es de evitar que “*un incumplimiento de las obligaciones impuestas por el contrato de trabajo al empleador, sitúe a aquél en una posición forzada de dimisión, sin recibir la indemnización correspondiente al despido.*”⁵⁴⁰

⁵³⁶ MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al artículo 4^{ET}”, en *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*. MONEREO PÉREZ. Ed. Comares. 1998. Granada. Pág.130.

⁵³⁷ STS de 22 de diciembre de 2008 (RJ.2009/1434)

⁵³⁸ Arts. 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores.

⁵³⁹ 33 días por año trabajado con un límite de 24 mensualidades desde el RD 3/2012, de 10 de febrero.

⁵⁴⁰ STSJ de Galicia, de 27 de octubre de 2009 (AS.2009/2999). En ella se explica la necesidad de evitar los efectos de la dimisión, esto es, que el trabajador, además de perder su empleo, quede sin sustento alguno cuando la razón de la rescisión es responsabilidad del empresario. Del mismo modo se refieren a este hecho las También las SSTSJ de 25 de abril de 2011 (AS.2011/208230); de Castilla-La Mancha, de 2 de julio de 2007 (AS.2007/357426); de Madrid, de 25 de abril de 2007 (AS.2007/230946); de la

Concluyendo, la figura objeto del estudio tiene una causa, el incumplimiento de una de las partes, que faculta a la otra a romper el vínculo que les une. La peculiaridad que puede deducirse de la misma es que el negocio jurídico resolutorio, en sí, no beneficia a la parte que lleva la iniciativa, pues ha de suponerse que un trabajador no pretende finalizar su relación laboral, salvo razones que exceden del vínculo laboral. Es por esta razón que el legislador, a fin de evitar conductas del empresario que forzaren al trabajador a dimitir, produciéndose un grave perjuicio para el empleado, establece la figura de la extinción causal.

Para ello, sin embargo, el trabajador debe demostrar que su extinción no responde a su mera voluntad y que los incumplimientos contractuales le han obligado a llegar a dicho extremo, puesto que, como se ha comentado, tales contravenciones contractuales, han de ser graves y culpables.

Por tanto, y según palabras de ALMANSA⁵⁴¹, es el trabajador el que extingue, si bien su voluntad viene condicionada por la actuación irregular del empresario.

3. El incumplimiento

No por parecer obvio que, para la existencia de una indemnización cualificada, es necesaria la constatación de un incumplimiento, ha dejado de haber controversia al respecto. En realidad, los apartados b) y c) refieren claramente a contravenciones de la legislación laboral o de los contratos, entendiendo que, por una parte, el retraso en el pago es un incumplimiento claro, mientras que por otra, el último precepto del artículo refiere directamente a “*cualquier otro incumplimiento grave*”.

Comunidad Valenciana, de 14 de febrero de 2006 (AS.2006/2217); y de Andalucía, de 1 de abril de 2008 (AS.2009/1241).

⁵⁴¹ALMANSA PASTOR, J.M.: *La obligación salarial*. Universidad, Departamento de Derecho del Trabajo. 1976. Valencia.

Sin embargo, las dudas surgen a la hora de analizar el apartado a), relativo a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Y ello no responde a otro hecho que el de que las modificaciones pueden ser completamente lícitas. Así, si se habla de modificaciones injustificadas, no cabrá la extinción sino la reposición en las anteriores condiciones.

Pero lo que tampoco puede aceptarse es que una conducta amparada por el ordenamiento sea “castigada” con semejante indemnización. Es por ello que, normalmente, se suele esgrimir que el incumplimiento no está en la modificación sustancial (que en ese caso podría ser incluida en el 41ET) sino más bien en el menoscabo de la dignidad del trabajador o, anteriormente, en la formación profesional, que junto a la gravedad y culpabilidad de la conducta, diferenciaban una modificación sustancial ordinaria de otra generadora de los efectos extintivos.

4. Las consecuencias del incumplimiento: el resarcimiento

Otro de los aspectos a valorar es la consecuencia del incumplimiento: la indemnización. Mientras que en el contrato civil la cuantificación o ponderación de la misma corresponde al juez, en el ámbito laboral no existe tal libertad, puesto que la única estimación posible es, en principio, la que ofrece el artículo. Es decir, que ante un incumplimiento grave y culpable del trabajador, el empresario habrá de indemnizar al trabajador por la cuantía correspondiente al despido improcedente. Por tanto, en el proceso civil es posible obtener una indemnización más acorde al daño causado. Se presume por tanto, que el resarcimiento laboral engloba todo el daño causado.

Sin embargo, esta afirmación ha de ser matizada, vista la evolución de la más reciente doctrina y jurisprudencia. En primer lugar, la legislación laboral española establece⁵⁴² que la sentencia que se dicte “ordenará el cese inmediato

⁵⁴² Art.182 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social que deroga el artículo 180 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. (Vigente hasta el 11 de diciembre de 2011).

de la actuación contraria a derechos fundamentales o a libertades públicas, o en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados.”(182.1.cLRJS) y añade que procederá “la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados” (182.1.d LRJS).

De este modo se extrae que, ante la vulneración de un derecho o libertad fundamental, el trabajador puede exigir una indemnización complementaria en base al daño causado. Sin embargo, es más complicada la respuesta cuando lo que se plantea es un daño producido por un incumplimiento que no provenga de la lesión de un derecho fundamental. Es de vital importancia en este sentido citar la STS de 17 de mayo de 2006⁵⁴³, que resolvió Recurso de Casación para la Unificación de la Doctrina y en que se planteó un caso de vejación a un trabajador al que se le encomendaron tareas muy distintas y de inferior categoría a las que motivaron su contratación, llegando al punto de interrumpir sus vacaciones anuales para la realización de servicios que atentaban contra su dignidad profesional. En las sentencias de contraste, en ambas, *“se ejercita una misma acción resolutoria del contrato laboral en base a una situación de acoso laboral a que se halla sometido el trabajador y postulándose en ambas acciones, junto a la indemnización correspondiente a la extinción del contrato de trabajo, la derivada de los daños materiales y morales sufridos por el trabajador*

⁵⁴³ RJ.2006/7176. También, sobre la posible compatibilidad entre la indemnización contenida en el artículo 50 ET y otras posibles reparaciones por los daños sufridos, SSTS de 20 de septiembre de 2011 (RJ.2011/7057); de 20 de septiembre de 2007 (RJ.2007/8304); y de 7 de febrero de 2007 (RJ.2007/2195). SSTSJ del País Vasco, de 23 de noviembre de 2010 (AS.2011/991) y de 24 de octubre de 2007 (AS.2007/1000); de Navarra, de 20 de noviembre de 2008 (AS.2009/1302); de Galicia de 21 de octubre de 2008 (AS.2008/2650); de Madrid, de 21 de julio de 2008 (AS.2008/2475); y de Andalucía, de 10 de enero de 2008 (AS.2009/958). En este sentido, en general la jurisprudencia es ciertamente reticente, considerando que es innecesaria cuando de lo que se habla es del bien jurídico protegido objeto de la extinción, pues éste no es otro que el trabajo, y su subsanación ya se encuentra claramente tasada. Ello sin embargo, no es óbice para solicitar otras indemnizaciones por conceptos no relativos a la pérdida del empleo tales como la vulneración de derechos fundamentales o reparaciones de tipo patrimonial por daños efectivamente causados y, en este caso sí, probada su cuantía.

acosado”. La sentencia reconoció la procedencia de ambas indemnizaciones y desestimó el recurso. Sin embargo, el fallo no fue unánime, siendo matizado por los magistrados DESDENTADO BONETE Y GULLÓN RODRÍGUEZ en voto particular.

No obstante, el sentido del mismo no versaba sobre la decisión judicial de conceder o no dichas indemnizaciones, sino sobre el fundamento de la compensación complementaria a la procedente por la extinción causal. Alegaron ambos magistrados que el fallo, al hilo de otros dictados por la misma sala⁵⁴⁴, facultaban la indemnización adicional únicamente en casos de violación de derechos fundamentales. Sin embargo, en dichos casos, los hechos probados, al igual que en la sentencia de 2006, se referían a la dignidad de la persona, recogida en el artículo 10 de la Constitución Española. Teniendo en cuenta el articulado de la Carta Magna, dicho precepto no se refiere a un derecho fundamental, por lo que se considera en el voto discrepante que debiera haberse sido más clarificador y puntualizar un cambio de doctrina que no afectara únicamente a este grupo de derechos.

Pero sobre todo, la divergencia se funda en dos motivos preponderantes:

- Porque en las sentencias nombradas *se vulneró el derecho fundamental a la integridad moral con un tratamiento degradante que ha producido lesiones psíquicas y el hecho de que no se alegara la norma constitucional no justifica el rechazo de la pretensión.*
- *Porque la lesión del derecho fundamental no crea el daño indemnizable; es simplemente una calificación adicional del ilícito que lo ha producido, que no será sólo un incumplimiento contractual, sino también incumplimiento de una norma constitucional.* Efectivamente, no deja de ser un incumplimiento del artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores. La sentencia habla de la “*pluriofensividad*” de determinadas conductas en la relación laboral.

⁵⁴⁴ SSTs de 11 de marzo de 2004 (RJ.2004/3401) y de 2 de abril de 1997 (RJ.1997/3047).

En mi opinión, las discrepancias emitidas en dicha sentencia son de gran valor y considero que, efectivamente deben ser viables ambas indemnizaciones. Cuando el legislador estableció el resarcimiento del despido improcedente para la extinción causal lo hizo teniendo en cuenta el perjuicio que para el trabajador supone la pérdida del empleo. Entiende la doctrina que el empleado está en una situación desventajosa respecto del empresario por cuanto el salario que obtiene va destinado a la propia manutención y la de su familia.⁵⁴⁵ No obstante, que se pacte una cantidad concreta e inamovible tiene el inconveniente de que no permite obtener una gradación acorde al daño causado de forma paralela por la conducta del empresario.

Es por ello que debe concluirse, de acuerdo con la sentencia, que, pese a que el cauce procesal a seguir sea el de la extinción causal, ello no obsta a que sean reparados separada y específicamente cada uno de los daños producidos.

De este modo, si procede, ha de aplicarse la indemnización establecida por el Estatuto de los Trabajadores por la extinción causal a causa del perjuicio sufrido por la pérdida del empleo con separación de los daños y perjuicios. Si bien es cierto que la jurisprudencia, por regla general, suele aceptar esta práctica sólo para la vulneración de derechos fundamentales, no lo es menos que dicha línea argumental no es unánime, como se ha expuesto, y que, si únicamente se aplicara a estos casos, el empresario podría actuar de manera abusiva con el trabajador a fin de que éste haga uso de la extinción causal, aun asumiendo el pago de la indemnización pactada que, en relación al daño efectivamente causado, pudiera incluso serle rentable.

Concluyendo, ha de situarse el estado de la cuestión en la jurisprudencia laboral española. En un principio, el Tribunal Supremo sostenía que la indemnización contenida en el artículo 50 abarcaba todas las posibles indemnizaciones derivadas de la relación laboral. Y ello porque el propio Tribunal entendía que el artículo 1101 del Código Civil se aplicaba, únicamente, con carácter supletorio y

⁵⁴⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Aranzadi.2001. Navarra. Pág.29

en defecto de regulación laboral. Al existir dicha legislación, una posible sanción en dos vías alternativas como la civil y la laboral supondría castigar dos veces un mismo hecho ilícito.⁵⁴⁶

Sin embargo, a partir de la STS de 2006 sobre la que se ha hablado anteriormente, la jurisprudencia da un cambio radical a su postura. Recuerdan SEMPERE NAVARRO Y SAN MARTÍN MAZZUCONI⁵⁴⁷ que, según el TS⁵⁴⁸, cuando lo que se invoca es un derecho fundamental, *“el daño a resarcir no es sólo uno, sino que son dos: a) de un lado la pérdida del empleo, que ha de atribuirse al incumplimiento empresarial legitimador de la acción rescisoria y que tiene una indemnización legalmente tasada, la prevista en el art.50ET; y b) de otro, el daño moral que ha de producir –en términos generales esa conculcación del derecho fundamental y que forzosamente ha de imputarse al infractor, a quien –además- le es exigible por tal consecuencia la indemnización prevista en el art.1101CC”*.

Ha de concluirse, por tanto, que la tendencia jurisprudencial camina hacia el total resarcimiento de los ilícitos causados por el empresario. Con ello, a la indemnización tasada legalmente (art.50), se une aquella derivada de la violación de derechos fundamentales. Sin embargo, y en connivencia con los votos particulares emitidos en Unificación de Doctrina, opino que el resarcimiento ha de ser completo, se viole o no un derecho fundamental, a fin de evitar un enriquecimiento injusto del empresario o una situación en que el coste del despido sea menor que el del daño causado.

⁵⁴⁶ STS de 3 de abril de 1997 (RJ.1997/3047) y, además, SSTS de 22 de enero de 1990 (RJ.1990/183) y de 2 de julio de 1979 (RJ.1979/3094). También SSTSJ de Cataluña de 15 de noviembre de 2004 (AS.2005/51), de 5 de mayo de 1999 (AS.1999/6061) y de 13 de noviembre de 1997 (AS.1997/4381); de Castilla y León, de 6 de mayo de 2002 (AS.2002/2102).

⁵⁴⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: *La indemnización por Daños y Perjuicios en el Contrato de Trabajo*. Thomson Aranzadi. Segunda edición. Navarra. 2011

⁵⁴⁸ STS de 20 de septiembre de 2007 (RJ.2007/8304) y SSTSJ de Asturias de 27 de diciembre de 2011 (AS.2011/814) y de 4 de noviembre (AS.2011/2976); y de Andalucía, de 18 de julio de 2008 (AS.2008/328) y de 13 de julio de 2008 (AS.2008/172).

Fruto de esta tendencia jurisprudencial, el legislador modificó el artículo 181⁵⁴⁹ de la Ley de Procedimiento Laboral en que se reconoce que *“el Juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le correspondiera al trabajador por haber sufrido discriminación, si hubiera discrepancia entre las partes. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores”*.

Finalmente, la Ley de la Jurisdicción Social⁵⁵⁰, reguló de forma similar, y en la misma línea, en su artículo 183, observando que *“cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.”*

Lo que sí debe tenerse claro, tal y como apunta MELLA MÉNDEZ⁵⁵¹, es que pese al cambio jurisprudencial que supuso la citada sentencia de 17 de mayo de 2006, las controversias no han finalizado. Y ello se debe a que una postura mayoritaria entiende que la razón de la compatibilidad que se argumenta en dicha sentencia tiene su viabilidad únicamente en los supuestos en que exista vulneración de derechos fundamentales.⁵⁵²

⁵⁴⁹ Mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales administrativas y del orden social, en que se prohíbe el trato discriminatorio y el acoso, y siendo exclusivo requisito la prueba del daño, no de su cuantía.

⁵⁵⁰ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

⁵⁵¹ MELLA MÉNDEZ, L.: *La responsabilidad civil por daños en el contrato de trabajo*. En *La Responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales*. XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Colección Estudios Laborales. Madrid. 2013. Págs.161-254 (249). Apunta además a una nueva tendencia consistente en exigir la indemnización complementaria en un momento posterior a la resolución por despido o resolución causal. No se trata de una opción remota, dado que ha sido avalada por diversas sentencias, entre las que pueden destacarse las SSTS de 13 de junio (RJ.2011/5336) y de 9 de mayo de 2011 (RJ.2011/4747) y de TSJ de Madrid, de 2 de abril de 2012 (AS.2012/1038).

⁵⁵² En este sentido la STS de 16 enero 2009 (RJ.2009/656) es sin duda la más representativa.

**CAPÍTULO X: LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS
CONDICIONES DE TRABAJO QUE REDUNDEN EN PERJUICIO DE
LA DIGNIDAD DEL TRABAJADOR**

CAPÍTULO X: LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO QUE REDUNDEN EN PERJUICIO DE LA DIGNIDAD DEL TRABAJADOR

1. La sustancialidad de la conducta incumplidora

Es sustancial aquello “*que constituye lo esencial y más importante de algo*”.⁵⁵³ Teniendo en cuenta la definición de la RAE, es obvio preguntarse por qué el legislador estableció, como primer motivo de extinción causal por voluntad del trabajador, la modificación de un concreto tipo de condiciones contractuales. Más aun cuando dichas condiciones suponen el núcleo principal del objeto del contrato. Y ello, básicamente, por dos razones:

- Por una parte, no hay duda de que, sea cual sea el tipo de vínculo que se establezca, los contratos han de revestir los requisitos de consentimiento, objeto y causa, tal y como observa el artículo 1261CC. En los contratos de tracto sucesivo, además, dichos requisitos han de permanecer en el tiempo, lo cual no quiere decir que no puedan ser modificados, pero sí que han de existir. Sin embargo, cuando aquello que se modifica es la esencia del contrato, se está atentando contra las motivaciones que llevaron a su firma, esto es, al objeto.
- Por otra parte, la razón principal de que sea ésta una causa de extinción indemnizada no es otra que la forma de llevarse a cabo. En este caso, es el empresario el que, de forma unilateral exige al trabajador, independientemente de su voluntad, que acceda a cambiar sus condiciones de trabajo “*in peius*”. Por supuesto, una mejora contractual puede ser sustancial pero no dará lugar a una extinción indemnizada, del mismo modo que una modificación pactada tampoco lo hará.

⁵⁵³ Vigésimo Segunda Edición del Diccionario de Lengua Española de la RAE.

Las especiales características del contrato de trabajo hacen que sea absolutamente necesaria la posibilidad de obtener una contraprestación en favor del trabajador ante la conducta arbitraria del empresario. Piénsese en un contrato de compraventa civil en que una de las partes, de forma arbitraria e injustificada, quisiera cambiar las condiciones de forma unilateral. Podría la parte afectada exigir el cumplimiento e incluso rescindir el contrato siendo viable una compensación o, incluso suponer la pérdida por parte del incumplidor, de todas las obligaciones ya satisfechas.

El problema surge a la hora de determinar qué aspectos configuran la sustancia de un contrato de trabajo, qué elementos del vínculo y en qué proporción (si es que puede realizarse una gradación), generarán este derecho rescisorio.

Hasta la reforma introducida por el RD3/2012, de 10 de febrero, dos eran los requisitos que se exigían para que la modificación, además de sustancial, supusiera un perjuicio tan acentuado que permitiera al trabajador exigir la resolución indemnizada de la relación laboral.

En primer lugar, se exigía el perjuicio de la formación profesional del trabajador. Dicho requisito ha sido excluido de la nueva redacción ofrecida por el Real Decreto citado, que en su artículo 12.2 reformula el precepto omitiendo dicha exigencia.⁵⁵⁴ La respuesta al porqué de la desaparición de este requisito es, a mi modo de ver, tan simple en la teoría como compleja en la práctica. En este sentido, es importante tener en cuenta que la mayoría de casos de extinción causal en que se alegaba perjuicio a la formación profesional venían motivados por supuestos de movilidad funcional del artículo 39ET.⁵⁵⁵ De este modo, se

⁵⁵⁴ Tras la última modificación el art.50.1.a) queda de la siguiente manera: *Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 de esta Ley y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador.*

⁵⁵⁵TSJ Aragón, de 7 julio de 2011 (AS.2011/430); del TSJ Asturias de 18 febrero de 2011(AS.2011/1439); de TSJ de Castilla y León, de 23 de marzo de 2011 (AS.2011/1121); del TSJ de Cataluña, de 29 de octubre de 2009 (AS.2009/3010); del TSJ de la C. Valenciana, de 3 de noviembre de 2010 (AS.2010/261); de 22 de noviembre de 2006 (AS.2006/1272); y de TSJ de Madrid, de 15 de enero de 2010 (AS.2010/977), de 25 de febrero de 2008 (AS.2008/1118), de 13 de diciembre de 2007(AS 2007/2845) y de 28 de septiembre de 2011 (AS.2011/2865).

producía un claro problema organizativo que impedía al empresario, en caso de una variación en las necesidades de producción, hacer cambios que pudieran considerarse una modificación sustancial con los problemas jurídicos que ello producía...

En segundo lugar, el artículo 50 preveía, y con la reforma sigue contemplando, que dicha modificación suponga un menoscabo de la dignidad del trabajador. Dada su vigencia, procederá, por tanto, distinguir y especificar qué es una modificación sustancial y cuál es el perjuicio en la dignidad profesional que ha de producir para habilitar los efectos de la extinción causal. No obstante, la última modificación del precepto ha consistido en la eliminación del atentado a la formación profesional del trabajador como causa habilitante, motivo por el cual resulta necesario hacer una interpretación aun más restrictiva del precepto.⁵⁵⁶

Por tanto, y como se va a estudiar a continuación, para que sea viable la extinción cualificada por voluntad del trabajador son necesarios dos requisitos principalmente:

- Una modificación de los artículos 40 y 41ET en que no se haya respetado su procedimiento.
- Un grave perjuicio en la dignidad profesional del trabajador.⁵⁵⁷

⁵⁵⁶ Así lo entiende SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M.: *La extinción del contrato de trabajo*. En *Manual de Derecho del Trabajo*. MOLERO MANGLANO, C. (Dir.) VV.AA.. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2012. Págs.677-711 (692). No quiere decir ello, como bien indica el autor, que la formación profesional deje de tenerse en cuenta, pero sí es cierto que el hecho de que deje de estar recogida expresamente en el articulado, reduce claramente su importancia. No obstante, lo cierto es que, previa la reforma, y como se verá más adelante, los conceptos de dignidad y formación profesional eran tratados conjuntamente tanto por doctrina como por jurisprudencia. En el pasado el perjuicio de la formación profesional venía relacionándose, por regla general, con la degradación del trabajador respecto de las funciones que venía acometiendo hasta ese momento o en la falta de ocupación efectiva. Sin embargo, con las últimas reformas, la voluntad del legislador de flexibilizar internamente la organización empresarial a fin de hacerla más competitiva, ha supuesto la eliminación de este requisito que, no obstante, podría seguir siendo en mi opinión accionado por la vía del 50.1.c) ET, si bien se trata de un precepto que ofrece siempre mayores dificultades por lo ambiguo y genérico de su contenido.

⁵⁵⁷ Son supuestos en que se causa un “perjuicio mayor” al trabajador, esto es, se huye de casos ordinarios o perjuicios leves del empresario. Así lo entienden MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.; y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*. 21ª Edición. Ed Tecnos. Madrid. 2011. Pág.820. También En este sentido, es de gran relevancia la STS de 22 de marzo de 1991

2. Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de la dignidad del trabajador

La autonomía de la voluntad, dentro de la ley, permite a las partes generar, modificar y extinguir relaciones jurídicas. De este modo, la misma libertad que permitió la creación del contrato de trabajo puede instar su modificación y extinción en base al 1255CC. Sin embargo, cabe plantearse qué ocurre cuando las vicisitudes de la relación laboral son instadas unilateralmente por una de las partes.

El poder de dirección que asiste al empresario está dirigido a aumentar su beneficio propio y los diversos modelos organizativos proveen al mismo de mecanismos para conseguirlo. Es en este ámbito donde puede encontrarse la fundamentación jurídica de las modificaciones unilaterales de las condiciones de trabajo. Sin embargo, y como apunta ROJAS RIVERO, esta necesidad no es necesariamente compartida por el trabajador. Es más, en ocasiones puede producirle un perjuicio grave.⁵⁵⁸

En este caso, por tanto, van a estudiarse las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, cuando éstas abandonan el carácter ordinario del art.41ET y pasan a ser de tipo cualificado, no tanto por su contenido, sino por los efectos que éstas tienen sobre el sujeto pasivo, razón por la cual el ordenamiento las separa de dicho artículo para regularlas de forma separada. Es por ello que corresponde analizar qué líneas separan una figura y otra, dado que se trata de variaciones contractuales “*sustanciales y motivadas*”⁵⁵⁹.

(RJ.1991/1890), seguida por las SSTSJ de Madrid, de 28 de junio (AS.1994/2749); y de 14 de abril de 1994 (AS.1994/1588); de 11 de noviembre de 1993 (AS.1993/5039) y de 14 de octubre de 1992 (AS.1992/4914).

⁵⁵⁸ ROJAS RIVERO, G.P. *Movilidad y modificación de las condiciones de trabajo en la reforma de la legislación laboral*. En *La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral*. V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales. Coord. GARCÍA BLASCO, J. Madrid. 1996. Págs.273-294

⁵⁵⁹ SALA FRANCO, T. y PEDRAJAS QUILES, A.: *La modificación e inaplicación de las condiciones de trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. Pág.13

2.1. *Modificación sustancial (Caracteres)*

En el análisis de la causa extintiva de la que se está hablando es lógico, en primer lugar, establecer un estudio de las variaciones contractuales que el ordenamiento jurídico considera sustanciales. Para ello, es absolutamente necesario acudir al artículo 41ET,⁵⁶⁰ si bien su naturaleza entronca con derechos reconocidos en el propio artículo 4 del mismo texto.

Y ello porque en un principio, la jurisprudencia hablaba de modificaciones “*autorizadas*” y “*no autorizadas*” distinguiendo entre aquellas que hubieran seguido el procedimiento establecido en la Ley y aquellas que quedaran al margen. Del mismo modo, lo cierto es que antes de la reforma operada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, tendía a asociarse con la movilidad funcional. De este modo, se consideraba que si no era éste el motivo de la modificación no se atentaba contra el objeto del contrato de trabajo y existía un difícil acomodo tanto con el 41ET como con el artículo 50ET.⁵⁶¹ Sin embargo, hoy en día ya no cabe el uso del término “*autorizar*”. Más allá del hecho de que, con la reforma citada se eliminaron las autorizaciones administrativas para acometer los cambios contractuales de los que se habla, lo cierto es que en la actualidad, si una variación de este tipo no es conforme a derecho no cabrá la extinción, sino la improcedencia de la medida, volviendo el trabajador a sus condiciones anteriores.

Sin embargo, antes de iniciar este estudio, conviene recordar tres requisitos indispensables para que pueda considerarse que se está ante una modificación

⁵⁶⁰ Que ha sido reescrito sufriendo importantes modificaciones por el RD3/2012 de 12 de febrero.

⁵⁶¹ SSTs de 8 abril de 1991 (RJ.1991/3255); de 16 enero de 1991 (RJ.1991/52); y de 26 septiembre 1990 (RJ.1990/7050). SSTSJ Cataluña de 22 julio (AS.1999/3163); de Cantabria, de 4 junio. (AS.1999/2104); de C. Valenciana, de 15 abril. (AS.1997/1269); de Cataluña, de 22 diciembre de 1994 (AS.1994/4844); de Andalucía, de 20 septiembre de 1993 (AS.1993/4041); de Madrid, de 27 octubre 1992 (AS.1992/4948) y de 22 de junio de 1992 (AS.1992/3457); y de Castilla-La Mancha, de 14 de mayo de 1992 (AS.1992/2355).

susceptible de generar la extinción y, que como muy bien recuerdan SEMPERE NAVARRO Y SAN MARTÍN MAZZUCCONI⁵⁶² suponen que:

- La voluntad del cambio en las condiciones ha de ser únicamente querida por el empresario. Sería un contrasentido accionar ante una decisión en la que ha habido acuerdo, además de complicarse la prueba de otros requisitos que más tarde se verán como pueden ser el perjuicio al trabajador o el ataque a la dignidad del mismo. Por supuesto, debe ser un acuerdo exento de vicios del consentimiento en que el trabajador no renuncie a derechos reconocidos en la legislación laboral.⁵⁶³
- Debe existir un cambio en las condiciones de trabajo. Evidentemente, el criterio objetivo existe y es indiscutible. El perjuicio debe manifestarse en lo que a condiciones laborales se refiere y el cambio debe ser sustancial.
- Finalmente, debe tenerse en cuenta que la variación es de tipo objetivo, nunca subjetivo. Esto es, la modificación afectará siempre a las condiciones de trabajo pero nunca al trabajador como sujeto particular en nada que no guarde relación con el vínculo laboral.

No obstante, del análisis de los requisitos anteriores es interesante resaltar que el perjuicio específico del trabajador no es uno de ellos. Esto se produce, a mi modo de ver, por el hecho de que el daño causado a un empleado en particular es, en ocasiones, difícilmente demostrable o atiende, en muchos casos, a una visión personal y subjetiva del punto de vista de la situación concreta por ambas partes. Sin embargo, cabe pensar que este requisito queda implícito en el Estatuto de los Trabajadores. En concreto, en su artículo 41.3 en que se especifican los supuestos en que el daño específico es considerado causa habilitante de la rescisión.⁵⁶⁴ Por

⁵⁶² SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *La indemnización por Daños y Perjuicios en el Contrato de Trabajo*. Thomson Aranzadi. Segunda edición. Navarra. 2011. Pág.54

⁵⁶³ ALBIOL MONTESINOS, I. (coord.) y otros autores. *Todo extinción del contrato de trabajo*. Ed. CISS. Valencia.2010. Pág.211.

⁵⁶⁴ Art.41.3ET: *En los supuestos previstos en los párrafos a), b), c), d) y f) del apartado 1 de este artículo, si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.*

tanto, ha de pensarse que la mención de dicha especialidad como excepción a la regla general, supone que, en efecto, puede no ser necesaria la existencia de este hecho.

Deben extraerse, por tanto, dos conclusiones:

- No es suficiente el acometer una modificación sustancial de las condiciones de trabajo para acudir a la vía del artículo 50ET pues *“la sola y desnuda modificación sustancial de las condiciones de trabajo podrá dar lugar, en su caso, al ejercicio de los derechos previstos en el 41.3 del propio Estatuto, pero no a la extinción del contrato de trabajo”*.⁵⁶⁵
- Tanto uno como otro artículo actúan en *“defensa del trabajador frente al derecho de organización y dirección del trabajo que compete al empresario, cuando abusando de éste, la empresa modifica sustancialmente las condiciones de trabajo con perjuicio (...) o menoscabo de la dignidad del trabajador”*.⁵⁶⁶

Dicho esto, procede el análisis de la redacción específica del artículo 41.

2.1.1. El objeto del artículo 41ET

A lo largo del bloque dedicado a la extinción causal del contrato de trabajo el objeto de estudio va a quedar centrado en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores. No obstante, es imposible abordar su análisis sin haber realizado primero un acercamiento al artículo 41ET. No sólo porque en dicho precepto se contiene también un tipo de finalización contractual que puede llamarse “causal”, sino por la sencilla razón de que ambos artículos tienen un mismo objeto, las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo, aunque con matices que los diferencian. La diferencia, por tanto, se encuentra en el hecho de que, en el primero de los artículos, las modificaciones contractuales se producen con

⁵⁶⁵ PENDAS DÍAZ. B *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Madrid: ed. ACARL. Segunda edición. 1992. Pág.70

⁵⁶⁶ STS 8 de junio de 1990 (RJ.1990/5044)STSJ de Castilla y León, de 28 septiembre de 1993 (AS.1993/4109)

arreglo a la legislación, mientras que en el segundo se dan infracciones de la ley ante las que el ordenamiento trata de proteger al trabajador.

El artículo 41 regula expresamente un derecho, el derecho del empresario a realizar modificaciones de carácter sustancial. Por tanto, ha de quedar claro que el empleador tiene la potestad y protección del ordenamiento a la hora de realizar este tipo de variaciones contractuales. Una modificación sustancial no es, por naturaleza, ilegal. Sin embargo, lo cierto es que dentro de este precepto se incluyen aquellas conductas auspiciadas por el empresario y que refieren a modificaciones funcionales no recogidas en el 39.4ET, esto es, que se sitúan más allá del *Ius Variandi*.

Tales supuestos tienen como objeto el que el empresario, a través de la flexibilidad interna, haga más competitiva la organización y producción de su empresa. Y ello por el hecho de que el legislador, desde la L35/2010 de 17 de septiembre y hasta la modificación operada por el RD3/2012 de 10 de febrero⁵⁶⁷, ha variado las bases del ordenamiento. Mientras, hasta ahora, se consideraba el bien jurídico protegido a la estabilidad del empleo, la reciente situación económica ha llevado a la conclusión de que una empresa, si no es competitiva, difícilmente podrá mantener, y mucho menos aumentar, la plantilla de trabajadores que posee. Por este motivo, las medidas más recientes que se han emprendido tienen como objetivo principal la competitividad de las empresas.⁵⁶⁸

Sin embargo, y volviendo al análisis del citado artículo, lo cierto es que el mismo da una serie de ejemplos de lo que podría llamarse sustancial, pero es necesario

⁵⁶⁷ Modificación que ha supuesto una ampliación del número de motivos del 41.3ET, en cuya letra f) se incluyen los supuestos que vayan más allá de lo dispuesto en el art.39ET.

⁵⁶⁸ No obstante, y si bien esta nueva visión ha sido recogida en la legislación recientemente, la doctrina se había pronunciado al respecto tiempo atrás. Así, “*habrá que entender que concurren las referidas causas cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa, a través de una organización más adecuada de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda*”. LOPERA CASTILLEJO, M^a.J.: *Incidencia de la dimensión de la empresa en el régimen de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*. En *La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral*. V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales. Coord. GARCÍA BLASCO, J. Madrid. 1996. Págs.465-490.

tener en cuenta que lo más importante no es el objeto de la modificación, sino la gravedad del mismo. Por ello, y aunque a continuación se hará un repaso de los más relevantes casos de sustancialidad que prevé el artículo 41ET, una variación contractual que afecte a alguna de las materias recogidas pero que no suponga perjuicio alguno para el trabajador, no será considerada sustancial.

Por tanto pueden *utilizarse los parámetros* ⁵⁶⁹ de dicho precepto en relación con el art.50ET en la medida en que alteran la naturaleza de la relación laboral. Así, las modificaciones operadas ex art.41 son tomadas como ejemplo, y no como *numerus clausus*, pudiendo incluirse otras que cumplan los requisitos mencionados.

2.1.2. La lista de motivos del art.41ET

El precepto enumera, a modo de ejemplo, algunas de las conductas objeto de modificación sustancial que pueden darse y que puede llevar a cabo el empresario. Sin embargo, no se está ante una lista ni mucho menos cerrada.

De hecho, puede decirse que ni son todas las que están ni están todas las que son. Por una parte, el hecho de que una materia figure en esta lista puede no conllevar su calificación de sustancial, pues dependerá del grado de afectación que se produzca sobre el trabajador. Por otro, la expresión “*entre otras*”, que utiliza el artículo clarifica el hecho de que se trate de una lista abierta.⁵⁷⁰

Es por ello que, lo sustancial será en todo caso la modificación y no el objeto en sí. Será necesario por tanto, el estudiar de una manera más específica la incidencia de los distintos motivos contenidos en el Estatuto de los Trabajadores y las características que harán de ellos el que sean considerados modificaciones sustanciales. Dichos motivos vienen especificados en el art.41 y son:

⁵⁶⁹ ALBIOL MONTESINOS, I. (coord.) y otros autores. *Todo extinción del contrato de trabajo*. Ed. CISS. Valencia. 2010. Pág.210.

⁵⁷⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *La indemnización por Daños y Perjuicios en el Contrato de Trabajo*. Thomson Aranzadi. Segunda edición. Navarra. 2011. Pág.56.

- a. Jornada de trabajo.
- b. Horario y distribución del tiempo de trabajo.
- c. Régimen de trabajo a turnos.
- d. Sistema de remuneración y cuantía salarial.
- e. Sistema de trabajo y rendimiento.
- f. Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley.

Además, el art.41.7 se refiere a la movilidad geográfica especificando que “*en materia de traslados se estará a lo dispuesto en las normas específicas establecidas en el artículo 40 de esta Ley.*”

No obstante, conviene aclarar que no se está ante una “*denuncia modificativa o novatoria*”⁵⁷¹ por parte del empresario, que suponga una obligación de aceptación por parte del trabajador, a riesgo de sufrir consecuencias ulteriores o incluso de perder su empleo en caso de negarse a aceptar las nuevas condiciones. Más bien al contrario, ha de entenderse la facultad de la modificación contractual desde la perspectiva de la buena fe, al menos en un primer momento, del empresario que trata de realizar una gestión más eficiente de la empresa y evitar así medidas más duras contra el trabajador o sus compañeros. En cualquier caso, y si el empleado considera que dichas variaciones contractuales afectan al objeto propio de su trabajo o se engloban dentro del artículo 41, siempre podrá acudir a los tribunales, sin riesgo a perder su empleo, para que éstos decidan si la actuación es conforme a derecho e incluso, en última instancia, acudir a la resolución indemnizada.

⁵⁷¹BEJARANO HERNÁNDEZ. A.: *Extinción indemnizada del contrato por causa de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch, “colección laboral”. Valencia. 2000. Pág.13

Sin embargo, como se apunta en párrafos anteriores, el hecho de que se produzca alguna variación en alguna de estas materias no es motivo de extinción causal, al menos a priori.

Más aún, como apunta CAMPS RUIZ⁵⁷², las materias contenidas en el art.41ET son enumeradas a modo de ejemplo de aquello que puede considerarse modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Por contra, el hecho de que se produzca una variación en cualquiera de los supuestos contemplados no supone de por sí que la conducta pueda ser incluida en los supuestos del art.41 y generar dichos efectos. Por tanto, y al igual que ocurre con los casos de extinción causal, la interpretación debe ser en cualquier caso restrictiva. Así, la dificultad conceptual motiva la conveniencia de realizar una comparativa entre el contenido del artículo 41 y su relación con el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores.

De ahí la necesidad de establecer tan relevante comparativa. Piénsese, a modo de ejemplo, que la vía del art.50ET no puede incluir supuestos tales como las modificaciones operadas a consecuencia de una decisión disciplinaria tras un incumplimiento del trabajador, salvo que estas puedan considerarse desproporcionadas. De lo contrario, sería imposible acudir a esta vía de potestad sancionadora. Al igual que cuando el empresario hace uso del *Ius Variandi*, en supuestos de movilidad geográfica o funcional, siempre que se observen los requisitos de forma establecidos por la legislación.

2.1.3. La relación entre el artículo 41 y el 50 del Estatuto de los Trabajadores.

El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, en su punto 1.a), habilita al trabajador a extinguir su contrato de trabajo con la indemnización correspondiente al despido improcedente ante “*las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo*”. Dada la redacción del propio artículo y la remisión que hace el mismo al artículo 41, lo primero que se piensa es en un

⁵⁷² CAMPS RUIZ, L.M.: *La modificación de las condiciones de trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch, colección laboral. Valencia. 1994. Pág. 54.

paralelismo entre las causas de uno y otro precepto. Sin embargo, en ocasiones se comete el error de pensar que el acometer una modificación sustancial supone la apertura del supuesto de extinción del artículo 50.

No obstante, no es correcta dicha relación y conviene separar ambos artículos. Las variaciones sustanciales en las condiciones de trabajo entran dentro del *Ius variandi* del empresario. Se entiende que el empleador ha de tener la posibilidad de adaptar al capital humano, de forma que la competitividad y productividad de su empresa sean óptimas. Sin embargo, el ordenamiento laboral también entiende que, pese a ser un derecho que asiste a una de las partes, la otra no puede quedar indefensa ante una modificación sobrevenida de las condiciones contractuales. Por ello, el ET reconoce al trabajador el derecho a la percepción de una indemnización de 20 días por año de servicio con un límite de nueve mensualidades.

Al contrario, el artículo 50.1ET se refiere a casos de mal uso del artículo 41. No se habla en este caso de modificaciones sustanciales, sino de variaciones unilaterales que, además de ser sustanciales, han sido realizadas de manera fraudulenta. Así, a la importancia de la novación contractual producida se le une la culpa de quien la realiza, ya sea en el fondo o en la forma, motivo por el cual el ordenamiento reconoce la indemnización correspondiente al despido improcedente.⁵⁷³ El fundamento del incumplimiento empresarial se basa, por tanto, en la gravedad y culpabilidad de su acción, y en el perjuicio causado a la dignidad del trabajador.

Como se irá viendo a lo largo del trabajo, lo cierto es que no existe una posición unitaria acerca de la definición de modificación sustancial y su aplicación práctica. Es muy ilustrativa en este sentido, la STS de 13 de febrero de 2008 (Ar.2009/1447) que expone que *en lo que atañe a la sustancialidad de la modificación, la Ley no establece cuándo una modificación es o no sustancial,*

⁵⁷³ Que será de 33 días por año con límite de 24 mensualidades y/o de 45 días por año con límite de 42 teniendo en cuenta la reforma operada por el RD3/2012 de 10 de febrero y la relación del contrato con la entrada en vigor del mismo.

siendo la «sustancialidad» de la modificación un concepto jurídico indeterminado, que debe confirmarse tras el examen individualizado del caso concreto.

Sin embargo, sí puede decirse que existirá modificación sustancial cuando la misma suponga una variación de los aspectos fundamentales⁵⁷⁴ de la relación laboral. Aun con todo, el propio TS reconoce que se trata de *un concepto jurídico indeterminado que no ha sido delimitado por el legislador ni precisado de manera definitiva por la doctrina jurisprudencial.*⁵⁷⁵

Con la aprobación de la L3/2012 concluyo que el legislador ha optado claramente por la vía de la extinción ex artículo 41, en detrimento de la que puede operarse por la vía del art.50ET.

Por una parte se han ampliado los motivos de modificación sustancial, haciendo las inclusiones antes mencionadas. Esto supone una mayor facilidad para el trabajador a la hora de extinguir, dado que con este precepto el trabajador cuenta con una suerte de autotutela que le permite recibir la indemnización contemplada sin tener que acudir a los tribunales. Por otra parte, dichas medidas suponen una mayor facilidad para el empresario a la hora de gestionar sus recursos humanos, y un abaratamiento de las consecuencias de la flexibilidad interna.

Y ello porque el mayor perjudicado de dicha reforma es el art.50ET. Con la eliminación del ataque a la formación profesional como supuesto de hecho, se han eliminado gran parte de los supuestos de extinción causal, en lo que es claramente una muestra de desinterés por la formación del trabajador.⁵⁷⁶ En

⁵⁷⁴En clara alusión a los motivos del artículo 41ET.

⁵⁷⁵ STS de 22 de septiembre de 2003 (RJ.2003/7308)

⁵⁷⁶ Básicamente respecto del primer apartado del artículo 50ET, pues no cabe obviar que muchos de los incumplimientos vienen hoy generados por la falta o incumplimientos en el pago. En cualquier caso, varios autores hablan de la importancia “simbólica” que supone este cambio respecto de la formación del trabajador. Así LÓPEZ BALAGUER, M.: *Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo*. En *La Reforma Laboral de 2012: Nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*. VV.AA. Ed. La Ley. Madrid. 2012. Págs.231-264 (255). PEDRAJAS MORENO, A.; SALA FRANCO, T.; y MOLERO MANGLANO, C.: *La Flexibilidad interna en la empresa. Reformas operadas y reformas pendientes*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2012. Págs.64-65.

concreto, la movilidad funcional descendente es la más afectada por la reforma, dado que será realmente complicado accionar por este motivo vía extinción causal cuando ha sido expresamente eliminado del propio artículo.⁵⁷⁷

2.2. *El perjuicio causado (la dignidad del trabajador)*

Como se ha dicho anteriormente, no es suficiente cualquier modificación para invocar el artículo 50ET ante los Tribunales. La variación que se produzca en la relación laboral ha de ser sustancial. Pero no sólo eso, las alteraciones sobrevenidas y unilaterales que se produzcan en el contrato de trabajo han de causar un perjuicio específico, en concreto, deben atentar contra la dignidad profesional del trabajador.

De este modo, y visto desde un punto de vista negativo, cualquier modificación, sea sustancial o no, que no provoque en el trabajador el perjuicio especificado en el Estatuto de los Trabajadores, no constituirá en sí misma un supuesto de hecho susceptible de acogerse a la extinción causal del 50.1.⁵⁷⁸

El problema viene a la hora de determinar cuándo se ha producido el daño y qué requisitos deben darse. Lo cierto es que el legislador no especifica en ningún momento a qué se refiere con “*menoscabo de la dignidad*”, del mismo modo que tampoco lo hacía cuando existía el requisito del atentado contra la “*formación profesional*” del trabajador. Ha sido la jurisprudencia la que, a lo largo de los años, ha ido desarrollando ambos conceptos.

⁵⁷⁷ SSTSJ de Cataluña, de 29 de octubre de 2009 (AS.2009/3010); de 16 de octubre de 2008 (AS.2008/22235); de Madrid, de 25 de marzo de 2011 (AS.2011/1068). A estos efectos, la STSJ de Cataluña, de 12 de junio de 2012 (AS.2012/259315), amparándose aun en la legislación anterior a la reforma, indicaba que el artículo 39.3 del propio Estatuto indica que la movilidad funcional no tiene que ir contra la dignidad del trabajador, que aunque se trate de un concepto jurídico indeterminado ha de relacionarse con el respeto que merece una persona como trabajador delante de sus compañeros y superiores, no admitiéndose que se le sitúe en una posición que en atención a las circunstancias concretas concurrentes suponga un menoscabo a este respecto de sus compañeros o superiores. Incidía en el agravante de que muchos de los que habían pasado a ser sus superiores, habían trabajado a sus ordenes durante años, y el perjuicio emocional y para la dignidad que ello suponía.

⁵⁷⁸ STS de 8 de febrero de 1993 (RJ.1993/749). SSTSJ Cataluña de 8 de julio (AS.2011/324462) y de 15 marzo (AS.2006/241556); de TSJ de Aragón, de 13 mayo de 2008 (AS.2008/322432); del TSJ del País Vasco, de 11 abril 2006 (AS 2006/188984) y del TSJ Murcia, de 5 diciembre (AS.2006/20591).

Sin embargo, sí pueden hacerse ciertas apreciaciones que conduzcan a conocer, de forma aproximada, a qué se refiere el legislador cuando introduce este concepto. Por una parte suele tenderse a identificar la dignidad profesional del trabajador con la lista de derechos y libertades fundamentales que ofrece nuestra Constitución, aplicados ellos al ámbito laboral. Destacan de este modo el derecho a la igualdad de trato, al honor, a la propia imagen...

No cabe duda de que se trata de una buena fórmula y, efectivamente, el menoscabo de la dignidad del trabajador suele acompañarse de la vulneración o perjuicio grave de alguno de estos preceptos. Aun así, no conviene establecer un paralelismo entre la enumeración de derechos fundamentales y el artículo 50. Como recuerda ÁLVAREZ GIMENO⁵⁷⁹, ciertos derechos fundamentales como podría ser la propia imagen, atienden a muchos matices que variarán según la posición y cargo que se ocupe. Entiéndase por ejemplo, que la exposición pública del presidente de una compañía no es la misma que la de cargos inferiores jerárquicamente.

Del mismo modo, pueden existir conductas que, sin constituir la vulneración de un derecho fundamental, supongan un atentado a la dignidad profesional del trabajador. El caso más claro y repetido en la doctrina es el del trabajador con otros empleados a su cargo que es relegado a un escalafón inferior y pasa a cumplir órdenes de aquellos a los que dirigía. En sentido estricto no existe violación de ningún Derecho Fundamental si bien la afectación directa y sustancial al trabajador es patente.

Es por ello que, al hablar de dignidad profesional, no debe pensarse tanto en la causa como en la consecuencia. Una acción o conducta empresarial resultará indigna para el trabajador por las consecuencias que conlleve, no por la naturaleza de la misma.

⁵⁷⁹ÁLVAREZ GIMENO, R.: *La extinción causal por voluntad del trabajador*. Ed. Comares. 2012. Granada. Pág. 127

Concluyendo, puede decirse que es una conducta que atenta contra la dignidad profesional del trabajador aquella que ofende, desprecia, humilla o falta a la consideración del mismo. Dichas conductas pueden tener repercusiones sobre sí mismo o sobre su entorno familiar o social.

2.2.1. El “*perjuicio causado*” tras la Ley 3/2012, de 6 de julio

Hasta hace bien poco, dos eran los requisitos exigidos para considerar que se había cometido el perjuicio del art.50ET sobre un trabajador: menoscabo de la dignidad profesional y perjuicio de la formación profesional. Lo cierto es que ambos conceptos, en los últimos años previos a la reforma, comenzaban a ser bastante difusos y difícilmente reconocibles por lo que, en muchas ocasiones, se trataban de forma conjunta. No es que tuvieran significados idénticos, sino que parte de la jurisprudencia había llegado a la conclusión de que un atentado contra la formación profesional del trabajador lo era a su vez contra su propia dignidad. Por ello, y como apuntan SEMPERE NAVARRO Y SAN MARTÍN MAZZUCCONI⁵⁸⁰, los Tribunales ni siquiera entraban en el análisis separado de ambos conceptos, sino que los trataban de manera conjunta e indiscriminada.⁵⁸¹

Por otra parte, no es menos cierto que, al hablar de formación profesional específicamente, normalmente solía referirse a casos de movilidad funcional en que se obstaculizaba la flexibilidad interna.⁵⁸²

De este modo, el RD3/2012, de 10 de febrero, en su exposición de motivos, reconoce la formación profesional como un derecho individual de cada trabajador⁵⁸³ y que se desarrolla a través de otros artículos en la misma norma. Sin embargo, en aras de una mayor maniobrabilidad por parte del empresario que

⁵⁸⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Aranzadi.2001. Navarra. P.67

⁵⁸¹SSTS de 17 marzo 1988 (RJ.1988/2311) de 9 abril de 1990 (RJ.1990/3432); de 18 junio de 1990 (RJ.1990/5475)

⁵⁸²SSTS de 16 enero 1991 (RJ.1991/52); de 22 de enero de 1990 (RJ.1990/800); de 25 julio 1990 (RJ.1990/6479); y de 3 diciembre de 1990. (RJ.1990/9748) .STSJ de Navarra, de 26 de febrero de 2002 (AS.2002/1103). SSTSJ de Cataluña, de 15 de enero de 2007 (AS.2007/2034) y de 14 de febrero de 2006 (AS.2006/2013).

⁵⁸³ Derecho que ya venía reconocido en el 4.2.b) y 23ET.

le permita redistribuir antes que despedir o forzar extinciones causales, el legislador ha preferido eliminar este perjuicio de la redacción del 50.1.ET, tomando otras medidas para el fomento de la acción formativa del trabajador.⁵⁸⁴

2.2.2. La dignidad

Desaparecido el factor de daño a la formación profesional del trabajador, cobra aún mayor importancia la dignidad profesional del mismo, como habilitante de la extinción causal en supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En este sentido, y como se ha comentado anteriormente, el hecho de que en determinadas ocasiones se hayan tratado los conceptos de dignidad y formación profesional de manera conjunta, hace que en algunos supuestos, la jurisprudencia vaya a mantenerse inalterable. Así, cuando se habla de dignidad, desde el punto de vista subjetivo, no es para diferenciar a un trabajador de otro ni para hacer escalas de dignidad⁵⁸⁵, sino en el agravio que se comete sobre un empleado al que, por su formación y experiencia, se degrada profesionalmente sin mayor motivo que el de atacar moralmente a su persona.

Se trata de que el trabajador conserve el respeto, tanto de sus superiores como inferiores jerárquicos. No debe darse, por tanto, la sensación de que el trabajador *ha caído en desgracia*⁵⁸⁶ en el seno de la empresa, fruto de una mala actuación o del mero arbitrio del empresario, motivo por el cual deje de contar con la confianza de sus compañeros.

⁵⁸⁴ Art.2 y Disposición Transitoria Séptima entre otros.

⁵⁸⁵ En este sentido, respecto de la modificación funcional, la jurisprudencia no es unánime, sino que acude al caso concreto para discernir si existe la actitud vejatoria por parte del empresario respecto del trabajador, haciendo que éste pase de tener personas a su mando, a que éstas pasen a ostentar dicha responsabilidad, desatendiendo la preparación profesional y experiencia acreditadas por el mismo. Así, pueden destacarse como pronunciamientos a favor, la STS de 3 de junio de 1983 (Ar.1983/2962) y STSJ de Extremadura, de 31 de julio de 1996 (AS.1996/2741). En contra las SSTSJ de Cantabria, de 15 de enero de 2002 (AS.2002/604) y de 5 de octubre de 1999 (AS.1999/3585).

⁵⁸⁶ A estos efectos, GARCÍA CALLEJO, J.M.: *Protección jurídica contra el acoso moral en el trabajo o la tutela de la dignidad del trabajador*. Federación de Servicios Públicos de UGT. Madrid. 2003. Pág.122. Pero también, dentro de la jurisprudencia, las SSTSJ de Cataluña, de 14 de junio de 1997 (AS.1997/2453); y de las Islas Canarias, de 18 de julio de 1996 (AS.1996/2537).

En definitiva, se trata de un incumplimiento de lo pactado en el vínculo laboral que, ex art.50ET, y en consonancia con el 1124CC, faculta al trabajador a resolver el contrato de trabajo, si bien la indeterminación del concepto de dignidad, que comúnmente aparece ligado a la movilidad funcional, dificultan cada vez más la aplicación de la extinción por dicha vía.

2.3. Los perjuicios específicos

Llegado este punto conviene preguntarse a qué se refiere exactamente el Estatuto de los Trabajadores cuando habla de modificación sustancial en que concurra el menoscabo de la dignidad del trabajador. Me referiré no obstante, en este epígrafe, a los casos concretos que, en la práctica, dan lugar a esta situación.

Tomando como referencia el artículo 41ET, fuente de regulación de las más relevantes modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, y que además es citado por el propio artículo 50 a la hora de ejemplificar causas de extinción, se expondrán aquí las más importantes⁵⁸⁷, atendiendo a su relevancia práctica y relación con la causa extintiva.

2.3.1. El tiempo de trabajo

En este epígrafe se va a analizar una de las causas básicas de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En efecto, en periodos de recesión como en el que nos encontramos una de las soluciones más utilizadas por los empresarios para evitar posibles despidos es la modificación del tiempo de trabajo. Se trata, no obstante, de un campo de actuación muy amplio que incluye aspectos tan relevantes como la jornada de trabajo y el horario.

Sin embargo, se está ante un caso bastante significativo en lo que a la extinción causal se refiere. De hecho, si bien se advertía de que las modificaciones

⁵⁸⁷ Se trata de una lista ejemplificativa de algunos de los supuestos recogidos en el art.41ET pero cualificados desde el punto de vista del 50.1. Evidentemente, la lista no es cerrada dado que el propio artículo 41 tampoco lo es y los supuestos de hecho pueden ser, por tanto, infinitos, en tanto en cuanto cumplan los requisitos que exige el propio Estatuto de los Trabajadores.

sustanciales por sí solas no son susceptibles de acogerse al artículo 50ET, en este supuesto pueden encontrarse algunas especificidades.

Por tanto, a pesar de que no existe precepto alguno que deje de exigir el menoscabo a la dignidad profesional del trabajador, sí es verdad que en este caso existe una peculiaridad. Y ella se encuentra en el artículo 12.4ET⁵⁸⁸ que dispone que para darse una situación de cambio de un contrato a tiempo completo a un contrato a tiempo parcial debe haber acuerdo entre empresario y trabajador, siendo esta posibilidad en todo caso voluntaria para el trabajador, y excluyéndose la vía del artículo 41 para su modificación.

Por lo que a las modificaciones ordinarias del tiempo de trabajo se refiere, no es baladí el hecho de que se encuentren reguladas en los dos primeros apartados del art.41, letras a) y b), puesto que, como recuerda CRUZ VILLALÓN, sean probablemente las que aglutinen el mayor número de resoluciones judiciales a estos efectos.⁵⁸⁹

a) Jornada de trabajo

La jornada de trabajo ha de entenderse como la “*duración de la prestación diaria del trabajador, aunque pueda computarse tanto por días como por meses o años*”.⁵⁹⁰ De este modo, al referirme a la jornada de trabajo deberá tenerse en cuenta, a efectos de establecer el campo de actuación del artículo 50ET, la influencia de las modificaciones sobre el cómputo de la misma y su mayor o menor afectación a la persona del trabajador.

⁵⁸⁸Modificado por el RD 15/98, de 27 de noviembre. En su letra e) se expone como la conversión del contrato de tiempo completo a parcial debe responder a una novación consensuada de las condiciones de trabajo, siendo en todo caso voluntaria para el trabajador. Tanto es así, que en caso alguno el empresario podría proceder a sancionar al trabajador o extinguir la relación laboral porque éste se negare a tal modificación. Es por ello que el empresario, ante vacantes de tipo parcial dentro de la empresa deberá informar a los trabajadores para que sean ellos quienes insten el cambio en las condiciones, siendo necesaria una justificación para la denegación por parte del empresario de dicha solicitud.

⁵⁸⁹ CRUZ VILLALÓN, J.: *Modificación del tiempo de trabajo*, en APARICIO TOVAR, J.; LÓPEZ GANDÍA, J. (Coords.), VV.AA.: *Tiempo de trabajo*. Ed. Bomarzo. Albacete. 2007. Pág.257

⁵⁹⁰ MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.; GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*. Ed.Tecnos. 2011. Pág.542

Al respecto, la jurisprudencia se muestra bastante reacia a considerar que una modificación de la jornada de trabajo conlleva, por sí misma, una variación sustancial de las condiciones de trabajo. Dicha afirmación tiene todo su sentido puesto que, como se viene repitiendo en la concepción doctrinal, lo sustancial no será el objeto de la modificación, sino la modificación en sí. De este modo *no es, por tanto, acogible la tesis de (...) que toda modificación de esas esenciales condiciones de trabajo lleva consigo la existencia de perjuicios para el trabajador y que, en consecuencia, debe invertirse la carga de la prueba y acreditarse por la empresa que, en el caso concreto, no se han producido tales perjuicios.*⁵⁹¹

En este sentido, considero de vital importancia la STSJ de Castilla la Mancha de 17 de diciembre de 2008 (AS.2008/3066), que sienta las bases sobre qué modificaciones pueden acogerse a este supuesto. En concreto, habla *de la existencia de perjuicios para el trabajador a causa del repetido cambio de condiciones esenciales de trabajo para que, en base a ello, actúe el mecanismo resolutorio contractual que le concede la norma estatutaria.* De este modo, no es asumible el pensar que existe una presunción “*iuris tantum*” en que la sola modificación de la jornada de trabajo puede suponer la extinción del 50.1ET. Más aún, ni siquiera el que se produzca un variación a estos efectos sería suficiente para habilitar la rescisión vía 41.3ET.

Y ello porque, como se ha dicho, el Estatuto de los Trabajadores no ve con buenos ojos el procedimiento de este último precepto. Por esta razón las modificaciones en cuanto al tiempo de trabajo, no tendrán en principio, viabilidad en lo que se refiere a la jornada de trabajo.

⁵⁹¹ STS de 18 marzo 1996 (RJ.1996/2082), además de otras como STS de 18 julio de 1996 (Ar. 1996/6165). De TSJ Castilla-La Mancha, de 17 septiembre de 2008 (AS.2008/3066); de TSJ de Extremadura, de 27 febrero de 2007 (AS.2007/2011); de TSJ C. Valenciana, de 25 abril de 2006 (AS.2006/2597); de TSJ Aragón, de 11 abril de 2006 (AS.2006/2833); de Madrid, de 24 de junio de 2003 (AS.2003/3628) y de 19 de diciembre de 2001(AS.2001/95263); de TSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 21 enero (AS.2002/1067); del TSJ Islas Baleares, de 11 septiembre de 2001 (AS.2001/4355); de TSJ Andalucía, Málaga , de 8 octubre de 1999 (AS.1999/3406)

No obstante, como suele ocurrir en derecho, caben otras vías que podrían evitar este precepto. En este sentido, hasta la entrada en vigor de la Ley 10/2010, de 16 de junio, solía acudir al artículo 47.2ET. Así, se reducía la jornada y se imponía al trabajador la obligación de realizar horas extraordinarias pactadas previamente en contrato individual o convenio colectivo. Actualmente, sin embargo, el propio precepto excluye la realización de horas extraordinarias salvo en casos de fuerza mayor.

Por ello, la opción más viable en este sentido parece la del artículo 41.6ET que acude a los convenios sectoriales como justificación para hacer la modificación. Sea como fuere, no parece óbice para que el trabajador pudiera obtener una indemnización ya que se trata de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que, como indica el 47.2ET, puede variar desde un 10 hasta un 70% de la jornada de trabajo.

En cualquier caso, las modificaciones sustanciales de la jornada de trabajo, suelen referirse a aspectos cuantitativos de la misma, mientras que respecto del horario, que se tratará a continuación, se suele hablar al referirse a los momentos de entrada y salida del centro de trabajo, así como de los descansos, especialmente en situaciones de jornada partida.⁵⁹²

Así, como ejemplos destacados, es una modificación sustancial el cambio a jornada convencional cuando ésta fuera superior a la que se venía realizando.⁵⁹³ En este sentido, y en comparación con el siguiente supuesto a tratar, conviene recordar que, en materia de flexibilidad del horario de trabajo, existe mucha menor problemática en su modificación que en los supuestos de regulación de la jornada de trabajo.⁵⁹⁴

⁵⁹² Así lo entiende BODAS MARTÍN, R.: *La jornada laboral*. Ed. Dykinson. Madrid. 2002. Pág. 78

⁵⁹³ STSJ de Canarias de 24 de marzo de 1998 (AS.1998/1666).

⁵⁹⁴ Así lo entienden GOERLICH PESET, J.M. (Coord.) VV.AA.: *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Madrid. 2008. Pág.153. También ALFONSO MELLADO, C.L. y GARCÍA ORTEGA, J.: *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1994. Pág.78. Si bien es cierto que las últimas reformas laborales han incidido sobremanera en dichas afirmaciones.

b) Horario

En este caso, ha de hablarse de horario como del modo de fijación de los momentos inicial y final, así como de las interrupciones si hubiera derecho a ellas, que se producen a lo largo de la jornada de trabajo habitual.

El primer dato que es conveniente recordar es que el Estatuto de los Trabajadores (arts.34-36) da una regulación bastante laxa acerca del horario de trabajo. Y ello, en mi opinión, por dos motivos: el primero es, como sucede en otras figuras, para dotar de mayor flexibilidad a la acción empresarial pudiendo adaptarse a las necesidades específicas de su producción. Y el segundo, precisamente, viene relacionado con el primero pues la heterogeneidad de las empresas impide regular de manera unitaria el horario de trabajo que puede ser muy perjudicial para unas, y muy beneficioso para otras.

Teniendo en cuenta estos extremos, es importante resaltar que para que una modificación sea sustancial debe revestir una importancia cualificada.⁵⁹⁵ De darse el caso, se estaría ante un incumplimiento del artículo 41 pero, en este supuesto, de lo que se habla no es, únicamente, de modificaciones sustanciales, sino de aquellas que, siéndolo, produzcan un perjuicio aún mayor para el trabajador como es el menoscabo de su dignidad o el incumplimiento de los procedimientos establecidos en cada caso.⁵⁹⁶ En los casos de horario de trabajo, puede considerarse sustancial la eliminación de horarios estacionales o la modificación del horario ordinario a fin de añadir o eliminar un día de trabajo

⁵⁹⁵STS de 8 febrero 1993 (RJ.1993/749); SSTS de 5 de marzo de1985 (RJ.1985/1277) de 21 de noviembre de 1987 (RJ.1987/6234), o de 23 de abril de1985 (RJ.1985/1907). Todos estos pronunciamientos sostienen de forma conjunta que las modificaciones en el horario de trabajo, por sí solas, únicamente constituyen causa de extinción por vía del 41.3.ET y que sólo si, *“por una parte que la empresa unilateralmente introduzca una modificación sustancial en las condiciones de trabajo, por otra que esta modificación redunde en perjuicio de la formación profesional del trabajador o en menoscabo de la dignidad; si no concurre esta doble circunstancia ... la sola y desnuda modificación sustancial de las condiciones de trabajo”*, no dará en ningún caso lugar a la extinción del artículo 50ET. Evidentemente, ha de actualizarse dicha sentencia pues, conviene recordar, únicamente el requisito de el menoscabo de la dignidad profesional del trabajador es ya exigible para activar la vía de la extinción causal cualificada.

⁵⁹⁶ STS de 7 octubre 2008 (RJ.2008/7374) y STSJ Asturias, de 15 julio de 2011 (AS.2011/323630); y de TSJ Madrid, de 18 noviembre de2011(AS.2011/611).

semanal. No obstante, la jurisprudencia no es unánime y acude al caso concreto, pues, en ocasiones, la modificación del horario sin variaciones en la jornada de trabajo no supone una modificación sustancial.⁵⁹⁷

Por tanto, los Tribunales habrán de hacer dos distinciones:

- Si la modificación es o no sustancial
- Si constituye causa habilitante del 50.1.ET

En el primer caso, ya se ha visto, la disquisición es compleja y es necesario atender al caso concreto. No obstante, sí parece quedar clara la necesidad de entidad en la variación para tomar esta consideración. Sin embargo, se acerca mucho a la línea jurisprudencial⁵⁹⁸ la definición aportada por RAMÍREZ MARTÍNEZ, que señala que “*en términos generales se entiende por sustancial aquella de tal naturaleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral. Pero no solamente la materia ha de ser fundamental sino que la modificación en sí misma ha de ser sustancial: pasando a ser distintas de modo notorio*”.⁵⁹⁹

Más aun, la jurisprudencia excluye de la condición de sustancial a *aquellas modificaciones accidentales o no sustanciales de las condiciones de trabajo (que) pertenecen a la esfera del poder de dirección del empresario* pues en este caso se está dentro de la esfera del *ius variandi*, y por tanto alejados del

⁵⁹⁷ Así lo entendió por ejemplo el TSJ de Andalucía que, en sentencia de 27 de enero de 1999 (AS.1999/558), determinó que no resultaba sustancial, el paso de una jornada semanal que incluía prestación de servicios de lunes a domingo, a otra en que se descansaban tres días, sin reducir el número de horas.

⁵⁹⁸ SSTS de 3 diciembre 1987 (RJ.1987/8822); de 11 diciembre de 1997 (RJ.1997/9163) y de 27 febrero 1990 (RJ.1990/1242) SSTSJ de Madrid de 30 septiembre. (AS.2011/2877); de la C. Valenciana, de 18 junio. (AS.2008/2863); de Navarra, de 30 junio. (AS.2004/2098); de Cantabria, de 28 junio (AS.2002/1885); de Cataluña, de 22 abril. (AS.2002/1791); del TSJ C. Valenciana, de 11 junio (AS.1997/2071).

⁵⁹⁹ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: *Modificación de condiciones de trabajo, movilidad geográfica y funcional*. En “*La reforma del mercado de trabajo*” (VV.AA.). Actualidad Editorial. Madrid. 1993. Pág.530.

contenido del artículo 41ET. y justificada dentro de vínculos que son *de tracto sucesivo o ejecución continuada en el tiempo*.⁶⁰⁰

Concluyendo, ha de quedar clara la comparación entre los motivos que llevan a la activación de la vía del artículo 41 y del 50 respectivamente. Mientras que en el primer caso se exige un perjuicio genérico y más abierto a la interpretación, en el segundo caso se habla de un perjuicio específico contenido en el propio precepto.

De este modo, y teniendo en cuenta la dificultad interpretativa de la mera modificación sustancial, se ha optado por una interpretación laxa en favor del trabajador. El propio autor profundiza en la interpretación amparándose en sentencias que darían cabida incluso a perjuicios “*potenciales*” por parte del trabajador.⁶⁰¹

Ante una modificación de este tipo el trabajador dispondrá de tres opciones, a saber:

- Aquietarse y estar conforme con las nuevas medidas que establezca el empresario.
- Extinguir su contrato en los términos del art.41ET, con una indemnización de veinte días por año trabajado con un límite de nueve mensualidades, correspondiéndole la carga de la prueba en caso de que el empresario no esté conforme y;
- Finalmente, cabe la vía de la extinción a través del art.50ET.

Las diferencias entre estas dos últimas posibilidades son ciertamente notables. Por una parte, en el primero de los casos la extinción no se solicita ante el juez, sino que la finalización de la relación laboral y la ulterior indemnización son derechos que puede ejercitar de forma automática. Ciertamente es que, ante el desacuerdo del empresario éste puede recurrir, pero es muy diferente a la

⁶⁰⁰ Así las SSTs de 3 de marzo (RJ.1995/778); y de 3 de abril de 1995 (RJ.1995/2905).

⁶⁰¹ Quizás la más relevante sea la STSJ de Aragón de 11 de abril de 2006(AS.2006/2833), pero también adquieren cierta relevancia las STS de 18 de marzo de 1996 (AS.1996/2082); de 18 de julio de 1996 (AS.1996/6165) y de 21 de diciembre de 1999 (AS.2000/1426)

situación del art.50.ET. En este caso la indemnización será mayor, puesto que es la referida al despido improcedente, pero habrá de ser solicitada y acordada por el juez, no pudiendo dejar su puesto de trabajo el empleado hasta que exista decisión judicial en la mayoría de los casos.

En cambio, por lo que al objeto de la modificación se refiere, la diferenciación es mucho más sencilla. Cabrá la extinción indemnizada por la vía del 41ET cuando se produzca una modificación sustancial y está tendrá cabida dentro de los supuestos de extinción causal cuando además exista un menoscabo en la dignidad del trabajador.⁶⁰²

La dificultad para discernir entre sustancial y accesorio permanecerá no obstante, dado que se trata de conceptos jurídicos indeterminados y sujetos a la interpretación de los tribunales en cada caso. En cualquier caso, parece claro que será sustancial aquella modificación que altere la esencia del contrato y será accionable cuando perjudique indiscutiblemente al trabajador. Y ello porque, a tenor del 41.3ET, cabe la posibilidad de que existan modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que no supongan un perjuicio para el trabajador, por lo que se excluye la posibilidad de identificar sustancialidad y perjuicio.⁶⁰³

2.3.2. Movilidad funcional y geográfica

El artículo 41ET establece algunas de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Como se ha dicho, no se trata de una lista cerrada, sino más bien ejemplificativa. No obstante, existen figuras que, aun estando recogidas en el propio artículo encuentran una regulación más específica. Es el caso de las modificaciones en el ámbito geográfico y funcional de la relación laboral.

⁶⁰² SSTSJ de Castilla y León, de 8 de noviembre de 2004 (AS.2004/312934); de Cantabria, de 20 de marzo de 2003 (AS.2003/199796); y de la Comunidad Valenciana, de 4 de diciembre de 1998 (AS.1998/4889).

⁶⁰³ Así lo reconoce igualmente CRUZ VILLALÓN, J.: *Modificación del tiempo de trabajo*, en APARICIO TOVAR, J.; LÓPEZ GANDÍA, J. (Coords.), VV.AA.: *Tiempo de trabajo*. Ed. Bomarzo. Albacete. 2007. Pág. 259.

Ambos están regulados en los artículos 39 y 40 del Estatuto de los trabajadores, lo cual no es óbice para que posean fácil relación con el artículo 50, como reiteradamente ha reconocido la jurisprudencia.

A continuación serán analizadas ambas figuras de forma separada.

a) Movilidad funcional

El contenido de la prestación laboral es fruto del acuerdo entre empresario y trabajador en el momento de la firma del contrato. Sin embargo, la relación laboral es un vínculo de tracto sucesivo expuesto a múltiples vicisitudes. Por tanto, ya sea por acuerdo novatorio o por el uso del *Ius Variandi*, el contenido del contrato de trabajo puede sufrir modificaciones a lo largo de su vigencia.

En este sentido, en ocasiones resulta más complejo definir el concepto de movilidad funcional por su falta de regulación que por el hecho de que el término sea en sí mismo difícilmente analizable. En realidad, tal modificación no es más que el cambio de las funciones que acostumbra a realizar el trabajador o por las que fue contratado en un principio⁶⁰⁴. Por otra parte, sí parece necesario distinguir el contenido del art.39ET del poder empresarial que asiste al empresario ex.art.52.b) ET⁶⁰⁵. Es más, dicha institución debe ser observada desde un punto de vista amplio, no sólo cuando exista un cambio en las funciones del trabajador, sino también cuando haya un efectivo cambio de puesto de trabajo, independientemente de si ello trae consigo la variación en las tareas⁶⁰⁶, si bien diferenciando en todo caso de los supuestos de movilidad geográfica.

No obstante, existen ciertas variaciones que, por su importancia, afectan directamente a la esencia del vínculo contraído. En una relación laboral, el empresario ofrece un salario al trabajador por el desempeño de una función

⁶⁰⁴ SALA FRANCO, T. y LÓPEZ TARRUELLA, F.: *La modificación de la prestación de trabajo*. Ed. Deusto. Madrid. 1991. Pág.40.

⁶⁰⁵ Sobre la diferenciación con las causas objetivas de extinción del contrato de trabajo, FABREGAT MONFORT, G.: *La movilidad funcional por razones objetivas*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2002. Pág.14.

⁶⁰⁶ SSTs de 8 de junio (RJ.1990/5044) y de 9 de abril de 1990 (RJ.1990/3434), así como la STSJ de Castilla y León, de 28 de septiembre de 1993 (AS.1993/4109).

determinada. Ambos conceptos, salario y capital trabajo, constituyen el objeto del contrato. Puede decirse que la función es la actividad que desempeña el trabajador en el ejercicio de su cargo. Por tanto, una modificación de suficiente entidad en las tareas del empleado supondrá un problema jurídico de gran calado. Tanto es así que, dependiendo del alcance de la variación contractual podría estarse ante una novación modificativa del propio contrato que requiera de nuevo el consentimiento de ambas partes.

Sin embargo, y hablando en términos de modificación que respetan el ordenamiento laboral, la movilidad funcional se erige como un instrumento de flexibilización organizativa de las relaciones laborales que actúa en beneficio del empresario y que le permite reestructuraciones sobrevenidas en el organigrama del centro de trabajo. Sin embargo, dicha posibilidad supone un cambio en las relaciones laborales previamente convenidas que se produce de forma unilateral y que, por tanto, el ordenamiento laboral ha de regular y proteger a fin de evitar que se produzcan abusos de derecho.

La variación en las prestaciones debidas por el trabajador puede realizarse dentro del grupo profesional, quedando tal conducta englobada dentro del *Ius Variandi*, o fuera del mismo, pudiendo asignarse categorías de superior o inferior categoría.

- Movilidad dentro del *Ius Variandi*

Por lo que respecta al primero de los supuestos, la única obligación que se exige al empresario es la de que no puede encomendar a un trabajador funciones o labores para las que no está cualificado al no poseer las titulaciones académicas requeridas.⁶⁰⁷ Por tanto, se está ante una exigencia bastante sencilla que abre la puerta a una gran variedad de modificaciones.

⁶⁰⁷ STSJ de Murcia, de 16 de enero de 2001 (AS.2001/303). También las SSTSJ de Murcia, de 29 de octubre de 2001 (AS.2001/3976); de Castilla y León, de 22 de octubre de 2001 (AS.2001/4291); de Aragón de 30 de mayo de 2001 (AS.2001/191390); de Cataluña, de 29 de enero de 2001 (AS.2001/101683); de Galicia, de 23 de septiembre de 1998 (AS.1998/6326); y de Madrid, de 24 de enero de 1997 (AS.1997/136).

Es por ello que, en lo que a la movilidad funcional dentro del *Ius Variandi* se refiere, resulta complejo que pueda acudirse a la figura del 50.1ET. En su mayoría, se encontrarán actuaciones incluidas dentro del art.41, esto es, modificaciones sustanciales que dan lugar a una extinción indemnizada, sí, pero en ningún caso cualificada. De tal manera, la posibilidad de acudir a ésta última se dará en casos muy específicos en que la variación contractual no tiene por objeto el mejor aprovechamiento de los recursos productivos ni tampoco la mayor productividad de la empresa, sino el causar un perjuicio de manera arbitraria a un trabajador en concreto.

Generalmente, en la asignación de responsabilidades de grupo inferior, la dignidad del trabajador puede verse afectada de un modo más claro por cuanto pasa a desempeñar un trabajo de menor relevancia que el que venía prestando hasta ese momento. Así, en ciertos casos, una variación injustificada o de carácter anómalo puede producir un menoscabo en su dignidad, por suponer un *ataque al respeto que merece el trabajador ante sus compañeros, y ante sus jefes como profesional, al haber pasado a realizar funciones de inferior categoría y nivel; razones que llevan a confirmar la decisión extintiva por causa del art. 50.1, a) del ET.*⁶⁰⁸ Sin embargo, es innegable que entra dentro del poder de dirección del empresario, a pesar de que deban acreditarse “*necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva*” tal y como reza el 39.2ET y limitarse al “*tiempo imprescindible*”⁶⁰⁹. En cualquier caso, la jurisprudencia no admite cualquier cambio en las condiciones de trabajo. En muchas ocasiones se alega el hecho del paso de ser superior jerárquico a subordinado pero este hecho, por sí solo, no es suficiente para dar la razón al trabajador.⁶¹⁰

⁶⁰⁸ STSJ de Madrid, de 24 de enero de 1997 (AS.1997/136); también STSJ de Murcia, de 16 de enero de 2001 (AS. 2001/303).

⁶⁰⁹ Además, el 39.3ET exige al empresario el mantenimiento íntegro del salario del trabajador y la notificación de la medida a la representación de los trabajadores.

⁶¹⁰La STS de 3 diciembre de 1990 (RJ.1990/9748) afirma que existe una “*facultad empresarial de designar a unas u otras personas para el desempeño de los puestos ejecutivos o de responsabilidad, sin que las resultantes pérdidas de atribuciones o sujeción a dependencia jerárquica distinta constituyan por*

Por lo que a la movilidad funcional ascendente se refiere, normalmente las infracciones suelen tener un punto en común que es el perjuicio en la formación profesional del trabajador. Son casos en que, por ejemplo, se deniega un ascenso tras la cobertura de una vacante o se actúa de manera discriminatoria en los procesos de promoción⁶¹¹ interna dentro de la empresa. No obstante, ha de recordarse que el perjuicio relativo a la formación profesional fue omitido por el legislador en la última reforma laboral llevada a cabo por el RD3/2012, motivo por el cual será interesante atender al posterior desarrollo jurisprudencial. Aun así, es cierto que en los fundamentos de derecho los Tribunales tendían a referirse siempre a ambos conceptos de manera conjunta y, muy a menudo, aquella conducta empresarial que afectaba a una de las premisas, también lo acababa haciendo con la otra.

Es por ejemplo el caso de los “*descensos*” en los llamados cargos de confianza. Evidentemente, la empresa tiene derecho a asignar dichos puestos a personas que considere, no sólo aptas, sino también merecedoras de recibir responsabilidades en los puestos de mayor relevancia de la empresa. Sin embargo, considera la jurisprudencia que *no por ello puede privar sin una causa justa de las funciones de responsabilidad (dirección) a la persona que hasta entonces las había venido desempeñando*⁶¹² (las funciones) cuando dicha medida suponga un retroceso en el escalafón que le sitúa muy por debajo de los que hasta entonces habían sido sus subordinados.

- Movilidad funcional que excede el *Ius Variandi*

Otra posibilidad, aunque ciertamente más compleja, es la que supone la movilidad funcional más allá del *Ius Variandi*. En realidad, más que de una modificación podría hablarse de una novación modificativa, puesto que rebasa los límites de los primeros preceptos contenidos en el artículo 39 al no estar

sí mismas conducta vejatoria.” Además, otros fallos apoyan esta teoría como pueden ser la STS (Sala de lo Social), sentencia de 16 enero 1991 (RJ.1991/52); STSJ Galicia, de 4 diciembre de 2009 (AS.2010/484); y STSJ Madrid de 25 febrero de 2008 (AS.2008/1118).

⁶¹¹ STS de 26 de enero de 1984 (RJ.1984/101) y de 20 de junio de 1988 (RJ.1988/5439)

⁶¹² STSJ de Madrid de 7 noviembre de 2007 (RJ.2007/138)

correctamente justificados o prolongarse por tiempo superior al establecido e incluso de forma indefinida. Sin embargo, el análisis pormenorizado carece de sentido dado que, para llevarse a cabo, y como recuerda MONTOYA MELGAR, han de realizarse *a través de novaciones individuales o colectivas, o mediante procedimientos acordados en convenio colectivo, o a través de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo regulada en el art.41ET.*⁶¹³

De este modo, para que pueda considerarse que existe una movilidad funcional susceptible de ampararse en el 50.1.a) ET debe concurrir una modificación sustancial que atente contra el nivel salarial, grupo profesional o incluso a la responsabilidad que venía manteniendo hasta el momento, en relación con la titulación que acreditara.⁶¹⁴

En conclusión, del estudio de las diferentes modalidades de Movilidad Funcional se desprende que, si bien la empresa posee el poder de dirección y la facultad de atribuir las funciones que integran el organigrama de la empresa, ya sean de dirección o no, no es menos cierto que en la firma del contrato de trabajo se establece un vínculo en que ambas partes acuerdan unas labores a realizar y una contraprestación por la ejecución de las mismas. De este modo, la empresa no puede, injustificadamente, variar las condiciones pactadas previamente, más aún si se trata del cambio de funciones de responsabilidad en que existe un detrimento jerárquico. Así, deberá existir una causa justificada para llevar a cabo dichas variaciones.

Por tanto, a la hora de determinar en qué momento una modificación funcional excede de los límites del art.39ET, pueden destacarse dos vertientes que afectan a la dignidad del trabajador, motivo este que marcará la diferencia entre una variación ordinaria y la posibilidad de extinción con derecho a una indemnización por despido improcedente.⁶¹⁵

⁶¹³ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*. Tecnos. Madrid. 2011. P.426.

⁶¹⁴ STS de 25 de julio de 1990 (RJ.1990/6479)

⁶¹⁵ LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*. Universidad de Alicante. 1984. Pág.227. Del mismo modo ALBIOL MONTESINOS, I. “*La resolución*

Por una parte, existe un componente individual, cuando el cambio de funciones supone un perjuicio personal grave, ante la comparativa de la importancia de las tareas que venía realizando hasta ese momento y las encomendadas posteriormente. Por otra, el ya mencionado carácter colectivo, consistente en la situación en que queda el afectado respecto de sus compañeros, muchos de los cuales incluso han podido ser subordinados en el pasado, y que pueden observar la falta de relevancia que para la empresa supone el trabajador, escenificada en el cambio de funciones.

En realidad, el concepto de dignidad en relación con la movilidad funcional es realmente relevante. No sólo porque ya estuviera recogido en el art.4ET y sea nuevamente mencionado en el 50ET como motivo de extinción, sino por estar contemplado en el propio 39.1ET. Con anterioridad, el 39.3 exigía que, al acometer la variación funcional, ésta se realizara “*sin menoscabo de la dignidad del trabajador*”. Resultaba por tanto imposible encontrar un paralelismo mayor entre las figuras de uno y otro precepto, e incluso ahora puede considerarse complejo el discernir entre los requisitos de uno y otro artículo. No obstante, sí parece claro que se estará ante un supuesto extintivo del art.50ET cuando el objetivo del empresario no sea el de mejorar el proceso productivo de la empresa o reponerse a las circunstancias del mercado, sino de forma clara, humillar al trabajador.⁶¹⁶

del contrato de trabajo por el trabajador. (En torno al artículo 78LCT)”. (Escuela Social de Valencia). 1973. Pág.142.

⁶¹⁶ STSJ de las Islas Canarias, de 30 de diciembre de 1993 (AS.1993/5238). Sin embargo, existe otra extendida doctrina jurisprudencial que, pese a la remisión a la dignidad profesional que hace el 39ET, entienden que ésta es en realidad la diferenciadora del artículo 50ET, por lo que si la variación contractual se hace sin respeto a la misma, la indemnización correspondiente será la contemplada para el despido improcedente y, en caso contrario, operará la del art.41. Así la STS de 27 de noviembre de 1989 y, en este mismo sentido las SSTSJ de las Islas Canarias, de 19 de enero de 1994 (AS.1994/54); de Navarra, de 16 de julio (AS.1993/3295); y de 24 de mayo de 1993 (AS.1993/2242); de Madrid, de 3 de diciembre de 1992 (AS.1992/6193); de Aragón, de 27 de mayo de 1992 (AS.1992/2531) y de las Islas Baleares, de 7 de abril de 1992 (AS.1992/1796). En ellas se habla expresamente de la buena fe a la hora de realizar los cambios en las funciones del trabajador. También en este sentido FABREGAT MONFORT, G.: *El régimen jurídico de la movilidad funcional: puntos críticos*. Consejo Económico y Social de la Comunidad Valenciana. Valencia. 2003. Pág.161.

En definitiva, no cabe la movilidad funcional si esta afecta, “*siquiera tangencialmente*”⁶¹⁷, a la dignidad del trabajador, pudiendo este ser repuesto en las condiciones anteriores o exigir la extinción del contrato de trabajo.

b) Movilidad geográfica

Se habla de movilidad geográfica cuando se produce una variación del lugar de prestación de trabajo en que se venía haciendo de manera habitual y que se pactó en la constitución del contrato.⁶¹⁸ Dicha modificación puede realizarse por un espacio limitado o prolongado en el tiempo distinguiéndose así entre desplazamiento y traslado. En este caso, es de interés tratar el segundo de los términos, puesto que difícilmente el primero derivará en un supuesto susceptible de encajar en la extinción causal, dada su temporalidad.

De este modo, el art.41.7ET considera como posible modificación sustancial de las condiciones de trabajo a la movilidad geográfica. Resulta curioso el hecho de que este motivo haya sido excluido del art.41.1ET, que ejemplifica algunas de las causas más reconocibles del supuesto, y sea nombrado de forma separada. Sin embargo, y al igual que ocurre con la movilidad funcional, lo cierto es que en ambos casos las modificaciones sufridas estarán a lo dispuesto en sus respectivos y específicos artículos y, en este caso, al art.40ET.

Así, en primer lugar serán trazadas las líneas que llevan a la generación de una modificación sustancial susceptible de incardinarse en el art.41ET y posteriormente se verá el grado de afectación y los motivos que pueden conducir a la aparición de la extinción causal del art.50ET.

⁶¹⁷ SENRA BIEDMA, R. (Coord.): *El derecho del trabajo y de la Seguridad Social tras la reforma de 1994 y los textos refundidos de 1995. Derecho individual del trabajo. Derecho colectivo del trabajo. Protección social. Normativa de la Comunidad Económica Europea.* Ed. Bosch. Barcelona. 1995. Pág.256. VALLE MUÑOZ, F.A.: *La movilidad funcional del trabajador en la empresa.* Consejo Económico y Social. Madrid. 1998. Pág.290.

⁶¹⁸ Así lo han entendido entre otros, CORTE HEREDERO, N.: *La movilidad geográfica de los trabajadores.* Ed. Lex Nova. Valladolid. 1995. Pág.69 y GARCÍA VALVERDE, M.D.: *La movilidad geográfica. Un análisis teórico jurisprudencial.* Ed. Comares. Granada. 2002. Pág.7. En este sentido entendieron la movilidad geográfica como “*aquellas modificaciones que sufre la fijación inicial del lugar donde el trabajador se ve obligado a trabajar.*” Muy genérica pero adecuada definición teniendo en cuenta que engloba tanto los supuestos de traslado como de desplazamiento.

Sentado lo anterior, lo cierto es que pocos requisitos exige el artículo 40 para que pueda considerarse una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En realidad, cualquier traslado⁶¹⁹, con las notas características que responden a este concepto, supone una clara variación de las modificaciones pactadas en un primer momento. Por tanto, el propio artículo 40 ya da una opción ciertamente similar a la que podría encontrarse en el art.41ET, puesto que el trabajador, en este caso puede optar por la resolución indemnizada del contrato, si bien el resarcimiento consistirá en cualquier caso de 20 días por año trabajado con un límite de 12 mensualidades⁶²⁰, o por la impugnación del traslado. En este último caso será el juez quien decida si la acción empresarial está justificada o no.

Una vez desgranados los motivos que constituyen el traslado y, por tanto, la modificación sustancial, se hace necesario el estudio de los supuestos en que puede agravarse la situación y generarse una extinción cualificada.

Por supuesto, el requisito genérico que se exige a toda modificación para dar lugar a la indemnización por despido improcedente del art.50ET es el menoscabo de la dignidad del trabajador. No obstante, y como recuerda ÁLVAREZ GIMENO⁶²¹, resulta complicado en primer término concluir que un traslado del puesto de trabajo, por sí solo y siempre que se mantengan las anteriores condiciones de trabajo, pueda suponer tal perjuicio. Así, dice el autor “*no se puede afirmar que trabajar en una determinada ciudad sea más digno que hacerlo en otra*”. Sin embargo, generalmente la notoriedad que proporciona prestar servicios en una capital es mayor que el hacerlo en una pequeña localidad. En cualquier caso, se trata de una apreciación subjetiva que ha de desarrollarse para poder ser tenida en cuenta.

⁶¹⁹ El artículo 40ET viene a exigir que exista un cambio de residencia siempre y cuando los trabajadores no hayan sido contratados *específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes a un centro de trabajo distinto de la misma empresa que exija cambios de residencia*.

⁶²⁰ Por las nueve mensualidades que se reconocen como límite en las demás modificaciones sustanciales al amparo del art.41ET.

⁶²¹ ÁLVAREZ GIMENO, R.: *La extinción causal por voluntad del trabajador*. Ed. Comares. 2012. Granada. Pág.108

Por otra parte, conviene recordar que, sobre todo en la etapa previa a la reforma laboral introducida por la L11/1994, existía un gran recelo a aplicar la extinción cualificada del artículo 50ET salvo en casos en que, de manera ostensible y flagrante, se produjera una alteración del objeto de trabajo. Así lo recuerdan autores como RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER y FERNÁNDEZ LÓPEZ⁶²². Del mismo modo, DE MIGUEL LORENZO⁶²³ expone que “*es poco frecuente que de un traslado o de alguna de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo del art.41ET deriven los perjuicios exigidos en el art.50.1.ET*”. Y ello básicamente porque la exigencia requerida para causar dicho ilícito atendía a supuestos extremos de falta de ocupación efectiva o cambios funcionales, aislamientos o vacío de responsabilidades. No obstante, lo cierto es que, tal vez por la cuantía de la indemnización, en general ni el legislador ni los tribunales han sido muy proclives a la aplicación del art.50ET. Más aun en los supuestos de movilidad geográfica, en que el empresario no tiene la opción de despedir con abono de la indemnización que correspondería en caso de improcedencia, ante una decisión judicial adversa. Es por ello que la única vía para el trabajador es la de la extinción causal.⁶²⁴

Cabe esta posibilidad cuando el perjuicio causado excede del que sería normalmente ocasionado por el traslado⁶²⁵. Incluso llegó a descartarse la conveniencia de esta vía para supuestos en que no se produjera un cambio en la categoría profesional del trabajador, ya que la empresa tenía libertad para cambiar a un trabajador de su puesto *ex art.39ET*.⁶²⁶

⁶²² RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. *La voluntad del trabajador en la extinción del Contrato de Trabajo*. Ed. La Ley-Actualidad. Madrid. 1998. Pág.156.

⁶²³ DE MIGUEL LORENZO, ANA M^a. : *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Estudios de Derecho Laboral. Madrid. 1993. Pág.85

⁶²⁴ SSTSJ de la Comunidad Valenciana, de 26 de octubre de 2001 (AS.2002/2996) y de Andalucía, de 18 de marzo de 1997 (AS.1997/2763). En ellas se habla del resarcimiento por daños morales derivados de movilidad geográfica.

⁶²⁵ ORTIZ LALLANA, M.C.: *La movilidad geográfica en la empresa. El marco jurídico según Ley 11/1994, de 19 de mayo*. Madrid. 1994. Pág. 70.

⁶²⁶ Así la STS de febrero de 1990 (RJ.1990/280)

Generalmente, y teniendo en cuenta una casuística bastante limitada, los supuestos de hecho que conducen a este extremo suelen darse por conductas anómalas y culpables por parte del empresario. En ocasiones, la modificación sustancial responde a una conducta represiva del empresario que, al no conseguir algo del trabajador (ya sea una extinción pactada o algún tipo de prestación laboral no contenida en el contrato) utiliza su poder de dirección más allá de lo que permite la ley⁶²⁷. Pueden encontrarse en este grupo supuestos de traslados sucesivos en cortos períodos de tiempo⁶²⁸, aislamientos de los trabajadores⁶²⁹ e incluso casos como el resuelto por STS de 11 de octubre de 1989 (RJ.1989/7167) en que el trabajador invocó la extinción causal del 50ET tras sufrir un traslado por parte de la empresa, “*al no obtener la aquiescencia del actor para su cese en las condiciones que ofrecía*”.

Ni siquiera existe unanimidad a la hora de determinar si la vía para accionar es el apartado a) o el c) del Estatuto de los trabajadores⁶³⁰. Incluso, para algunos autores resulta más conveniente acudir a éste último, puesto que resulta complejo el apreciar el ataque a la dignidad del trabajador en un traslado donde, los perjuicios causados pueden ser más bien logísticos, económicos o de otra índole, pero difícilmente morales. Por otra parte, no parece necesario exigir que el traslado sea ilegal cuando por sí solo ya atenta contra la dignidad de quien lo padece.⁶³¹

En cualquier caso, lo cierto es que no son pocas ni de escasa importancia las novedades introducidas respecto de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo por las últimas reformas laborales, por lo que, en cierta medida, habrá de estarse a los nuevos pronunciamientos judiciales y doctrinales,

⁶²⁷ STS de 5 de febrero de 1990 (cit.) y en la misma línea STSJ Extremadura, de 18 de julio (AS.2001/3432)

⁶²⁸ STSJ Madrid, de 30 marzo 1995 (AS.1995/1311)

⁶²⁹ STSJ de Canarias (SC de Tenerife) de 30 de junio de 2008 (AS.2008/308588)

⁶³⁰ ALEMÁN PÁEZ, F.: *La movilidad Geográfica. Problemática social y régimen jurídico*. Ed. Tecnos. Madrid. 2001. Pág.122.

⁶³¹ GARCÍA MURCIA, J.: *Traslados y desplazamientos en la empresa: El artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1996. Pág.104.

especialmente tras la desaparición de la formación profesional como requisito para la aplicación de la extinción causal.

Lo que sí queda claro es que la modificación sustancial supone una variación de entidad en las condiciones de trabajo, en que existe una decisión de carácter unilateral por parte del empresario que, amparado por el ordenamiento, obliga al trabajador a su aceptación. Es por ello, que ante semejante desigualdad, el ordenamiento laboral estableció mecanismos para la defensa del trabajador. Se trata de una suerte de *Ius Resistentiae* mediante el cual, ante una acción del empresario en que se produce una novación del contrato de trabajo, éste puede responder finalizando el mismo.

Sin embargo, con las últimas reformas se acentúa aún más si cabe el poder de dirección del empresario⁶³², motivo por el cual, ante un ejercicio abusivo del mismo, en que no se respeten los procedimientos establecidos en el artículo 41, se establece una respuesta de mayor relevancia si cabe en el art.50ET.

2.3.3. Afectación de las últimas modificaciones en materia de extinción causal.

El RD 3/2012 de 10 de febrero ha supuesto un gran cambio en una buena parte del articulado del Estatuto de los Trabajadores. Por lo que se refiere al artículo 50, la nueva realidad ofrece una variación que tiene más entidad de la que a primera vista pudiera pensarse.

Por una parte, es cierto que, si se atiende únicamente a la redacción del precepto no se apreciará mayor variación que la eliminación, anteriormente comentada, de la formación profesional como requisito para alegar la extinción causal del propio artículo. Queda por tanto la dignidad profesional como único requisito para la cualificación de las modificaciones sustanciales que pudieran llevarse a cabo.

⁶³² ROJAS RIVERO, G.: *Traslado y desplazamiento de trabajadores*. MTSS. Madrid. 1993. Pág.113.

No obstante, pudiera decirse que el art.50ET no es un precepto “autónomo” desde el punto de vista de que en dos de sus apartados, “a” y “c”, se remite a los artículos 40 y 41 del propio Estatuto. Por tanto, conviene detenerse, aunque sea de forma sucinta, en las modificaciones que ha sufrido el artículo referido a las modificaciones sustanciales en el contrato de trabajo.

La primera novedad que puede encontrarse en la nueva redacción del 41.1ET es que se reformulan las causas genéricas que dan lugar a una modificación sustancial, a saber: causas técnicas, organizativas, de producción o económicas. Sin embargo, lo más llamativo en la nueva redacción del precepto es la explicación de cuándo concurren dichos motivos. En concreto, se refiere a situaciones en que se vea afectada *“la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.”* Esta afirmación no es baladí sino que responde al nuevo enfoque que se pretende dar a las relaciones laborales. La nueva posición del legislador basada en la competitividad supone la eliminación de otro tipo de criterios como las previsiones de malos resultados o la prevención de supuestas *“evoluciones negativas”*, motivos difícilmente justificables puesto que se trataba de suposiciones de futuro.

El segundo cambio relevante es el relativo a las modificaciones colectivas. Mientras en el anterior texto se describían las modificaciones tanto colectivas como individuales, lo cierto es que actualmente la diferencia entre ambas reside únicamente en un criterio cuantitativo, que se mantiene de la anterior redacción. Sin duda supone una simplificación del supuesto cuyos efectos están aún por ver. En cualquier caso, sí se mantiene el precepto dirigido a evitar el fraude de ley en casos de modificaciones sucesivas en períodos de noventa días, que continuarán siendo declaradas *“nulas y sin efecto”*, a pesar de que continúa siendo una garantía del criterio cuantitativo. Resulta en este sentido complicado el saber si la medida será favorable o no y para quién. En principio, las modificaciones van encaminadas a evitar despidos o, en caso de no ser posible, a agilizar los trámites de la extinción, huyendo de los largos procesos al amparo del artículo 50ET. No obstante, lo que sí parece claro es que, si únicamente ha de estarse a criterios

numéricos, el análisis de las conductas y su calificación como sustanciales será en todo caso más sencillo desde un punto de vista jurídico.

Al margen de algunas variaciones relativas al modo de realización de las modificaciones sustanciales como la comunicación previa que pasa de 30 a 15 días, sí considero relevante resaltar dos aspectos:

En primer lugar, el hecho de que se amplíen los motivos de opción rescisoria por parte del trabajador con derecho a 20 días de indemnización por año trabajado con un límite de nueve mensualidades y, en segundo lugar, la desaparición de la expresión “*sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50.1.a)*”. Con estas novedades el legislador ha pretendido, a mi modo de ver, tres objetivos:

- En primer término abaratar los costes de una posible extinción puesto que la indemnización por despido improcedente, pese a la reducción sufrida por el propio decreto, continúa siendo una losa difícil de llevar en el objetivo de la flexibilidad interna de las empresas.
- Además, resulta indudable que la opción rescisoria puede ser, en muchos casos, beneficiosa para el trabajador. La extinción causal del artículo 50 da lugar a una indemnización de mayor cuantía, de ello no cabe duda, pero también es cierto que no es una extinción automática, sino que ha de ser dictada por el juez con el retraso que ello provoca. Además, dicho precepto exige como norma general y salvo gravísimas excepciones, la permanencia en el puesto de trabajo, hecho que puede suponer un grave perjuicio para el trabajador y que, dadas las dificultades económicas que está sufriendo el sector empresarial en la actualidad, pueden derivar en una sentencia favorable pero ineficaz.
- Por último, existe un objetivo de seguridad jurídica claro. Efectivamente, autores como RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER y FERNÁNDEZ LÓPEZ han sostenido que dicha remisión, en lo que se refiere al régimen indemnizatorio, y dado que no existe precisión mayor, “*permitió la más amplia de las interpretaciones siempre que el requisito*

del daño a la formación o la dignidad del trabajador concurriera".⁶³³ Por tanto, la modificación tiene un claro carácter restrictivo en este sentido, como se ha apuntado con anterioridad.

En segundo lugar, respecto de las demás variaciones, creo que es importante resaltar el hecho de que en las modificaciones colectivas sin acuerdo, será el empresario quién comunique a los trabajadores su decisión que, en cualquier caso, surtirá efectos a los siete días desde la notificación.

Como conclusión, de la reforma surgida por el RD 3/2012, existe una modificación notable en lo que al art.40ET se refiere. En mi opinión, de la nueva redacción se desprende un interés manifiesto del legislador en agilizar los trámites de las modificaciones sustanciales dando prioridad a la flexibilidad empresarial y a la competitividad de las compañías. Del mismo modo, observo una intención del ordenamiento laboral en dar prioridad al uso del artículo 41ET por parte de los trabajadores en lugar del art.50, ampliando los motivos que dan lugar a la rescisión por la vía del primero de los preceptos en detrimento de la siempre problemática extinción cualificada.

En definitiva, el legislador ha pretendido agilizar los trámites tanto en las modificaciones colectivas en que la decisión del empresario continuará siendo prioritaria, en las causas de modificación que ya no atienden a previsiones espúreas o difícilmente probables, y en la extinción, en que pretende que el trabajador reduzca una posible compensación a fin de agilizar los trámites haciéndole optar por la vía del 41ET.

Así, y en lo que al objeto de este trabajo se refiere, será necesario un doble requisito para acudir a la vía del art.50ET: en primer lugar deberá existir un menoscabo de la dignidad del trabajador y, además, la modificación habrá de realizarse sin respetar lo dispuesto en el art.41ET.⁶³⁴ En un primer análisis de la

⁶³³ RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. *La voluntad del trabajador en la extinción del Contrato de Trabajo*. Ed. La Ley-Actualidad. Madrid. 1998. Pag.159

⁶³⁴ BLASCO PELLICER, A.: *La extinción del contrato de trabajo en la Reforma Laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*. VV.AA. Ed. Tirant lo Blanch-Colección Laboral. Valencia. 2013. Pág.212.

norma debería decirse que se trata de un claro agravio de los intereses del trabajador puesto que, cabría entender que una humillación del empresario sería conforme a derecho siempre y cuando se hubiera respetado el procedimiento expuesto o, viceversa, si el empresario lleva a cabo una modificación sin respetar lo dispuesto en cuanto al procedimiento a seguir, ésta es igualmente legal. Es por ello que diversos autores ya se han manifestado al respecto de la poca practicidad que acompaña a esta medida, y la dudosa aplicación real de la misma.⁶³⁵

2.4. Efectos

Para finalizar este capítulo, considero de vital importancia el detenerse, siquiera brevemente, en las consecuencias que acarrearán las diferentes extinciones que se han ido analizando hasta ahora. Y ello porque, al contrario que en el supuesto dimisorio, en que la voluntad del trabajador es única y concluyente a la hora de poner fin al vínculo, en este caso, dicha decisión, aun tomada por el propio trabajador, viene condicionada por unos factores ajenos a su responsabilidad. Factores que, sin embargo, son determinantes a la hora de finalizar el vínculo laboral.

De este modo, en la extinción “*ad nutum*” podía decirse que al trabajador no le asistirían más derechos que el cobro de los salarios ya generados y de aquello que se le adeudara hasta el momento de la finalización efectiva. Así, quedaban excluidas posibles indemnizaciones y, salvo en el caso de la dimisión de la mujer víctima de violencia de género, tampoco generará el derecho a la prestación por desempleo.

Por el contrario, en la extinción causal, ya sea por la vía del artículo 41 o, más si cabe, por la 50ET, la situación es bien diferente. En realidad, parece lógico que un trabajador que se ha visto obligado a dejar su puesto de trabajo por causas

⁶³⁵ LÓPEZ BALAGUER, M.: *Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo*. En *La Reforma Laboral de 2012: Nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*. VV.AA. Ed. La Ley. Madrid. 2012. Pág.259. PEDRAJAS MORENO, A.; SALA FRANCO, T.; y MOLERO MANGLANO, C.: *La Flexibilidad interna en la empresa. Reformas operadas y reformas pendientes*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2012. Pág.65.

ajenas a su voluntad y que, por regla general, son atribuibles a la otra parte, mantenga el derecho a la prestación. Tal afirmación tiene una relación muy estrecha con el concepto de despido indirecto dado que, ha de suponerse que, el trabajador, se hubiera mantenido en su puesto de trabajo de no haberse modificado sus condiciones laborales.

Además, la tesis viene reforzada por el hecho de que la extinción no es arbitraria o basada en suposiciones u opiniones particulares del trabajador. En el caso de la extinción causal, ésta viene refrendada por los Tribunales, que convalidan la decisión del trabajador que, a su vez, mantiene su actividad mientras el proceso está en marcha. De hecho, la finalización de la relación laboral de manera precipitada y sin esperar a la decisión judicial es considerada un abandono del puesto de trabajo que, al igual que la dimisión, no genera derecho prestacional ni indemnizatorio alguno.

Así lo entiende también la legislación española, que en el art.208.1.e) LGSS⁶³⁶ recoge como beneficiarios de la prestación por desempleo a quien finalice su relación laboral “*por resolución voluntaria (...), en los supuestos previstos en los artículos 40, 41.3, 49.1.m y 50 del Estatuto de los Trabajadores.*”

En definitiva, el ordenamiento trata de proteger a la parte débil del contrato, con medidas tendentes a evitar abusos en el ejercicio del derecho.

Pero, dejando la generalidad de las consecuencias del artículo 50, por lo que a las modificaciones sustanciales refiere varias son las posibilidades que asisten al trabajador.

Así, ante una eventual declaración de procedencia de la modificación sustancial de las modificaciones de trabajo, podrá optar el trabajador a la rescisión del contrato con derecho a la prestación por desempleo y a una indemnización de 20 días por año trabajado con un límite de 9 mensualidades. Por tanto, la principal

⁶³⁶Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

consecuencia es la extinción, si bien en este caso se trata de un derecho opcional del trabajador, que puede también aquietarse con la situación.

En segundo lugar, ante la nulidad de la modificación, lo que corresponde no es la extinción sino la reposición en las condiciones anteriores a la variación sustancial.

Finalmente, ante una modificación sustancial que redunde en perjuicio de la dignidad del trabajador y cuya entidad queda subsumida en dicho perjuicio, supondrá no sólo la extinción del contrato de trabajo, sino el derecho del trabajador a la percepción por parte del mismo de la indemnización correspondiente al despido improcedente. La extinción vendrá en principio dada por el carácter constitutivo de la sentencia.

Y digo en principio porque las nuevas formulaciones aparecidas a raíz de la promulgación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en que se introducen no pocas novedades en materia de medidas cautelares, incluso este extremo comienza a ser replanteado de nuevo.

Del mismo modo, y como se ha comentado, también el requisito de permanencia, en relación con las ulteriores y muy dañinas consecuencias que para el trabajador venían sucediéndose cuando abandonaba el puesto de trabajo con anterioridad.

Concluyendo, las modificaciones sustanciales de trabajo son causas suficientes para instar la extinción del contrato de trabajo, siendo la gradación del daño que causan la razón diferencial para acudir a la vía del artículo 41 o 50 del Estatuto de los Trabajadores.

En cualquier caso, se trata de motivos que, al igual que en el supuesto de la falta de pago, que será tratada en el siguiente capítulo, han adquirido una innegable relevancia en los últimos años por la voluntad de los sucesivos gobiernos de fomentar la flexibilidad interna a fin de evitar despidos amparados en la crisis

económica⁶³⁷. Es por ello que, y cada vez más, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo van a ser el objeto principal de estudio en las relaciones laborales, ya sea por su utilización por parte del legislador como medida de estabilidad en el empleo, o por el irregular uso que de ellas hagan las empresas en relación con la extinción del contrato de trabajo.

⁶³⁷ Incluso ante las optimistas previsiones del Gobierno, manifestadas en la exposición de motivos del RD Ley 3/2014, de 28 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida, en que parece abandonarse la voluntad de dotar la estabilidad en el empleo, por considerarse ésta conseguida, para centrarse en la creación de nuevos puestos de trabajo.

**CAPÍTULO XI: LA FALTA DE PAGO O RETRASOS CONTINUADOS
EN EL ABONO DEL SALARIO**

CAPÍTULO XI: LA FALTA DE PAGO O RETRASOS CONTINUADOS EN EL ABONO DEL SALARIO

1. El incumplimiento del objeto del contrato por parte del empresario

El segundo motivo de extinción causal que ofrece el artículo 50ET es sin duda de singular importancia. Y al hablar de singularidad, no me refiero únicamente al hecho de que la falta de pago del salario sea importante, sino de que su entidad justifica el hecho de que posea un apartado propio dentro del articulado. Sólo así se explica que el abono de la retribución por parte del empresario quede fuera de la cláusula de cierre del propio precepto en que se habla de “*cualquier otro incumplimiento grave*” (50.1.c) ET).

En realidad, es este último apartado el que demuestra la importancia de tan específico incumplimiento. Cuando se refiere a otras contravenciones, el legislador está dejando claro que, sin duda, la más importante de las obligaciones contractuales que ha de satisfacer el empresario es el pago del salario. En efecto, constituye parte esencial del objeto del contrato y elemento diferenciador entre las relaciones de tipo laboral y aquellas que son de carácter filantrópico o caritativo.

Es por ello que a lo largo de este capítulo me centraré en desgranar el concepto de salario en relación con las posibles contravenciones que puede cometer el empleador. Porque incumplir no es únicamente dejar de pagar, sino pasar por alto todas aquellas cláusulas que se han firmado en el contrato de trabajo respecto de la cuantía, tiempo y forma de pago por poner algunos ejemplos.

La importancia del salario, por tanto, no por ser evidente deja de merecer un profundo análisis. Se trata de un derecho fundamental del trabajador y, además, de la principal razón del trabajo y obligación del empresario. De este modo, la

onerosidad se configura como uno de los requisitos vitales para el correcto desarrollo de la reciprocidad contractual.⁶³⁸

Además, podrá comprobarse, al contrario que en los apartados a) y c) de este artículo, que en este caso no existe una amplitud interpretativa sobre aquello de lo que se está hablando. Queda fuera de toda duda que lo que se analiza es el salario y el estudio se centrará, en mayor medida, en saber qué entiende la legislación por incumplimiento y, básicamente, qué gradación exige a la hora de aceptar como motivo de extinción cualificada del art.50 una falta o retraso en el pago.

Y ello porque, al igual que ocurría con las modificaciones sustanciales, en época de recesión económica y desempleo los incumplimientos de las obligaciones contractuales pactadas en primer término acostumbran a ser el motivo principal de las extinciones del contrato de trabajo por voluntad del trabajador.

2. El salario

Se habla de salario como de una paga o remuneración regular, una cantidad, ya sea en dinero o en especie, con que se retribuye por sus servicios prestados a la empresa, a los trabajadores por cuenta ajena. Pero sobre todo, el salario es el objeto del contrato de trabajo y la causa del mismo, desde el punto de vista del trabajador.⁶³⁹

La importancia de este concepto trasciende a lo meramente económico. Es parte inherente de la relación laboral porque el objeto del contrato de trabajo no sólo es la prestación de servicios, sino también la remuneración de los mismos.⁶⁴⁰ Evidentemente, cuando una persona se refiere al salario a menudo se suele

⁶³⁸ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *Configuración jurídica del salario*. Ed. Comares. Granada. 2001. Págs. 25-27. También GALGANO, F.: *El negocio jurídico*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1992. Pág.485.

⁶³⁹ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*. Ed. Tecnos. Trigésima tercera Edición. Madrid. 2012. Pág.374

⁶⁴⁰ Así ALMANSA PASTOR, J.M. (Dir.): *Estudios sobre la ordenación del salario*. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valencia. 1976. Pág.77.

atribuir al aspecto monetario, referencia que, no por extendida, deja de ser ciertamente equívoca⁶⁴¹, o al menos, incompleta. Sin duda, esa es la primera y más importante de las observaciones que vienen a la mente, pero no la única. En realidad, la definición de salario olvida algunos matices que, a mi modo de ver, han de ser analizados.

En primer lugar, el salario es la obligación principal del empresario en la relación laboral y por tanto, encaja con un derecho a favor del trabajador. En efecto, el artículo 4.2.f) ET establece que los trabajadores, en la relación de trabajo, tienen derecho a “*A la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida*”.

Además, como tal, el salario se encuentra protegido por ciertas garantías que refuerzan sus posibilidades de cobro⁶⁴². A estos efectos se crearon instituciones como el FOGASA o se estableció la prelación en el crédito salarial. Más aun, podría decirse incluso que la prestación por desempleo surge como forma de paliar o sustituir (en cierta medida) el perjuicio que supone el perder dicha retribución.

Y todo ello por el hecho de que, insisto, la importancia del salario supera ampliamente el aspecto jurídico o contractual. Así, no puede obviarse el hecho, como recuerda RODRÍGUEZ PIÑERO⁶⁴³, de que la retribución del trabajador por el servicio prestado tiene un componente social de vital importancia.

Ha de tenerse en cuenta que, como regla general, el salario es la base del sustento del común de los trabajadores, la fuente de ingresos que permite el desarrollo de

⁶⁴¹ QUINTANA SÁNCHEZ, Ó. y TARANCÓN PÉREZ, E.: *El salario y la nómina*. Ed. Altabán, Edición Enero 2011. Albacete. 2011. Págs.7-11

⁶⁴² MERCADER UGUINA, J.R.: *Salario y Crisis Económica*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. Págs.73-79. En el que se expone con claridad que el salario mínimo nace como “suelo de garantía y responde al “debate acerca de cuál es el precio adecuado por lo servicios prestados en el contexto de un mercado de trabajo en el que la variación en los costes laborales acaba afectando bien a la productividad de las empresas, bien a la tasa de desempleo.” En este caso se habla de la tendencia del mercado hacia su propio equilibrio, si bien resulta necesario recurrir al establecimiento de salarios mínimos para evitar conductas que fomenten retribuciones a todas luces injustas.

⁶⁴³ RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. *La voluntad del trabajador en la extinción del Contrato de Trabajo*. Ed. La Ley-Actualidad. Madrid. 1998. Pág.177

una vida digna y la satisfacción de las necesidades más básicas. Más aun, el salario explica y condiciona muchos de los derechos y deberes regulados por el Derecho de la Seguridad Social y es base en lo referente a aspectos tan importantes como el IRPF.⁶⁴⁴

Sin embargo, la extinción por la vía del artículo 50.1.b) ET no es una garantía de cobro, no está destinada a mejorar la posición del trabajador como acreedor de un salario adeudado. El objetivo en este caso es distinto. Mediante esta vía lo que se pretende es subsanar una situación insostenible que supone el grave perjuicio de no percibir aquello que se ha generado y que se había pactado previamente. De este modo, la finalización del contrato no resolverá la situación de impagos pero sí habilitará al empleado a buscar una mejor salida. Y ello por el hecho de que, de prosperar la propuesta, el trabajador percibirá la indemnización prevista para el despido improcedente, tendrá derecho a la prestación por desempleo y mantendrá su derecho al cobro de lo adeudado, quedando liberado del vínculo laboral y pudiendo buscar otras alternativas.

En mi opinión, no obstante, la explicación es mucho más sencilla. El párrafo primero del 1124CC habla claramente de que “*la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.*” Parece, por tanto, simple de entender que en una relación sinalagmática en que dos partes están obligadas a cumplir ciertos acuerdos, por los que se vincularon libremente, si una de ellas no lo hace la otra pueda finalizar la relación de manera unilateral.

2.1. *El objeto*

Una vez introducido el concepto de salario y antes de analizar en qué consiste exactamente el incumplimiento del que se está hablando, es conveniente acotar el objeto del art.50.1.b) ET puesto que, si bien existe una presunción *iuris tantum* que favorece la consideración de salario, de las cantidades discutibles que se

⁶⁴⁴ PÉREZ AMORÓS, F.: en *Derecho del Trabajo*. VV.AA. Ed Huygens. Colección LEX Académica. Barcelona. 2011. Pág.236

reciben,⁶⁴⁵ no toda entrega de dinero por parte del empresario al trabajador supone un pago de salario y, por tanto, no toda deuda económica constituye un supuesto habilitante de la finalización del contrato laboral por esta vía.

Así, tres son los requisitos básicos en que la doctrina coincide a la hora de subrayar los extremos del objeto de la extinción por falta de pago:

2.1.1. El tipo de deuda

“Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo.” (26.1ET).

La definición de salario que da el Estatuto de los Trabajadores podría inducir erróneamente a pensar que cualquier transferencia económica que el empresario realiza en favor del trabajador (en dinero o en especie) queda incluida en el concepto de salario. Sin embargo, no siempre es necesariamente así y conviene diferenciar los pagos con carácter salarial y extrasalarial.

Por tanto, al hablar de conceptos salariales, se hace teniendo en cuenta aquellas percepciones que, exclusivamente, retribuyen el trabajo realizado, esto es, el objeto que motivó la firma del contrato. Por el contrario, concepto extrasalarial es, a grandes rasgos, aquel que viene a cubrir un gasto realizado por el trabajador en el ejercicio de su actividad habitual.

Su naturaleza, como puede observarse, es bien distinta, puesto que mientras el salario tiene como objetivo el remunerar una actividad contratada, las demás percepciones tienen por objeto sufragar costes que el trabajador ha tenido que soportar o soportará para poder desarrollar su labor en la empresa.

⁶⁴⁵ GARCÍA NINET, J. Y VICENTE PALACIO, A. y otros autores: *Derecho del Trabajo*. Ed. Thomson-Aranzadi. Navarra. 2005. Pág.580

2.1.2. Diferenciación entre percepción salarial y extrasalarial

En sus inicios el concepto de salario era más bien sencillo, toda aquella cantidad que se entregaba al operario por el empresario, retribuyera o no el trabajo efectivo que éste realizaba, era considerado como tal⁶⁴⁶. Se tenía en cuenta únicamente el trabajo realizado y el tiempo que se había empleado para el mismo⁶⁴⁷. Sin embargo, la figura retributiva ha sufrido un proceso de descomposición entre aquellas cantidades concebidas como verdadera contraprestación y objeto del contrato, y aquellas otras de diferente naturaleza que, en muchos casos, constituyen únicamente una compensación de gastos realizados en el ejercicio de las laborales encomendadas. Es por ello que, si se defiende que el bien jurídico protegido por el ordenamiento laboral, en el ámbito de la extinción causal, y más concretamente en el 50.1.b) ET, es el empleo en su más pura expresión, aquellos elementos que han de ser tenidos en cuenta a la hora de habilitar dicha rescisión son única y exclusivamente los que tengan la concepción de salario.

La distinción entre ambas clases no es ni mucho menos sencilla. Si bien ciertas partidas constituyen, en principio, conceptos indiscutiblemente extrasalariales, determinar a qué se refiere el ordenamiento laboral respecto a ellos es bastante más complejo.

Por poner un ejemplo, los suplidos por gastos como el transporte o el kilometraje son poco discutidos puesto que se diferencian de forma clara de lo que el ordenamiento laboral entiende por salario. No retribuyen un trabajo realizado sino que simplemente compensan un gasto del empleado en el ejercicio de su actividad laboral. No obstante, como recuerda ÁLVAREZ GIMENO⁶⁴⁸, otras partidas no resultan tan sencillas.

⁶⁴⁶ HERRAIZ MARTÍN, M.S.: *Los complementos por mayor trabajo realizado. Primas e incentivos*. Consejo Económico y Social. Madrid. 1997. Pág.33.

⁶⁴⁷ BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*. V.I. 11ª edición. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1977-78. Pág.304.

⁶⁴⁸ ÁLVAREZ GIMENO, R.: *La extinción causal por voluntad del trabajador*. Ed. Comares. 2012. Granada. Pág.132

El caso más curioso es, a mi modo de ver, el de las dietas. Respecto de ellas, los tribunales atienden al criterio de necesidad a la hora de distinguir si han de considerarse salariales o no. Así, si se considera que un trabajador no tiene necesidad de comer fuera de su domicilio la retribución se entiende salarial, puesto que no está paliando ningún gasto necesario para el desarrollo de sus tareas. Por el contrario, si el empleado vive ciertamente lejos de su domicilio y el trayecto hasta él supone la pérdida de la totalidad o parte de su horario de descanso, la jurisprudencia considera que se está ante un aspecto ajeno al salario, puesto que no se retribuye actividad alguna por razón del trabajo sino que se sufragan actividades destinadas a su realización. En este sentido también cabe atender a la periodicidad con que se entregan estos pagos, si es a diario y de un modo fijo o alternativa e indiscriminadamente.

Por ello, todas las percepciones que puedan ser consideradas salariales entrarán dentro de la futura indemnización derivada de la extinción causal, mientras que el resto serán excluidas.

En este sentido, algunos autores han aportado la idea de recuperar, siquiera para la realización de una interpretación hermenéutica, los criterios que se adoptaron en normativas anteriores, dado que las pautas utilizadas en la actual legislación laboral son ciertamente genéricas.⁶⁴⁹

Pero la importancia de la distinción de un ingreso como salarial o extrasalarial va más allá de la extinción. Se trata, en el caso de estas últimas, de percepciones que no cotizan a la Seguridad Social y que tampoco se tienen en cuenta a la hora de calcular otros conceptos como por ejemplo, y por citar uno de los más relevantes, las vacaciones anuales.⁶⁵⁰

⁶⁴⁹ Principalmente la Orden Ministerial de 22 de noviembre de 1973, sobre ordenación de salarios y el Decreto 2380/1973, de 17 de agosto, de ordenación de la retribución del trabajo por cuenta ajena. Así lo entiende, por ejemplo, LLOMPART BENNÀSSAR, M.: *El salario: concepto, estructura y cuantía*. Ed. La Ley. Madrid. 2007. Pág.193.

⁶⁵⁰ A su vez, es interesante recordar que dichas cantidades quedan exentas en lo que al ámbito fiscal se refiere, “hasta el límite que representa la cuantía de la indemnización mínima establecida para estos supuestos extintivos con carácter obligatorio en el TRET, en su normativa reglamentaria de desarrollo o,

2.1.3. Los pactos salariales

El 50.1.b) ET hace especial mención a la condición de “*pactado*” para definir a qué tipo de retribución se está refiriendo, esto es, al salario efectivo, y no a lo que las partes llaman salario. Teniendo en cuenta que los contratos no siempre exigen forma escrita, tampoco los acuerdos posteriores a la primera contratación tienen porqué quedar plasmados en ningún documento. Sin embargo, ello no quiere decir que no sean igualmente válidos.

Por otra parte, como recuerdan varios autores⁶⁵¹, existen excepciones a la regla general, y considero que una de ellas es la relativa al salario, en relación con el principio de condición más beneficiosa. Así, en principio corresponderían al trabajador los aumentos generados por una favorable negociación colectiva o cambio normativo, si bien los conceptos de absorción y compensación recogidos en el 26.5ET actuarían como freno a una posible alegación por parte del trabajador, cuando se demostrare que *los salarios realmente abonados, en su conjunto y cómputo anual, sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia.*⁶⁵²

Las nuevas cláusulas del contrato derivadas de una reforma en los convenios colectivos o simplemente, de un acuerdo individual, pueden o no estar recogidas por escrito. Por esta razón, en ocasiones es complejo saber de qué tipo de retribución se trata. A este respecto, sin embargo, no caben apreciaciones acerca de si la naturaleza de la condición retribuye trabajo efectivo o sufraga gastos

en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato. El exceso que en su caso perciba el trabajador tributará como rendimiento irregular o como renta regular”. Así lo recuerda MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A. en su obra *Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de seguridad social aplicada)*. Ed. Mc Graw Hill. 1999. Madrid. Pág. 261.

⁶⁵¹ ÁLVAREZ GIMENO, R.: *La extinción causal por voluntad del trabajador*. Ed. Comares. 2012. Granada. Pág. 131. GONZÁLEZ DE PATTO, R.M^a: *La dimisión provocada*. Ed. Comares. 2009. Granada. Pág. 175.

⁶⁵² Sobre la importancia y concepto de la condición más beneficiosa y su evolución histórica, CAMPS RUIZ, L.M.: *Los principios de norma más favorable y de condición más beneficiosa en las fuentes del derecho español del trabajo*. Ministerio de Trabajo. Madrid. 1976. También BALLESTER LAGUNA, F.: *La condición beneficiosa en materia salarial*. En *Estudios sobre el salario*. VV.AA. Ed. Bomarzo. Albacete. 2004. Págs. 149-176 (153).

necesarios. La condición más beneficiosa se considerará salarial si existe un pacto demostrable entre ambas partes.

Es por esta razón que, en ocasiones, se ha tratado de reducir la retribución pactada en concepto de salario e incluirla por otras vías más beneficiosas, como se ha expuesto con anterioridad, para el empresario. Del mismo modo, la jurisprudencia ha concluido que es salario aquello que se deduzca como tal y retribuya el trabajo efectivo y no lo que las partes o los convenios consideren, a fin de evitar fraudes de este tipo.

Concluyendo, a la hora de calcular la cantidad que corresponde a un trabajador en la extinción causal, se tendrán en cuenta únicamente las remuneraciones que entren dentro del concepto de salario. Más aún, como dicen SEMPERE NAVARRO Y SAN MARTÍN MAZZUCCONI⁶⁵³, la doctrina científica ha adoptado una posición “finalista” según la cual el trabajador es acreedor de la deuda salarial, con independencia de que su naturaleza venga dada por una u otra fuente reguladora. De hecho, algunos autores califican el concepto pactado como “*impropiedad conceptual*”⁶⁵⁴, puesto que el salario puede venir regulado desde una Ley o un Convenio Colectivo, por lo que no ha existido una negociación privada entre empresario y trabajador.

En cualquier caso, no puede olvidarse que existe una presunción *iuris tantum* de la naturaleza salarial de las percepciones. Y ello se explica por el hecho de que, como mantienen FERNÁNDEZ AVILÉS y GALIANA MORENO⁶⁵⁵ las relaciones laborales son “*el puro sometimiento de quienes no detentan poder alguno a los detentadores absolutos del poder*”. De este modo se explica que en

⁶⁵³ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Aranzadi.2001. Navarra. Pág.77. pero también

⁶⁵⁴ MONTOYA MELGAR, A.: GALIANA MORENO, J.M^a.; SEMPERE NAVARRO, A.; RÍOS SALMERON, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Thomson-Reuters (Aranzadi). 8^a edición. 2010. Pamplona. Pág.736

⁶⁵⁵ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *Configuración jurídica del Salario*. Ed. Comares. 2001. Navarra. Pág.113 y; GALIANA MORENO, J.M.: “*Reflexiones sobre el carácter transaccional del Derecho del trabajo*”, en AA.VV., *Estudios de Derecho del trabajo en memoria del Profesor Bayón Chacón*, 1980. Madrid. Pág.452

los contratos de trabajo, empresario y trabajador no partan, como en los contratos civiles, en posición de igualdad y, por ello, no puedan ser los acuerdos de estas partes los que definan o califiquen ante qué tipo de percepción se está.

2.2. *Características de la deuda*

Una vez definido el salario y expuestas las retribuciones del trabajador que gozan de dicha condición, conviene saber en qué momento y circunstancias la deuda salarial del empresario incumplidor deviene causa suficiente para instar la resolución del contrato de trabajo por la vía del art.50ET. De nuevo aparecen, no sólo la nota de gravedad, que referirá no sólo a un criterio cuantitativo, sino en ocasiones a la forma en que el incumplimiento ha tenido lugar o también a las características de la propia contravención.

2.2.1. La deuda no puede ser discutible

Cuando se habla del carácter deudor del empresario ante el trabajador se hace, obviamente, sobre cantidades salariales que el primero ha dejado de pagar al segundo teniendo la obligación de hacerlo. En tal caso, el ordenamiento laboral se posiciona a favor de aquel que no ha visto satisfechos sus derechos, el trabajador. Sin embargo, para que tal protección pueda operar con normalidad es necesario que la deuda que se ha contraído no sea discutible, no esté puesta en duda y sea fácilmente cuantificable.

El caso más claro en este sentido es aquél en que exista un recurso previo o paralelo en que se esté discutiendo la cantidad debida. Dado que no queda constatado, no sólo el salario dejado de abonar, sino si efectivamente existe la propia deuda⁶⁵⁶. No parece lógico, pues, que pueda interponerse una acción

⁶⁵⁶ STSJ de Cantabria de 5 de abril de 2006 (AS.2006/1203) donde se expone que “*la falta o retraso de pago carece de relevancia resolutoria cuando la deuda es objeto de controversia, bien sea por su realidad o bien lo sea por su cuantía*” pero también las SSTS de 25 de septiembre de 1989 (RJ.1989/6487) y 6 de mayo de 1991 (RJ.1991/4169) y STSJ Castilla y León, de 12 de junio de 2001. (AS.2001/2836)

extintiva. Sería difícilmente defendible el amparar una extinción causal cuando la causa misma es discutida y discutible.⁶⁵⁷

No obstante, no puede analizarse la exigencia de falta de controversia de una forma desproporcionada. Si así se hiciera, bastaría al empresario con negar en todo caso la cuantía de la deuda para evitar todas las acciones por extinción. Es por ello que el requisito que se exige para no aceptar la extinción por falta de pago, es el de que exista una “*discrepancia razonable*”⁶⁵⁸ en la deuda o en su cuantía, de modo que haga imposible decidir sobre la viabilidad de los motivos expuestos, cuando ni siquiera éstos han sido constatados convenientemente.

Ciertamente, dicha posición jurisprudencial tiene mucho sentido en mi opinión. Y ello porque, de la revisión de las causas del artículo 50 puede observarse que, en muchas ocasiones, el hecho de que se cumpla el requisito específico no habilita “*per se*” la extinción. No es un silogismo automático. Que exista una modificación sustancial no genera, como se ha visto, la finalización automática. Lo mismo ocurre con la falta de pago u otros incumplimientos graves. En todos estos casos es el juez el que, acudiendo al caso concreto y atendiendo también a criterios cualitativos más que cuantitativos, toma una decisión “*ad hoc*”. Por tanto, si compleja es la decisión judicial cuando las causas son indiscutibles, parece lógico entender que no tengan validez aquellos motivos en los que ambas partes no estén de acuerdo.

⁶⁵⁷ En la STSJ de Galicia, de 12 julio de 2001 (AS.2001/1924), está “*pendiente de decisión el recurso de Suplicación (...) contra la sentencia de instancia que lo decidió, no siendo, por tanto, firme esta resolución*”. También, en este mismo sentido las SSTS de 6 de mayo de 1991 (RJ.1991/4169) y de 1987 (RJ.1987/3252); y de TSJ de Madrid, de 4 de julio (AS.2007/17148) y de 20 de junio de 2006 (AS.2007/9879); de Cataluña, de 19 de mayo de 2006 (AS.2006/271110). En este sentido, y en consonancia con las anteriormente citadas, la STSJ de Cantabria, de 5 de abril de 2006 (AS.2006/1203) expone “*que la falta o retraso de pago carece de relevancia resolutoria cuando la deuda es objeto de controversia, bien sea por su realidad o bien lo sea por su cuantía*», a condición claro está que la empresa acredite que su negativa al pago responda a una discrepancia razonable sobre la determinación del importe”.

⁶⁵⁸ Así lo entienden la ya citada STS de 6 mayo de 1991 (RJ.1991/4169) y las SSTSJ de Cantabria, de 19 junio de 1996.(AS.1996/1712); de Madrid de 9 diciembre 1994 (AS.1994/5015); de Cataluña en 10 mayo 1995 (AS 1995/1960), y del País Vasco de 10 octubre 1995 (AS.1995/3706)

2.2.2. Ha de estar vencida

Este requisito, que resulta tan obvio como relevante, tiene una gran importancia. En efecto, para que un salario pueda exigirse ha de haber sido generado con anterioridad. El precepto del que se está hablando se refiere a una deuda y ésta no existe hasta que aparece la obligación de pago. Al hablar de retrasos o impagos, el legislador se refiere a cantidades que ya debieron haberse abonado pero que no fueron satisfechas.

No se trata, por supuesto, de un precepto puramente laboral puesto que ya venía contemplado en el derecho de obligaciones desde un primer momento. Cabe recordar que el artículo 1125CC expone que las obligaciones a plazo “*sólo serán exigibles*” cuando llegue la fecha acordada.

De este modo, existe una deuda salarial cuando las retribuciones pactadas entre empresario y trabajador incluyen una fecha de abono de las mismas, llegada la cual, no son satisfechas. Dicho de otra manera, para que el trabajador se convierta en acreedor debe existir un salario pactado, una fecha de pago y una falta del mismo.

Sin embargo, aun aceptando que la deuda se produce por el quebrantamiento de un pacto, otro acuerdo entre ambas partes puede dejar sin efecto el vencimiento de la misma. No es extraño que, ante una situación grave de la empresa en que no se aprecia mala fe por parte de los gestores de la misma, empleado y empleador lleguen a un acuerdo que haga menos traumático el cumplimiento de las obligaciones. Poco sentido tendría, en este caso, que mientras la empresa trata de satisfacer las cantidades adeudadas en base a un pacto alcanzado conjuntamente, paralelamente se iniciará un proceso judicial que culminara con la antítesis de un acuerdo, es decir, la extinción indemnizada.

Sin embargo, el paralelismo con el ordenamiento civil reviste cierta complejidad en algunos casos, tales como los supuestos recogidos en los artículos 1187CC y siguientes que permiten la condonación de la deuda por pacto entre las partes que eximiría de lo pactado al acreedor. Dicho pacto es harto complicado en cuanto a

su traslación al orden laboral, puesto que se estaría ante una renuncia de derechos.⁶⁵⁹

Del mismo modo lo ha entendido reiteradamente la jurisprudencia laboral que entiende que cuando la empresa trata de “*ponerse al día*” mediante un convenio con los trabajadores, la exigencia podrá hacerse en relación con el nuevo acuerdo y nunca en base al primero, y en los últimos términos acordados.⁶⁶⁰

Lo cierto es que la jurisprudencia aboga, al igual que la legislación laboral, por el mantenimiento de los contratos, razón por la cual, las exigencias respecto del acuerdo no son excesivamente rigurosas, pudiendo éste ser “*formal o informal*”.⁶⁶¹

Sí se convierte en imprescindible, no obstante, que el acuerdo incluya a ambas partes y sean concedoras del acuerdo⁶⁶², aunque, como recuerda PENDAS DÍAZ⁶⁶³, ni siquiera sea necesario en todo caso el acuerdo unánime.

Así, en casos en que la empresa llegue a pactos con la totalidad de la empresa exceptuando al reclamante tampoco se considerará vencida la misma.

Siguiendo el mismo razonamiento, y por apuntar una casuística más específica, la doctrina judicial tampoco considerará vencida la deuda cuando exista acuerdo de la mayoría de la plantilla para aplazar el pago de la misma o acordar nuevos términos de vencimiento, con la condición de que hayan tomado parte en la decisión todos los afectados por la misma.⁶⁶⁴

⁶⁵⁹ OJEDA AVILÉS, A: *La renuncia de derechos del trabajador*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1971. Pág.73

⁶⁶⁰ STS de 16 de junio de 1987 (RJ.1987/4376) pero también de 13 de febrero de 1984 (RJ.1984/869) y de 14 de julio de 1984 (RJ.1984/4171).

⁶⁶¹ STSJ de Murcia de 18 de febrero de 2002 (AS.2002/487). También las SSTS de 16 de junio de 1987 (RJ.1987/4376) y de 13 de febrero de 1984 (RJ.1984/869). Sentencias en que se establecen convenios con los trabajadores para retrasar los pagos, ante las dificultades sufridas por la empresa y en que, dado el pacto alcanzado, los tribunales desestiman las solicitudes de extinción de los trabajadores.

⁶⁶² STSJ de Cataluña de de 23 mayo (AS.2002/190699)

⁶⁶³ PENDAS DÍAZ, B.: *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Ed. ACARL. Pág.128

⁶⁶⁴ STCT, de 23 de mayo de 1984 (AC.1984/4551)

2.3. *El incumplimiento*

Dado que el artículo 50.1.b) habla de los supuestos de retraso e impago, no parece desacertado indicar que se estará ante una contravención de la norma en cualquiera de los dos supuestos. Sin embargo, en ocasiones no es sencillo diferenciar entre la aparición del supuesto de hecho y la aplicación de la consecuencia legislativa. Y ello porque asumir que cualquier tipo de impago o simple retraso supone el derecho a la extinción cualificada parece descabellado, más aun si se sostiene que uno de los principios del ordenamiento español es el mantenimiento de los contratos. Por ello, el legislador trata de diferenciar entre infracciones coyunturales e incluso razonablemente justificables, de aquellas que hacen insostenible una relación laboral, dado que atentan directamente contra el objeto y la causa del contrato. A continuación, por tanto, van a diferenciarse los conceptos de impago y retraso y en qué medida son susceptibles de integrar motivo suficiente para la extinción causal, en relación con el requisito de gravedad que, igualmente, será tratado a continuación.

2.3.1. Situación normativa respecto a retrasos e impagos

Tal y como en ocasiones ocurre en ciertos pronunciamientos judiciales, el retraso y el impago son a menudo tratados de forma conjunta en la legislación laboral. En puridad, ha de entenderse que para el legislador no existe diferencia en tanto en cuanto ambos suponen un incumplimiento contractual. Dicha generalización puede entenderse también como una forma de hacer consciente al empresario de la gravedad que implica un retraso en el pago de salarios a fin de evitar una gradación o un sentimiento por parte de los empleadores de que un abono tardío o defectuoso de la retribución salarial tiene una importancia menor. Si bien la intención es, a mi modo de ver acertada, no lo es menos, podría decirse, que aquél que paga manifiesta una conducta diferente de aquel que no lo hace, y ello, por dos motivos:

- En primer lugar porque el perjuicio para el trabajador es menor ya que, aunque de forma inadecuada, recibe aquello que se le adeuda.

- En segundo lugar, porque aquél que paga demuestra, cuando menos, una voluntad de hacer frente a sus obligaciones, frente a quién, por voluntad incumplidora o imposibilidad, no lo hace en ningún caso.

Sin embargo, del ámbito de la culpabilidad empresarial se hablará posteriormente por lo que no cabe extenderse más allá de lo expuesto.

Volviendo a la legislación vigente, lo cierto es que el artículo 4.2.f) ET habla del derecho de los trabajadores a la percepción puntual de la remuneración pactada. Subyacen por tanto dos conceptos de gran importancia: que ha de satisfacerse el pago de lo pactado y que ha de hacerse de manera puntual.

Dichos conceptos no son baladíes, dado que el adjetivo “puntual” vuelve a utilizarse en el artículo 29.1.ET. De nuevo vuelve a indicarse la importancia del pago “puntual” que además ha de realizarse “*en la fecha y lugar convenidos*”.

No obstante, si importante es el cumplimiento de las obligaciones durante el período de vigencia del contrato, no lo es menos cuando el vínculo está próximo a su finalización. Por este motivo, el 49.2.ET exige, a la hora de denunciar el contrato de trabajo, que se acompañe “*propuesta de liquidación de las cantidades adeudadas.*”

De igual forma, es relevante hacer hincapié en que los términos y conceptos utilizados por el legislador a la hora de establecer los supuestos de hecho se manifiestan, de forma coherente en mi opinión, en los utilizados a la hora de establecer la consecuencia jurídica.

Así, y a modo de ejemplo es conveniente resaltar como el 6.2 de la LISOS⁶⁶⁵ establece como sanción leve el no entregar “*puntualmente*” al trabajador el recibo de salarios. Sin embargo, en este cuerpo legislativo sí existe una diferencia, y es que comienza a realizarse una gradación de las infracciones que más adelante se analizará con profundidad de detalle en el estudio de la jurisprudencia. De ello subyace que, como se observa en el artículo 8.1. de la

⁶⁶⁵ Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto

propia ley, será considerada infracción muy grave aquella que se manifieste a través del “*impago*” y “*retrasos reiterados*” en la satisfacción del salario adeudado. De este modo, puede observarse cómo no tiene la consideración una infracción puntual que una costumbre o reiteración en la contravención de lo pactado.

Y ello será, como se analizará a continuación, una de las bases más sólidas para poder discernir cuándo se está ante un caso susceptible de la extinción por la vía del art.50ET.

2.3.2. Ámbito objetivo

El objeto del precepto es sin duda el incumplimiento económico por parte del empresario, incumplimiento que, como se ha especificado, refiere a conceptos estrictamente salariales. Sin embargo, y a la vista de la regulación existente, el apartado b) del art.50ET requiere, tal vez con mayor motivo que el resto de causas rescisorias, un desarrollo que encuentra acomodo, principalmente, en el ámbito de la jurisprudencia. En consecuencia, y si bien el tratamiento conjunto de ambos preceptos difumina en ocasiones su análisis, resulta necesaria dicha diferenciación.

a) Retrasos

Cuando se habla del salario como de la obligación contractual más importante por parte del empresario, no se hace únicamente desde un aspecto cuantitativo según el cual el abono del mismo daría por satisfecha esta obligación. En lo que a retribución se refiere, el pago del salario es casi tan importante como la forma en que se haga. El trabajador, como sujeto inserto en una sociedad, tiene unas necesidades básicas a las que ha de hacer frente y a las que se compromete a cuenta de unas percepciones que, generalmente, suponen su fuente de ingresos más destacable.

Dichas necesidades suelen llevar aparejadas ciertas obligaciones (hipotecas, letras, impuestos...) cuyo vencimiento es periódico y a menudo innegociable.

Por tanto, el retraso en lo pactado puede suponer un perjuicio gravísimo para el trabajador además de un incumplimiento contractual. No hay que olvidar que un retraso es en principio un impago, lo que supone una dificultad manifiesta para el trabajador a la hora de afrontar dichas cargas.

Es por esta razón que, como se ha dicho antes, el 29ET exige que los pagos se hagan “*puntual y documentalmente*” según lo convenido.

Sin embargo, resulta complejo, atendiendo a la multiplicidad de sentencias, contradictorias incluso entre fallos del mismo tribunal, definir una línea argumental respecto de lo que la jurisprudencia considera retraso susceptible de extinción por la vía del 50.1.b) ET.

En realidad, la razón de semejante disparidad radica en una situación que sucede en muchos otros artículos del ordenamiento laboral. Dado que no existe un criterio objetivo o cuantitativo que permita distinguir claramente cuándo se ha producido el supuesto de hecho, los jueces acostumbran a valorar, acertadamente a mi entender, el caso concreto.

De este modo, parece lógico pensar en el concepto de retraso desde un punto de vista general, es decir, observando la trayectoria en el cumplimiento de las obligaciones de la empresa para con el trabajador. No podrían equipararse, lógicamente, retrasos en el pago de tres mensualidades para un trabajador que lleva cuatro meses en la empresa que para un empleado que lleva veinte años sin sufrir más casos de este tipo. La jurisprudencia, en estos casos, trata de diferenciar entre incumplimientos persistentes y “*retrasos menores o episódicos*”⁶⁶⁶. Menos aún cuando la deuda es controvertida o exige de valoración judicial.

En cualquier caso, y al igual que en los supuestos de impago, será necesaria una notoria gravedad para que el juez autorice la extinción por la vía del 50.1.b)

⁶⁶⁶ STS 25 de septiembre de 1989 (RJ.1989/6486) y de 2 de julio de 1987 (RJ.1987/5057)

b) Impago

El impago, a diferencia del retraso, no supone un cumplimiento deficiente de las obligaciones empresariales, sino una contravención absoluta de las mismas. Por este motivo, y a pesar de que, como a continuación se verá, la legislación los trata de forma conjunta, no cabe duda de que se trata de un incumplimiento de mayor gravedad y así lo entiende la jurisprudencia. Si bien no se puede hablar de un baremo numérico, no tiene la misma relevancia, a la hora de habilitar la extinción causal, un mes de impago que un mes de retraso. Por ello, generalmente también se suele diferenciar entre mensualidades consecutivas y alternas.

Sin embargo, al igual que en el caso anterior, la jurisprudencia ha de acudir a un criterio adecuado a cada caso, lo que supone una complicación a la hora de establecer un criterio uniforme. Criterio que no es óbice para que se establezcan ciertas pautas interpretativas.

Aun así, si para los retrasos se decía que la trayectoria en el pago por parte del empresario era de vital importancia, puede añadirse además el criterio de la cantidad adeudada. Tanto en un caso como en otro la suma dejada de pagar habla a las claras de la gravedad de la situación e incluso, es recomendable que el trabajador no deje pasar un excesivo periodo de tiempo, dado que cuanto mayor es la deuda, más complejo se vuelve su reintegro, especialmente en empresas cuya situación económica es grave o incierta.

2.3.3. Jurisprudencia

La opinión de los tribunales es diversa respecto a los casos de impago o retraso del salario. Pero lo cierto es que, ya sea por comodidad argumentativa o, simplemente, porque se considera que tanto retraso como impago constituyen en

sí mismos un incumplimiento de la suficiente importancia, en ocasiones ambas figuras se tratan de manera conjunta sin hacer distinción alguna.⁶⁶⁷

Es cierto, no obstante, que de los diferentes fallos analizados, subyace que impago y retraso no son sinónimos, ni siquiera por el hecho de que sean tratados de manera conjunta. Y ello es así porque en la mayoría de la jurisprudencia estudiada suele apreciarse que aquel que se retrasa incumple, pero tiene el ánimo de satisfacer sus obligaciones, hecho que no puede presumirse del que no hace frente a las mismas, ni siquiera de forma incorrecta. Por esta razón, de forma bastante habitual suele acompañarse al retraso con adjetivos que le equiparen al impago en el sentido del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores. A tales efectos, expresiones como “*retrasos reiterados*” o “*flagrantes*” tienden a equiparar ambas figuras.

Dicha equiparación ha llegado al punto en que, en ocasiones, ni siquiera las partes hacen esta distinción, accionando de forma genérica por la vía del artículo 50.1.b) ET.⁶⁶⁸ Más aun, cuando cabe la posibilidad de que durante la tramitación del procedimiento, los impagos se conviertan en retrasos, al haber sido satisfechas las cantidades adeudadas.

En este sentido cabe resaltar que el Tribunal Supremo no suele admitir “*a trámite este tipo de asuntos porque entiende que su carácter eminentemente casuístico hace muy difícil la existencia de la necesaria contradicción*”⁶⁶⁹, en lo que a unificación de la doctrina se refiere, cuando de lo que se habla es de la suficiente gravedad para facultar al trabajador a extinguir el contrato de trabajo.

Sin embargo, sí parece haber acuerdo en el hecho de que tres mensualidades no bastan para accionar con éxito por esta vía, tal y como recoge la STS de 25 de

⁶⁶⁷ STS de 12 de febrero de 1990 (RJ.1990/903) y también SSTS de 15 diciembre 1986 (RJ.1986/7384); de 3 de noviembre de 1986 (RJ.1986/6665) y de 5 de mayo de 1986 (RJ.1986/2484).

⁶⁶⁸ SSTSJ Islas Canarias de 4-9-2007 (AS.2007/151). SSTSJ de Asturias, de 8 de julio de 2011 (AS.2011/275804); de Andalucía, de 20 de enero de 2010 (AS.2011/869); de Castilla y León, de 19 de julio de 2006 (AS.2006/2176) y de 18 de julio de 2005 (AS.2005/1804); de Andalucía, de 30 de marzo de 2004 (AS.2004/200759); y de 18 de noviembre de 2003 (AS.2003/4903).

⁶⁶⁹ STS de 25 de septiembre de 1995 (RJ.1995/6892) o también de 12 de febrero de 1990 (RJ.1990/903).

noviembre de 1995 (RJ.6892). Se trata, por tanto, de un criterio objetivo que huye de valoraciones concretas propias de cada caso y que, si bien no ha sido establecido por el legislador, sí tiene una gran acogida por parte de la jurisprudencia, por lo que facilita su estudio de manera notable.

Concluyendo, los Tribunales exigen, a la hora de valorar positivamente una extinción de tipo causal basada en el art.50.1.b) ET, que:

- Exista un criterio objetivo (más allá de la posible culpabilidad de la empresa)
- Un requisito temporal, esto es, que los incumplimientos se den de forma reiterada y persistente en el tiempo.
- Un criterio cuantitativo, que atienda a la gravedad de lo adeudado, y no del comportamiento empresarial.⁶⁷⁰

De lo que se trata, en definitiva, es distinguir si se trata de un incumplimiento del pago imputable a la empresa “*que infringe el ordenamiento laboral y genera el interés de demora específico de las deudas salariales, pero que no alcanza la duración y gravedad suficientes para justificar la resolución por voluntad del trabajador*”⁶⁷¹ o de una conducta reiterada que justifique la rescisión del contrato de trabajo ex art.50.1.b) ET.

⁶⁷⁰ STSJ Comunidad Valenciana de 5 de julio de 2002 (AS.2002/1542), pero también STS de 25 de enero de 1999 (RJ.1999, 898); de 28 de septiembre de 1998 (RJ.1998, 8553) y de 13 de julio de 1998 (RJ.1998/5711)

⁶⁷¹ Citada anteriormente, STS de 12 de febrero de 1990 (RJ.1990/903).

**CAPÍTULO XII: OTROS INCUMPLIMIENTOS GRAVES DEL
EMPRESARIO GENERADORES DE LA EXTINCIÓN CAUSAL DEL
CONTRATO DE TRABAJO**

CAPÍTULO XII: OTROS INCUMPLIMIENTOS GRAVES DEL EMPRESARIO GENERADORES DE LA EXTINCIÓN CAUSAL DEL CONTRATO DE TRABAJO

1. Las causas no incluidas expresamente en las previsiones legislativas

Que la sociedad va siempre por delante del derecho es una realidad que ningún ordenamiento puede negar. Por ello, el legislador trata a menudo de realizar redacciones abiertas o que puedan adaptarse a los nuevos usos sociales, que aparecen a medida que se van confeccionando las leyes.

El ámbito laboral no es ajeno a esta realidad, aunque con las peculiaridades propias de la rama del derecho que ocupa. En este sentido, es muy común que en períodos de recesión se realicen reformas tendentes a aumentar la flexibilidad interna y/o externa de las empresas. Baste con nombrar una de las más recientes⁶⁷², en la que se ha tratado de aumentar la competitividad del mercado de trabajo y de las unidades empresariales que lo componen. No obstante, este tipo de políticas suelen acarrear un alto riesgo en lo referente a la destrucción de empleo o a la pérdida de derechos por parte de los trabajadores. Por este motivo, la Ley *trata de garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social*.

Tal y como ocurre en la actualidad, a principios de los años noventa existía una alta tasa de paro y una situación económica también adversa, hecho que motivó la promulgación de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, en la que se pretendía “*proteger el empleo existente y (...) fomentar la creación de empleo*” mediante la “*adaptabilidad en el desarrollo de la relación laboral y ofrecer unas garantías para los derechos de los trabajadores*”.

⁶⁷² Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Fue precisamente esta reforma la que acordó una nueva redacción del artículo 50ET que incluía la letra c), en que quedaba establecida, como causa de extinción indemnizada, cualquier incumplimiento grave que pueda cometer el empresario de forma voluntaria, ya que quedaron excluidos los casos de fuerza mayor.

Dicho precepto es, por tanto, una cláusula de cierre que trata de integrar todos los incumplimientos que pueda llevar a cabo el empleador. Contravenciones que, en definitiva, vienen acompañadas por una gravedad manifiesta y constatable, pero que difícilmente pueden ser integradas en las dos primeras causas de extinción causal. Se justifica la aparición de dicho precepto en la imposibilidad de nombrar una a una todas las vicisitudes posibles.

No obstante, existen ciertas reticencias a la hora de analizar el precepto, especialmente desde un punto de vista empresarial. Así, podría pensarse que el empleador sufre cierta inseguridad jurídica al no conocer qué conductas son y cuáles no, ajustadas a derecho.⁶⁷³

En cualquier caso, una cláusula de semejante ambigüedad es considerada por algunos autores como *un cuerpo extraño*⁶⁷⁴ dada la dificultad de su estudio y lo inabarcable de su objeto.

Por ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia han tratado este precepto de una forma extensiva⁶⁷⁵ o abierta a la interpretación más genérica posible.

De este modo, si se pretende establecer qué requisitos son necesarios a la hora de discernir las conductas que pudieran englobarse en el artículo, no cabe otra

⁶⁷³ ÁLVAREZ GIMENO, R.: *La extinción causal por voluntad del trabajador*. Ed. Comares. 2012. Granada. Pág.156

⁶⁷⁴ RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. *La voluntad del trabajador en la extinción del Contrato de Trabajo*. Ed. La Ley-Actualidad. Madrid. 1998. Pág.189

⁶⁷⁵ ALONSO OLEA Y CASAS BAAMONDE: D^o DEL TRABAJO. ALBIOL MONTESINOS: *Comentarios a las leyes laborales*. STS de 14 de octubre de 1982. (RJ.1982/6167) y de TSJ de Andalucía, de 21 junio de 1996 (AS.1996/1765)

opción más que hacerlo en un sentido negativo: será incardinado en el apartado c) cualquier incumplimiento grave que no tenga cabida en los dos primeros.⁶⁷⁶

A pesar de ser una exposición ciertamente simple, no cabe duda de que es la más cercana a la realidad. El legislador confirió a las modificaciones sustanciales y a la falta o retrasos en el pago, una entidad suficiente para que, por sí mismas, ocuparan sendos preceptos del artículo. La justificación reside, como se ha dicho, en las transgresiones o modificaciones unilaterales sobrevenidas o en el incumplimiento del objeto del contrato (pago del salario) que constituyen, propiamente, los deberes contractuales más relevantes en la relación laboral.

Y precisamente esta es una de las diferencias más importantes que contiene el precepto, puesto que las obligaciones a las que refiere dicho apartado no han de constreñirse únicamente a lo pactado en el contrato, sino a todas aquellas *“asumidas por el empresario frente y en provecho del trabajador”*⁶⁷⁷. Puede decirse que tal principio va en consonancia con el ordenamiento civil, que entiende que los contratos, desde su perfección, obligan, no sólo a lo pactado, sino *a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.*⁶⁷⁸

Otra importante diferencia respecto de los dos anteriores es la conducta del empresario, cuya actuación adquiere mayor relevancia aquí. Mientras que en los apartados a) y b) del art.50ET se decía que lo que se valoraba era la gravedad del incumplimiento, no de la conducta, en este caso sí existe una apreciación sobre los hechos y el modo de actuar del empleador.

El propio artículo suscita controversia al referirse a los casos de fuerza mayor, lo cual puede dar lugar a la interpretación que aboga por la necesidad de culpa empresarial para la habilitación de esta causa. Es decir, que exista una conducta

⁶⁷⁶ PENDAS DÍAZ, B *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Madrid: ed. ACARL. Segunda edición. 1992. Pág.150

⁶⁷⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Aranzadi.2001. Navarra. Pág.95

⁶⁷⁸ Art.1258 del Código Civil

activa por parte del empresario que incluya dolo o culpa. Es por este motivo que los requisitos de gravedad, pero especialmente de culpabilidad, serán analizados, de forma individual en cada una de las conductas que se expongan a continuación, y de forma general en los aspectos comunes que puedan revestir todas ellas, a modo de conclusión.

Por tanto, recapitulando, tres son los requisitos exigibles para que exista un hecho causante de las consecuencias del 50.1.c) ET:

- Que exista un incumplimiento por parte del empresario
- Que tal incumplimiento revista la suficiente entidad como para ser considerado lo suficientemente grave.
- Que la conducta no pueda atribuirse a situaciones de fuerza mayor. Dicha fuerza mayor, por supuesto, es únicamente aplicable a los casos del 50.1.c), puesto que, como se ha dicho, es la única de las causas que exige la culpabilidad por parte del empresario.⁶⁷⁹

Supuesto distinto será el referido al inciso final del precepto, en relación a “*la negativa del mismo (empresario) a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo (...)*.” Esta última parte constituye una paradoja respecto al sentido del artículo. Por una parte, ha de entenderse que la intención del legislador era establecer un *cajón de sastre*⁶⁸⁰ que diera cabida a todos los incumplimientos que no pudieran englobarse en las demás causas del precepto. Por otra, la negativa a la reincorporación del trabajador es un supuesto de lo más concreto y que ofrece grandes diferencias a nivel procesal, como más adelante se verá. Por ello, su estudio habrá de hacerse de una forma claramente diferenciada.

⁶⁷⁹ DE MIGUEL LORENZO, ANA M^a. : *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Estudios de Derecho Laboral. Madrid. 1993. Pág.101

⁶⁸⁰ GOERLICH PESET, J.M., en ALBIOL MONTESINOS, I. (Director) y otros autores. *Extinción del contrato de trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. Pág.816

2. El incumplimiento concebido de una forma genérica

Las características del ilícito aplicables al artículo 50.1.c) ET se desprenden, no sólo de la literalidad del mismo sino, de forma negativa, de lo enunciado en los apartados precedentes del propio precepto. En efecto, dado que la redacción del legislador utiliza el término “*otros incumplimientos*”, entiendo que, para aceptar la extinción por esta vía cabe acogerse a similares criterios en el ámbito objetivo, respecto de los que se tuvieron en cuenta para los supuestos anteriores.

Teniendo en cuenta que la última de las causas de extinción causal es una cláusula de cierre, su aplicación quedará paradójicamente restringida a conductas que:

- Estando expresamente recogidas en los apartados a) y b), esto es, modificaciones sustanciales o incumplimientos relacionados con el pago del salario, no cumplan expresamente con lo exigido en tales preceptos. Como se verá más tarde, en lo referido al artículo a), aunque no exclusivamente, se refiere a los conceptos de modificación sustancial y afectación a la dignidad profesional del empleado. Es decir, suelen incluirse aquí variaciones de una entidad tan grave como las descritas en este artículo pero que no atentan contra la dignidad del trabajador o, del mismo modo, contra actuaciones que, sin estar contempladas en los artículos 40 y 41, sí vayan en contra de este derecho. En cualquier caso, la operatividad de esta vía es siempre dificultosa, dado que, en muchas ocasiones, si no atenta contra la dignidad profesional del trabajador, la conducta es considerada como de modificación sustancial ordinaria.
- Aquellas que, expresamente, no hayan sido recogidas en ninguno de los dos casos por lo que, quedando patente que constituyen un incumplimiento grave, hayan quedado fuera de regulación legal y, por tanto, de su posible defensa.

Por tanto, y como puede observarse, el acudir al apartado c) no será en cualquier caso tarea fácil, dado que debe probarse la gravedad de una conducta no contemplada específicamente, pero viene a subsanar las posibles lagunas que el ordenamiento haya producido.

- Objeto

La principal misión de este precepto es la de abarcar aquellos supuestos de hecho no recogidos en los apartados anteriores. Es realmente curioso como el legislador trata de acotar al máximo la consideración de modificación sustancial susceptible de extinción indemnizada, para a continuación guardarse las espaldas ante posibles incumplimientos que, siendo flagrantes y socialmente reprobables, pudieran no cumplir los requisitos que él mismo ha establecido.

De este modo, el 50.1.c) ET se referirá a supuestos que, no reuniendo “*los requisitos impuestos en aquéllos, (...) sea de una gravedad significativa que justifique que la continuidad de la relación sea inexigible.*”⁶⁸¹

En cualquier caso, este supuesto, aparte de ser el menos específico de los tres que componen el artículo, tiene algunas características que lo diferencian sustancialmente del resto y que merecen especial atención.

Principalmente, la que, en mi opinión, es la diferencia más importante se refiere al alcance que lleva consigo la expresión “*cualquier otro incumplimiento grave*”. Queda fuera de toda duda que en el 50.1.a) se habla de modificaciones sustanciales del contrato de trabajo, mientras que en el 50.1.b) se está ante un incumplimiento básico, también del propio contrato. En consecuencia, los dos primeros preceptos tienen un alcance única y exclusivamente acotado a lo que las partes convinieron en el vínculo laboral y aquello que quede fuera de las cláusulas reconocidas en el mismo no es objeto de los mismos.

En segundo lugar, la aparición de la culpabilidad, al excluirse los supuestos de fuerza mayor, supondrá también una gran novedad desde el punto de vista

⁶⁸¹ RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. *La voluntad del trabajador en la extinción del Contrato de Trabajo*. Ed. La Ley-Actualidad. Madrid. 1998. Pág.109

analítico, si bien debe constreñirse a supuestos ciertamente excepcionales, teniendo en cuenta que la intervención de la voluntad empresarial no es relevante en supuestos de caso fortuito. Así, únicamente operará cuando su actuación responda a casos completamente imprevisibles e inesperados.

Finalmente, no debe olvidarse que, dentro de la generalidad del 50.1.c) ET aparece la que probablemente es la más concreta de las conductas descritas, o dicho de otra manera, *la negativa del mismo (empresario) a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41 de la presente Ley, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados.*

3. Otros incumplimientos

Una aseveración tan abierta como la contenida en el precepto merece un análisis en el que sean tratados los más relevantes supuestos que en él puedan incluirse. Dado que considero hartamente complicado atender a todos los casos que puedan ser susceptibles de ser integrados en el apartado c), enfocaré el estudio desde una vertiente negativa, atendiendo a aquellas conductas que, ya sea por la redacción del propio artículo o por la práctica jurisprudencial, han quedado excluidos de los dos primeros apartados.

3.1. Modificaciones sustanciales no susceptibles del 50.1.a)

El artículo 50.1.c) ET supone una apertura a todas aquellas contravenciones que pudieran exceder de lo estipulado en el contrato. El hecho de que hable del incumplimiento de obligaciones y no especifique de qué clase, supone una puerta abierta a otro tipo de conductas que pueden o no tener relación con las que han sido expuestas anteriormente. Más adelante sin embargo, resaltaré las que considero más relevantes.

Lo que sí es cierto es que el precepto tercero es en sí un complejo objeto de estudio. Y ello porque si se asume que el mismo es una posible solución a

lagunas jurídicas que pudieran suscitarse, ha de plantearse igualmente su delimitación de un modo negativo.

Así, puede decirse que el art.50.1.a) ET engloba todas aquellas modificaciones sustanciales que se hagan “*sin respetar lo previsto en el artículo 41 de esta ley*”⁶⁸² y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador”. De igual forma, al hablar del objeto del 50.1.c) ET habría de estarse a aquellas modificaciones que, siendo tan sustanciales como cualquiera de las contenidas en el art.41 o de tal gravedad como las contenidas en el 50.1.a) ET, no hayan podido englobarse en uno u otro precepto.

Sin embargo, a dicha definición hay que añadir el hecho de que tales modificaciones o incumplimientos pueden ser de naturaleza contractual o extracontractual.⁶⁸³

No es de extrañar, entrando en el objeto del precepto, que en ocasiones la utilización del 50.1.c), procesalmente hablando, venga determinada por la inoperancia del apartado a). La razón puede encontrarse en el hecho de que es bastante común tratar de encauzar las alegaciones por el primer motivo, siendo este otro subsidiario. Así lo ha entendido la jurisprudencia⁶⁸⁴, a pesar de que, con la entrada en vigor de la Ley 3/2012, se amplían los supuestos de extinción por la vía del art.41.3ET y se limitan los referidos al art.50.⁶⁸⁵

En realidad, la modificación del art.41ET por la reforma laboral de 2012 tiene una gran importancia en lo que al objeto del 50.1.c) se refiere. Si bien la redacción de este último queda intacta respecto a su estado anterior, su

⁶⁸² Art.50.1.a) del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

⁶⁸³ VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*. Ed. Cívitas. Madrid. 1993. Pág.76 y BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Extinción indemnizada del contrato por causa de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch, “colección laboral”. Valencia. 2000. Pág.58

⁶⁸⁴ SSTs de 11 de marzo de 1992 (RJ.1992/1635) y de 20 julio 1987 (RJ.1987/5672)

⁶⁸⁵ ROQUETA BUJ, R.: *La flexibilidad interna tras la Reforma Laboral*. Ed. Tirant lo Blanch. “Colección laboral” 214. Valencia. 2012. Pág.43

dependencia en gran medida de la legislación relativa a modificaciones sustanciales, hace que deban ser analizados ciertos aspectos.

El más importante de ellos es sin lugar a dudas el salario. Hasta hace bien poco era práctica habitual el acudir a la reducción de jornada ordinaria de trabajo, con su consiguiente reducción de salario, o a la reducción por sí sola de los emolumentos del trabajador como causa claramente atribuible al 50.1.c) ET.

Esta conducta se explica teniendo en cuenta que la transformación de un contrato a tiempo completo en uno a tiempo parcial está absolutamente prohibida cuando se realiza de forma unilateral. Por tanto, tal modificación no cabía en el art.41ET por cuanto no era una modificación sustancial contemplada, mientras que tampoco podía adherirse al 50.1.a) ET por idéntica razón. Se abría aquí por tanto la posibilidad de acudir al 50.1.c) ET. No obstante, con la nueva y muy modificada redacción del artículo 41ET esta posibilidad queda bastante atenuada.

En efecto, en la actualidad el empresario puede plantearse la modificación de la cuantía salarial, mientras que con anterioridad tan solo podía hacer variaciones en el sistema de remuneración. Si bien no supone una gran novedad puesto que se trata de una práctica que ya venía efectuándose⁶⁸⁶, amparada en la jurisprudencia⁶⁸⁷, sí es cierto que, a mi modo de ver, lo convierte en una modificación susceptible del 50.1.a). Así, cuando no se apreciare menoscabo de la dignidad del trabajador, siendo únicamente aplicable el 50.1.c), aun siendo supuestos relativos al primero de los preceptos, operaría entonces la cláusula de cierre.

Con todo, resulta complejo entender que una modificación del salario de cierta entidad no afecte a la dignidad profesional del empleado y sí tenga la suficiente entidad para acogerse a la cláusula de cierre.

⁶⁸⁶ PEDRAJAS MORENO, A.; SALA FRANCO, T.; MOLERO MANGLANO, C.: *La flexibilidad interna en la empresa. Una valoración crítica tras las reformas de 2010, 2011 y 2012*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2012. Pág.63

⁶⁸⁷ SSTs de 27 enero 2003 (RJ.2003/3626) y de 9 abril 2001 (RJ.2001/5112). Y respecto al concepto de condición más beneficiosa: SSTSJ Cataluña, de 22 septiembre (AS.2005/3808); y de Galicia, de 24 octubre 2003. (AS.2004/273)

El problema, no obstante, reside en la naturaleza del incumplimiento. Ciertamente, como expone RODRÍGUEZ PIÑERO⁶⁸⁸, se eleva al nivel de violación contractual a conductas *que podrían ser en sí mismas legítimas*. Sin embargo, las consecuencias que se producen sobre la persona o situación laboral del trabajador llevan al legislador a impedir que tales medidas sean llevadas a cabo de manera unilateral sin posibilidad de respuesta o garantías adicionales para el empleado.

Esta realidad, unida a la reticencia de los tribunales, amparados por el ordenamiento, a forzar el cumplimiento del deudor y fomentar la continuidad contractual, lleva consigo el que las sentencias sean, muy a menudo, desestimatorias.

En cualquier caso, y por centrar el objeto del incumplimiento, en cuanto a motivos no susceptibles de ser encauzados por el 50.1.a), no existe duda a la hora de señalar que, el derecho a la ocupación efectiva y la violación de derechos fundamentales son los casos más representativos por cuanto no suponen una modificación contractual de las condiciones laborales pero sí atentan contra la dignidad profesional del trabajador y hacen insostenible su continuidad en el seno de la empresa. A continuación, por tanto, analizaré ambos supuestos.

3.1.1. El derecho a la ocupación efectiva

La ocupación efectiva es el derecho que asiste al empleado a cumplir con las funciones que por contrato le han sido asignadas, siendo ilegal que el trabajador quede apartado sin motivo de las tareas que acordó con el empresario de forma previa.

Reconocido en el art.4.2.a) ET, no es tan sólo un principio del ordenamiento laboral, sino que tiene su traslación incluso, en el ámbito constitucional, hasta el

⁶⁸⁸ RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. *La voluntad del trabajador en la extinción del Contrato de Trabajo*. Ed. La Ley-Actualidad. Madrid. 1998. Pág.191

punto de ser considerado "*la traducción jurídica, y hasta semántica*"⁶⁸⁹ del derecho al trabajo.

Como he comentado anteriormente, es un supuesto perfectamente aplicable al último de los preceptos del artículo 50 por cuanto su gravedad es manifiesta y supone un ataque al núcleo de la relación laboral.

La razón es que la defensa del derecho del que se habla es ciertamente compleja, dado que, pese a estar reconocido en el Estatuto de los Trabajadores como un derecho contractual y tener su base constitucional en el art.35CE, regulador del derecho al trabajo, en ocasiones su aplicación efectiva es harto complicada y tiende a rebajarse a la categoría de principio. Sin embargo, su importancia es tal que ha llegado a ser considerado "*paradigma de los derechos de ciudadanía social*".⁶⁹⁰

Podría plantearse que el objeto del contrato de trabajo es, por parte del empleado cumplir sus tareas asignadas y, por parte del empresario, remunerarlas. Aun así, considero que, ante una visión de tal simplicidad, se estarían dejando de lado infinidad de derechos y reduciendo la relación laboral a un contrato de compraventa.

Por esta razón, si bien es verdad que el derecho al trabajo no obliga ni a empresario ni a poderes públicos a ofrecer tantos puestos de trabajo como sean necesarios ni a ofrecer un puesto concreto a una persona específicamente, sí tienen la obligación de velar por la seguridad de los derechos adquiridos por el trabajador en la fase posterior a la firma del contrato.

El Estatuto de los Trabajadores, por su parte, considera de vital importancia este derecho al punto de dedicar el artículo 30 a su salvaguarda y protección. No se explica de otra manera el que el propio ordenamiento laboral, específicamente, recoja el derecho del empleado a percibir su salario aun cuando el empresario,

⁶⁸⁹ GUANCHE MARRERO, A.: *El derecho del trabajador a la ocupación efectiva*. Estudios de Derecho Laboral. Ed. Civitas. Madrid. 1993. Pág.25

⁶⁹⁰ GONZÁLEZ DE PATTO, R.Mª.: *La dimisión provocada*. Ed. Comares. 2009. Granada. Pág.371

por causa imputable a éste mismo, no pudiera proporcionarle la ocupación para la que fue contratado.

Este razonamiento, que podría deducirse de los propios principios rectores de las relaciones contractuales, ha querido ser remarcado para no dejar lugar a la duda. Es más, como recuerda la jurisprudencia, ni siquiera es necesario que se haya comenzado a trabajar siempre y cuando el vínculo haya quedado perfeccionado y hubiera empezado a producir efectos.⁶⁹¹

Por otra parte, es necesario acudir a la propia naturaleza de la prestación. De este modo, si bien la jurisprudencia ha acudido en muchas ocasiones al orden civil para argumentar que se está ante un supuesto de similares características al del 1101CC⁶⁹², no es menos cierto que son varias las peculiaridades que han de llevar a separar ambas visiones, precisamente, por la naturaleza de ambos ordenamientos.

En primer lugar porque, como recuerda GUANCHE MARRERO⁶⁹³, el ordenamiento laboral no es muy proclive al establecimiento de medidas indemnizatorias que se alejen de casos como los de extinción o suspensión del contrato de trabajo. Pero sobre todo porque, ateniendo al tenor literal del artículo, se habla de la conservación del derecho “*a su salario*”, por lo que, pese a la gran inclinación jurisprudencial a la que he hecho mención con anterioridad, me decanto por la vía de no considerar este artículo como el habilitante de un derecho indemnizatorio.

Por tanto, y volviendo a la ocupación efectiva como causa habilitante de una incontrovertida indemnización (la del art.50ET), para hablar de dicho supuesto han de ser tenidos en cuenta básicamente dos aspectos:

⁶⁹¹ STS de 17 de noviembre de 1987 (RJ.1987/8004)

⁶⁹² SSTs de 13 de marzo de 1991 (RJ.1991/1851); 13 de diciembre de 1990 (RJ.1990/9783); de 9 de abril de 1990 (RJ.1990/3437); de 26 de enero de 1990 (RJ.1990/222); de 2 de abril de 1987 (RJ.1987/7215); de 16 de noviembre de 1986 (RJ.1986/4985); y SSTSJ C. Valenciana, de 20 enero de 1998 (AS.1998/822) y de las Islas Canarias, de 3 de diciembre de 1993 (AS.1993/5194)

⁶⁹³ GUANCHE MARRERO, A.: *El derecho del trabajador a la ocupación efectiva*. Estudios de Derecho Laboral. Ed. Cívitas. Madrid. 1993. Pág.48

- Por una parte, la vigencia del contrato, que no debe ofrecer dudas, si bien como ya se ha dicho no es ni siquiera necesario que se haya comenzado efectivamente a trabajar.
- Por otra, la inimputabilidad al trabajador, pues no se contemplan casos en que sea el trabajador quien, de mala fe, sea reacio a incorporarse a su puesto de trabajo o a realizar las funciones que le hayan sido asignadas.

Teniendo en cuenta la naturaleza del incumplimiento, y como posteriormente se observará de una forma genérica dentro del 50.1.c), la culpabilidad por parte del empresario adquiere una gran importancia, más si cabe teniendo en cuenta el nulo o escaso valor que se le da en los demás apartados de este artículo.

- a) La culpabilidad empresarial en la violación del derecho a la ocupación efectiva

El artículo 50ET castiga los incumplimientos graves llevados a cabo por el empresario, si bien en su apartado c) realiza una salvedad al referirse a los casos que se deriven de fuerza mayor. Es irrefutable que en este tipo de casos el empleador puede cometer el ilícito sin haber incurrido en ningún tipo de dolo o culpa a la hora de faltar a lo que se había acordado en el contrato. Sin embargo, en el ámbito de la ocupación efectiva es posible plantearse si es esta la única causa que exoneraría al empresario de las consecuencias del precepto.

En principio, y haciendo un análisis genérico, cabe decir que la interpretación de las causas que exoneran al empresario de las consecuencias de la extinción causal ha de hacerse, al igual que en el caso del artículo 30, de forma restrictiva. Debe entenderse por tanto que, por regla general, toda circunstancia sobrevenida que se produzca en el ámbito de las relaciones laborales, a pesar de que tal eventualidad sea ajena a la voluntad empresarial, puede constituir una violación al derecho a la ocupación efectiva. Por el contrario, la naturaleza de dicha eventualidad y de la posibilidad real de su previsión marcarán la gravedad de las consecuencias que se deriven.

Y ello porque, en principio, la obligación principal del trabajador es estar a disposición del empresario⁶⁹⁴, siendo responsabilidad del primero el cómo utiliza, dentro de los cauces pactados y legales, el factor humano contratado. Por tanto, ha de entenderse que el buen o mal uso de los factores productivos no puede ser en ningún caso imputable al trabajador.

Pero sobre todo, y como se ha dicho, no cabrá la aplicación del 50.1.c) ET cuando sea el trabajador el causante o, al menos, sea en parte responsable de la falta de ocupación de su puesto de trabajo.

En cualquier caso, y antes de tratar de forma pormenorizada algunos de los casos más relevantes en que se aprecia o se desestima dicho incumplimiento, es de vital importancia concluir que, la gravedad de la conducta ha de basarse en dos premisas:

- La entidad de la obligación incumplida, que en ningún caso puede ser de carácter accesorio, sino que tiene que afectar a la esencia del contrato y al objeto por el que se produjo el vínculo laboral.
- La persistencia o intensidad del incumplimiento acometido, no siendo viables las acciones llevadas a cabo por conductas esporádicas o de escasa relevancia.

Si se tiene en cuenta ahora la jurisprudencia, ésta no es unánime y existen supuestos en que se considera probada la violación de la ocupación efectiva mientras otros ofrecen mayores dudas.

El derecho a la ocupación efectiva es uno de los ejemplos más claros en lo que a supuestos subsumibles en el apartado c) del artículo 50ET se refiere. Sin embargo, en ocasiones es materia del todo controvertida desde el punto de vista de la relación existente entre la vulneración de tal derecho y la afectación de la dignidad y formación profesional del trabajador. Teniendo en cuenta que este último punto ha sido eliminado de la legislación laboral no me detendré en él, si

⁶⁹⁴ MOLINA NAVARRETE, C.: *Comentario al artículo 4ET*. En *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*. VV.AA. Ed. Comares. Granada.1998. Pág.136

bien la cercanía de la reforma hace que numerosos pronunciamientos, anteriores a la misma, aun se refieran a ambos conceptos indistintamente.

Y ello porque la causa de la que se habla es, para muchos, motivo suficientemente grave como para considerarse una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. No hay que olvidar que, falta de ocupación efectiva, no es exclusivamente no trabajar, sino que también puede constituirse mediante la no realización de las tareas para las que se hubiera sido contratado. Por este motivo, la jurisprudencia considera que tal situación puede ir en detrimento de la formación profesional pero, sobre todo, “*entrañar vejación para la persona*”⁶⁹⁵, razones por las cuales podría incluirse en el primero de los motivos de la extinción causal.

Pero la razón principal de esta divergencia es que ni el artículo 50ET, ni el 1124CC indican exactamente cuáles son las características que debe revestir el incumplimiento o la modificación sustancial, sino que tales extremos han ido formándose gradualmente por la propia jurisprudencia que determina que los incumplimientos han de ser graves y, aunque sólo en términos de proporcionalidad, culpables. En definitiva, únicamente se exige que “*frustre las legítimas aspiraciones o expectativas de la parte que cumplió su pretensión*”⁶⁹⁶. Por tanto, requisitos tales que no excluyen uno u otro motivo.

En cualquier caso, lo cierto es que el 50.1.c) ET supone la regla general a la hora de accionar en los casos de falta de ocupación efectiva. Conviene, de esta manera, analizar los supuestos generales en que queda probada y se estiman las extinciones por esta vía en relación con la falta de ocupación.

b) Falta de ocupación sin término fijo o indeterminada

Por la naturaleza del supuesto, la mayoría de los casos que se dan tienen su origen en la prolongación o no del período de desocupación. Si al hablar de falta

⁶⁹⁵ SSTSJ Madrid de 16 de mayo de 2001 (AS.2001/2272) y del País Vasco, de 29 de enero de 1992 (AS.1992/182)

⁶⁹⁶ SSTS de 8 de febrero de 1993 (RJ.1993/749) y de 21 de septiembre de 1990 (RJ.1990/6899) y de TSJ de la Comunidad Valenciana, de 11 de abril de 2002 (AS.2002/373)

de pago se establecía una ardua discusión entre qué se consideraba grave o no, en base a la reiteración y mantenimiento en el tiempo del incumplimiento, en el supuesto del que se habla se está ante una situación de similares características. Es común en el mercado laboral el encontrar situaciones coyunturales que propician que el trabajador quede alejado de sus funciones.

No obstante, no es ajustado a derecho mantener a un trabajador alejado de sus funciones de manera prolongada e injustificada. Esta práctica ha sido llevada a cabo por muchas empresas a fin de evitar un despido y sus condiciones indemnizatorias, con el objetivo de incluir al trabajador en futuros acuerdos de prejubilación o incluso despidos colectivos. En cualquier caso, tales supuestos no son considerados causa justa por cuanto colocan al trabajador en una situación complicada que les retiene a un puesto de trabajo que, en la práctica, no ocupan, y forzándoles a una dimisión, con las consecuencias que tal decisión conlleva, si quieren liberarse del vínculo contractual. Por tanto, la falta de ocupación prolongada y sin causa ha de considerarse un incumplimiento grave por parte del empresario, suficiente para accionar la extinción por la vía del 50.1.c) ET.

c) Prolongación en el tiempo de situación susceptible de sanción disciplinaria

Un caso similar, aunque ciertamente más específico, y de los más problemáticos por cierto, suele ser el que se produce en el lapso de tiempo en que el trabajador no acude a su puesto de trabajo debido a que la empresa está realizando una investigación por posibles faltas o incumplimientos producidos por el mismo empleado. Considera la jurisprudencia que apartar al trabajador es una medida adecuada⁶⁹⁷ en este tipo de casos, si bien atendiendo a un período de tiempo prudencial y, en ningún caso, de forma indefinida.

Por tanto, dichas medidas cautelares justificadas por una investigación deben dar lugar a una decisión definitiva que no se prolongue *sine die* y que quede resuelta

⁶⁹⁷ Piénsese en casos que hagan insostenible la convivencia, no sólo con los superiores jerárquicos dentro de la empresa, sino también con el resto de compañeros del centro de trabajo o clientes.

tras la misma siendo posibles medidas que van desde la reposición de las condiciones previas al propio despido. Entiende la jurisprudencia que la decisión de *mantener por tres meses una medida cautelar*⁶⁹⁸ no quedaba en modo alguno justificada.

En los casos citados, sin embargo, se daba la característica de que el despido había sido ejecutado tras la extinción a instancias del trabajador. Sin embargo, existen casos en que la situación es inversa y en que, en períodos de suspensión cautelar de un mes, se desestima la pretensión de violación del derecho, al considerarse un tiempo razonable y haberse tomado una decisión a la finalización de la investigación.⁶⁹⁹

d) Mala situación económica de la empresa

Como ocurría en las situaciones de falta o retraso en el pago, resulta absolutamente necesario realizar un análisis de la violación del derecho en concreto cuando subsiste un período anómalo o de bajo rendimiento para la entidad. Se decía anteriormente que la mala situación de la empresa no era requisito suficiente para exonerar a la compañía de su responsabilidad de abono de los salarios. Efectivamente, suponer que ello fuera así sería poco menos que poner en suspenso el ordenamiento laboral cada vez que se produjera una caída de los beneficios o una bajada de la producción.

Por tanto, pese a que el carácter general del artículo 50 invita a obviar, cada vez más el requisito de culpabilidad, es en mi opinión de gran importancia aquí, aunque sin olvidar que la entidad del incumplimiento habrá de ser tenida en cuenta en cualquier caso. Y ello porque lo cierto es que no puede penalizarse a un empresario porque sus operaciones no sean rentables o sus transacciones

⁶⁹⁸SSTS de 27 septiembre 1990 (RJ.1990/7054) y de 18 de septiembre de 1990 (RJ.1990/7022)

⁶⁹⁹ STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas), de 26 mayo de 1993 (AS.1993/2267). En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal supremo, que ha considerado de forma reiterada estas conductas como un quebranto de la buena fe al suponer una suspensión del contrato de trabajo injustificada. Así las SSTS de 27 de septiembre (RJ.1990/7054); de 18 de septiembre (RJ.1990/7022); de 15 de junio (RJ.1990/5468); de 21 de mayo (RJ.1990/4477) y de 20 de enero (RJ.1990/170), todas ellas de 1990.

ruinosas, pero sí por la diligencia con la que afronta el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

De este modo, al hecho de que debe quedar probada la situación económica desfavorable, también deben hacerse patentes los intentos del empresario por solucionar la situación. En este sentido, el Estatuto de los Trabajadores ofrece diversas soluciones que van desde la suspensión del contrato de trabajo, a la modificación de las condiciones de trabajo o incluso la extinción de los vínculos laborales.

La jurisprudencia, a estos efectos, considera que un empresario que inicia un procedimiento de despido colectivo está tratando de solucionar las cosas y, en cierto modo, cumplir con sus obligaciones. Si bien puede sonar paradójico, lo cierto es que la solución expuesta, aunque sin duda traumática, ofrece una salida a aquellos trabajadores que:

- Siguen cumpliendo sus funciones pactadas por contrato
- No están percibiendo o lo hacen de forma irregular, su salario
- No quieran o no estén en disposición de activar una extinción causal por temor a una resolución desfavorable o por serles imposible mantenerse en su puesto de trabajo hasta el momento de la sentencia.

Por este motivo, cuando se ha iniciado un procedimiento como el que se expone, los Tribunales opinan que *prima el interés solidario y colectivo frente al ejercicio de acciones individuales, que podrían traducirse en situaciones de privilegio frente a los demás afectados por la pretensión empresarial*⁷⁰⁰. Y ello porque en casos como en los de la sentencia aludida, y en general en todos los casos en que se dan situaciones de despidos colectivos u otras medidas de similar cariz, el perjuicio es de tipo general y afecta a la totalidad de la plantilla, siendo difícilmente explicable que una acción individual prime sobre tantos otros casos

⁷⁰⁰ STSJ de Valencia de 27 de julio de 2000 (AS.2001/506), pero también en STS de 30 de octubre de 1989 (RJ.1989/7465); SSTSJ de Navarra, de 3 de abril de 1997 (AS.1997/977); de Castilla y León de 21 de mayo de 1986 (AS.1996/1532) y de Cataluña, de 14 de diciembre de 1993 (AS.1993/5295).

que pudieran quedarse sin indemnización o, en el mejor de los casos, con una percepción sensiblemente inferior.

En cualquier caso, no conviene olvidar que, tras la reforma operada por el RDL3/2012, de 10 de febrero, la autorización administrativa y, en un sentido general, el expediente de regulación de empleo, han perdido ya prácticamente todo su valor. Ello se ha justificado por el hecho de que es “*contrario a la celeridad*”, y por la monetización del período de consultas que dejan de lado los verdaderos propósitos del proceso que no son otros que los sociales.⁷⁰¹

Con esto no estoy diciendo que, una vez iniciado un procedimiento de despido colectivo sea imposible iniciar una acción por la vía de la extinción causal, pero sí que en estos casos, la jurisprudencia entiende que, aunque no se cree una “*suerte de litispendencia*” en el proceso, las acciones ejercitadas por los trabajadores en este lapso de tiempo no han de ser, por norma, estimadas.⁷⁰²

Sin embargo, no siempre que se produzca la tramitación de un despido colectivo es aceptable tal situación. En ocasiones, tal medida responde a un intento empresarial de enervar las acciones individuales previas, consecuencia de una situación insostenible, por lo que la intención del empleador no es solucionar la crisis interna, sino restar fuerza a aquellas acciones que pueden serle muy perjudiciales. En este tipo de casos, lógicamente, los tribunales estiman las pretensiones del trabajador, valorando el carácter de mala fe que se desprende de tales actuaciones.⁷⁰³

En cualquier caso, la culpabilidad empresarial debe ir acompañada de una gravedad latente en la conducta pero, sobre todo, en el perjuicio del trabajador.

⁷⁰¹ VV.AA. La reforma laboral en el Real Decreto Ley 3/2012. Ed. Tirant lo Blanch. Colección Laboral. Valencia. 2012. Pág.163

⁷⁰² STS de 5 de abril de 2001 (RJ.2001/4885). Al respecto, innumerables SSTSJ, tales como las de Madrid, de 8 de junio de 2011 (AS.2011/266687); de 11 de julio de 2006 (AS.2007/1125); y de 26 de noviembre de 2002 (AS.2003/1213); de Galicia, de 16 de marzo de 2011 (AS.2011/2124) y de 13 de julio de 2010 (AS.2010/1770); de La Rioja, de 8 de octubre de 2010 (AS.2010/2456); de Castilla y León, de 22 de octubre de 2008 (AS.1081/2008) y de la Comunidad Valenciana, de 9 de mayo de 2002 (AS.2003/979).

⁷⁰³ STSJ de Madrid, de 11 de febrero de 2003 (AS.2004/1270)

De lo contrario, se estaría ante una situación acomodable al artículo 30ET que, como se ha dicho, garantiza la percepción del salario por parte del trabajador cuando el empresario no pudiera darle destino u ocupación.

e) En espera de destino

Uno de los supuestos de falta de ocupación efectiva más recurrentes son aquellos lapsos de tiempo en que, por diferentes motivos, el trabajador queda a la espera de que se le asigne una función dentro de la empresa. Entre tales supuestos pueden encontrarse, desde el trabajador que accede por vez primera a la empresa, pasando por aquellos que padecen una reestructuración funcional, movilidad geográfica e, incluso, aquellos que, con ánimo de forzar su dimisión, son relegados de todas sus funciones.

Por supuesto, estas prácticas constituyen una violación del derecho amparado por el 4.2.a) ET y, susceptibles, por tanto, de una posible extinción vía 50.1.c). En cualquier caso, dichas situaciones pueden darse en supuestos esporádicos o coyunturales, fruto de una situación eventual de la compañía que obliga al empresario a realizar reestructuraciones o le impide atribuirle funciones al trabajador.

La discusión doctrinal y jurisprudencial radica, por tanto, en la distinción de las situaciones que configuran una antijuridicidad y aquellas que, por otra parte, responden a una situación transitoria en que no incide la mala fe por parte del empresario.

Y ello porque, en la mayoría de los casos la jurisprudencia es reacia a aceptar tal incumplimiento. Casos como los de la modificación funcional o geográfica son acomodados en el apartado a) del 50.1, mientras que supuestos como la suspensión cautelar, de la que se habló con anterioridad, a expensas de una decisión definitiva de la empresa, son perfectamente legales siempre y cuando no se prolonguen indefinidamente.

A este respecto, los tribunales valoran en gran medida el comportamiento de la empresa, teniendo en cuenta si cumple con sus obligaciones salariales o, en supuestos como los mencionados, incluso concede permisos remunerados a fin de que el trabajador no tenga la obligación de acudir al centro de trabajo sin haber tarea asignada para desarrollar.⁷⁰⁴

En cualquier caso, respecto a la gravedad de la violación del derecho, no son pocos los que opinan que el derecho a la ocupación efectiva supone una infracción suficiente por sí misma como para motivar por sí sola la extinción por la cláusula de cierre.⁷⁰⁵

En base a este razonamiento, *la culpabilidad empresarial y la gravedad del incumplimiento producido resulta de la relación combinada de ambos preceptos*⁷⁰⁶; ya que si lo que se conculca es un derecho al que se pueda denominar básico, del trabajador, el incumplimiento será en todo caso grave y podrá ser considerado como causa de extinción indemnizada por sí solo.

No obstante, y pese a lo dicho, opino que cualquier incumplimiento, sin atender a la actuación empresarial, la gravedad de su afectación o las circunstancias que lo envuelven, no puede ser considerado *per se*, susceptible de extinción causal. Por tanto, y tal y como esgrime la jurisprudencia, opino que dos son los requisitos básicos que debe cumplir toda conducta sancionable por dicha vía:

- Una duración lo suficientemente destacable como para ser reconocida como violación del derecho, con una entidad que supere los límites del art.30ET y cuya gravedad permita identificar sin mayores dificultades el perjuicio que está siendo causado en la dignidad del trabajador.

⁷⁰⁴ STS de 3 de octubre de 1990 (RJ.1990/752)

⁷⁰⁵ GUANCHE MARRERO, A.: *El derecho del trabajador a la ocupación efectiva*. Estudios de Derecho Laboral. Ed. Civitas. Madrid. 1993. Pág.69

⁷⁰⁶ SSTs de 7 marzo 1990. (RJ.1990/1776) de 4 de julio y de 21 de marzo 1988 (RJ.1988/2336 y Ar.1988/6113) y de 24 de septiembre de 1985 (RJ.1985/4361).

- Un daño que afecte al trabajador de tal forma que pueda considerarse grave y que haga evidentemente necesaria su salida de la empresa.⁷⁰⁷ El daño no tiene porque ser insoportable, a efectos de un abandono inmediato del puesto de trabajo, pero sí acarrear un daño en la figura del trabajador.

3.1.2. Violación de derechos fundamentales

El ataque a los derechos fundamentales del trabajador es probablemente uno de los motivos que, con mayor razón, justifican la causa extintiva del art.50ET. Sin embargo, paradójicamente, no están recogidos expresamente en el precepto. Su violación excede del ámbito de lo contractual si bien, los innumerables supuestos de incumplimiento y su condición de extracontractuales hacen, en ocasiones, muy complejo su estudio.

Es por ello que, en este ámbito, voy a destacar los que son desde mi punto de vista las violaciones más relevantes de derechos fundamentales en el ámbito laboral, a saber, la prevención de riesgos laborales y el acoso laboral o mobbing.

a) Acoso laboral o mobbing

Se trata sin duda de un motivo difícilmente aplicable a ninguno de los dos primeros apartados del artículo 50ET. Su existencia se remite probablemente al inicio de las relaciones laborales. Cuesta creer que a lo largo de la historia no haya existido tal práctica, si bien es cierto que su regulación y tutela jurídica son relativamente modernas. En este sentido, se trata de una conducta que viene recogida, no sólo en la legislación laboral, sino también en la constitucional, habida cuenta de que se trata de un derecho fundamental de cualquier persona.

Así pues, el mobbing es la extrapolación laboral del atentado contra la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad que son recogidos en el artículo 10CE. De la misma manera, supone una vulneración de la integridad física y moral, que implica que, en

⁷⁰⁷ SSTSJ Galicia, de 22 diciembre de 2011 (AS.2011/314); de C. Valenciana, de 24 noviembre de 2006 (AS.2006/3005); de Castilla y León, Burgos de 12 julio de 2006 (AS.2006/2236) de C. Valenciana, de 14 septiembre de 2004 (AS.2004/3483) de Madrid, de 11 febrero de 2004 (AS.2004/1270).

ningún caso, las personas puedan ser sometidas a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes (art.15).

Dicha base constitucional se refleja posteriormente en los apartados d) y e) del art.4.2.ET completando su tutela en lo referido a la protección específica de los trabajadores.

Sin embargo, el hecho de que esté ampliamente regulada la conducta lesiva no facilita la conceptualización del término. Más bien al contrario, existe cierta controversia al respecto.

El problema se da, principalmente, en el ámbito judicial, donde no existe una clara definición del término. Como ejemplo de conceptualización de los tribunales puede hablarse de *“una situación de acoso laboral determinante, de una lesión psíquica en la persona del trabajador que, por sí misma, y con independencia de las consecuencias laborales que ha de producir, constituye, sin duda alguna, una lesión de derechos fundamentales”*⁷⁰⁸ y que, por supuesto, ha sido provocada dentro del ámbito laboral.

Por otra parte, autores como GONZÁLEZ DE PATTO, indican que se trata de *“una situación de hostigamiento a un trabajador sobre el que se ejercen actitudes de violencia o presión psicológica, de forma sistemática y prolongada en el tiempo, con la finalidad de destruir su reputación y dignidad y lograr el abandono del puesto de trabajo”*⁷⁰⁹

Cabe recordar, como indica el propio autor, el problema que suscitan todas estas definiciones es su tendencia a referirse al concepto clínico, generando complicaciones a la hora de su aplicación jurídica.

Por una parte, es bastante extendida la interpretación que exige a la empresa o al empresario una conducta cuyo ánimo sea el de dañar. En mi opinión, no entiendo que haya de probarse dicha intención, pues ya sea por acción u omisión, se está ante una conducta sistemática y continuada que daña nada menos que la dignidad

⁷⁰⁸ SSTs de 20 de septiembre de 2011. (RJ.2011/7057) y de 17 de mayo 2006 (RJ.2006/7176).

⁷⁰⁹ GONZÁLEZ DE PATTO, R.M^a.: *La dimisión provocada*. Ed. Comares. 2009. Granada. Pág.407

del trabajador. Por lo tanto, la empresa nunca debiera haber llevado a cabo las conductas lesivas o, de haberlo hecho, debiera haber cesado las mismas, teniendo en cuenta el perjuicio que estaban causando. Puede entenderse, no obstante, que la prueba de la voluntariedad en las acciones causantes del daño sea considerada un agravante, o una prueba complementaria, pero nunca como condición indispensable.

Lo que sí debe quedar patente es la importancia de la repetición, de la continuidad del mal causado, que no puede responder a un acto aislado. La jurisprudencia habla de un hostigamiento⁷¹⁰ sistemático, en el que, curiosamente, no se exige un objetivo en concreto, sino una conducta reiterada.

En cualquier caso, sí pueden establecerse ciertas pautas que ayuden a sintetizar los caracteres del acoso moral. De este modo, la jurisprudencia⁷¹¹ habla de dos clases de requisitos, ya sean de tipo objetivo o subjetivo.

Respecto de los primeros pueden destacarse la sistematicidad, la reiteración y la frecuencia. Todos ellos relacionados con el período en que se realizaron y la distancia entre una y otra acción.⁷¹²

Por otra parte, están los requisitos subjetivos, como son la intencionalidad y la persecución de un fin, y que suscitan tanta controversia, como se ha comentado anteriormente.

Pese a ello, debe reconocerse su importancia, no ya por el hecho en sí que comporta la voluntariedad, sino por la intención de dañar, se cumpla o no el objetivo. En mi opinión, es irrelevante que se consiga o no el propósito buscado,

⁷¹⁰ STSJ de Madrid, de 25 de junio de 2007 (AS.2007/3345).

⁷¹¹ STSJ de Madrid, de 18 septiembre de 2007 (AS.2007/2943). En el mismo sentido, y para declarar la procedencia en supuestos de acoso laboral, los siguientes fallos indican, de un modo negativo, que conductas no constituyen tal ilícito. Así, pueden destacarse las SSTSJ de Galicia, de 17 de diciembre de 2010 (AS.2011/97) y de 21 de julio de 2008 (AS.2008/2474); de Extremadura, de 26 de febrero de 2009 (AS.2010/705); de Asturias, de 24 de octubre de 2008 (AS.2008/2701); de Andalucía, de 15 de octubre (AS.2008/3138) y de 17 de julio de 2008 (AS.2009/460), y de 3 de octubre de 2007 (AS.2008/2511); de Madrid, de 5 de mayo de 2008 (AS.2008/1273) y de 23 de octubre de 2007 (AS.2008/369).

⁷¹² SSTSJ de Galicia de 8 de abril de 2003 (AS.2003/2893) y de Canarias, de 28 de abril de 2003 (AS.2003/3894)

pues, de sostener la tesis contraria, el trabajador habría de soportar vejaciones continuas hasta producirse el daño para poder accionar contra la empresa.

Creo, no obstante, que sí es necesaria cierta reiteración para poder referirse a un verdadero acoso.

La propia RAE, sin ir más lejos, define como acoso a la acción de “*perseguir, sin darle tregua ni reposo (...) a una persona*” indicando claramente esa necesidad de persistencia. Piénsese que, de lo contrario, la conducta quedaría muy a la interpretación de las partes. Un comportamiento como el analizado requiere cierta entidad para ser acorde con todas las demás que facultan la utilización del artículo 50.

Debe ser, en conclusión, un daño tal, que afecte a la dignidad personal del trabajador o, incluso, lo aisle del resto de sus compañeros, pues, no debe olvidarse, que la mayoría de casos de acoso consisten, paradójicamente, en separar al afectado del grupo de trabajo, a fin de que su situación personal devenga insostenible.

- Cese de la conducta

Teniendo en cuenta la visión de las relaciones contractuales que observa nuestro ordenamiento, según la cual ha de darse prioridad a la permanencia de los contratos, es necesario plantearse si, previa la solicitud de extinción del contrato de trabajo, existe alguna otra alternativa que permita la pervivencia del mismo y la paralización de la conducta ilícita.

El hecho de que se esté hablando de una conducta relativamente reciente, no por su cercanía en el tiempo pero sí por su todavía joven regulación, hace que sea necesario enfocar este instituto desde un punto de vista más genérico, en relación con los demás riesgos laborales y dentro de la perspectiva de los derechos fundamentales.

Así, la alternativa a la extinción es la solicitud de cesación de la conducta ilícita que, al menos, paralizará el daño que está sufriendo el trabajador hasta ese

momento. De lo contrario, el mal seguiría produciéndose hasta la celebración de un futuro juicio en base al artículo 50.

De lo que se trata, por tanto, es de que, en base al carácter de Derecho Fundamental y amparado por los artículos 4.2.ET y el 15CE, se interponga una acción de paralización de una situación que, de no remediarse, puede inducir al empleado a una situación insostenible dentro de la empresa.

Esta opción, pese a la imposibilidad de la acumulación de acciones, como refleja el 178LRJS, ofrece ciertas ventajas que conviene recordar:

- En primer lugar porque, en base al 177.4ET, el trabajador podría dirigirse, no sólo contra el empresario, sino también contra cualquier otro que resulte responsable, *“con independencia del vínculo que le una al empresario”*.
- En segundo lugar porque será éste quien elija el tipo de tutela que solicita y sin ser necesario, ni siquiera, acusar al causante del daño, pudiendo hacerlo directamente contra el empleador.
- Así, y de acuerdo con el 180LRJS, el actor podrá solicitar las medidas cautelares que considere oportunas con arreglo a la ley.
- Pero sobre todo porque, al ser casos relativos a derechos fundamentales, su tramitación será urgente y preferente, al contrario que una acción por extinción, pudiendo evitarse males mayores o paliando sus efectos.

Supone pues, una posibilidad muy recomendable en mi opinión ya que no en todos los casos se trata de una conducta que no admita subsanación. Sin embargo, su no reparación sí puede traer consecuencias de lo más negativas.

Además, parece lógico que toda la responsabilidad recaiga sobre el empresario, aun no siendo éste directamente responsable, dado que el 19ET garantiza el derecho del trabajador a la salud e higiene en el trabajo, así como la obligación del empleador de proveer de todos los medios materiales y formativos a sus subordinados, así como de las políticas de prevención adecuadas. Pues bien, es obvio que en este tipo de casos las conductas preventivas y/o correctivas no han

funcionado adecuadamente, por lo que el empresario será, en cualquier caso, el último responsable. Más aun cuando, para poder observarse el ilícito, es necesario constatar la reiteración del mismo, por lo que la negligencia o dejación por parte del empresario, es en todo caso manifiesta ya que, si bien pudo no haber previsto la situación, no hizo nada para subsanarla una vez ésta hubo acontecido.

- Daños y perjuicios (del mobbing)

El acoso laboral responde a una realidad que, si bien se da dentro del marco de las relaciones laborales, trasciende al ámbito de las vicisitudes inherentes a un contrato de trabajo.

Cuando se iniciaba el desarrollo de la extinción causal se planteaba la disyuntiva de si procedía la concesión por parte del juez, de una indemnización distinta de la contenida en el artículo 50ET en cuantía y significado. Se hablaba entonces de los casos de vulneración de derechos fundamentales. Como quiera que el acoso laboral es, igualmente, un atentado contra los mismos, se está en este caso ante un supuesto de iguales características.

Conviene recordar, al hablar de riesgos como lo pueda ser el acoso laboral, que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales tiene como uno de sus principales objetivos el de “*fomentar una cultura preventiva*”⁷¹³ que englobe, no sólo daños materiales, sino también aquellos de naturaleza inmaterial o derivados de daños no cuantificables física o patrimonialmente.

Por tal motivo, cuando se analiza la posible responsabilidad de la empresa en la causación del mal al trabajador, ésta puede derivarse no del resultado obtenido, sino más bien en la falta de diligencia a la hora de prever aquello que es razonablemente esperable. No existirá responsabilidad, por tanto, si el daño fuera causado por supuestos de fuerza mayor o, habiéndose detectado, se hubiesen corregido inmediatamente. De este modo, habrá de estarse a la conducta que la

⁷¹³ Exposición de motivos 4 de la Ley de prevención de Riesgos Laborales. L31/95 de 8 de noviembre.

empresa, y en este caso, el empresario o el sujeto responsable, ya sea directivo, superior jerárquico... hubiera llevado a cabo desde que ocurriera el suceso.

A este respecto es importante tener en cuenta que el empresario o la empresa, demostrada la conducta ilícita, y aun no habiendo sido cometida ni amparada por el mismo, responderán de manera directa y no subsidiaria, de los actos llevados a cabo por los trabajadores en el ámbito de sus funciones.⁷¹⁴

En el ámbito procesal, cabe hacerse la misma pregunta, al respecto de si la legislación contempla tal posibilidad. La Ley de Procedimiento Laboral⁷¹⁵, hoy en día no vigente, contemplaba en su artículo 180 dicha posibilidad de manera explícita al reconocer que, demostrada la conducta ilícita, cabía tal indemnización “*compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores.*”

La Ley Reguladora de la Jurisdicción Social⁷¹⁶ se refiere a esta posibilidad en dos de sus preceptos. En primer lugar, el artículo 182 expone cuáles son las actuaciones que puede decretar la sentencia y, en su apartado d), dispone el restablecimiento del demandante en su *situación anterior así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable*. De este modo, el artículo 183 LRJS habilita una posible indemnización por daños y perjuicios compatible *con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo* dejando en esencia intacto lo dispuesto por el 180 LPL.

En relación con la jurisprudencia, muchos han sido los pronunciamientos al respecto si bien puede decirse, a modo conclusivo, que caben ambas

⁷¹⁴ CARBONELL VAYÁ, E.J., GIMENO NAVARRO, M.A., MEJÍAS GARCÍA, A.: *El acoso laboral antes llamado mobbing*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2008. Pág.195

⁷¹⁵ Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral estuvo vigente hasta el 11 de diciembre de 2011.

⁷¹⁶ Ley 36/2011 de 10 de octubre

reclamaciones siempre y cuando conste el derecho fundamental violado y la indemnización concreta solicitada a la hora de interponer la demanda⁷¹⁷.

- Valoración de daños y perjuicios

Desde todas las perspectivas del derecho ha existido siempre la voluntad de subsanar, ante la comisión de un ilícito, el daño causado a fin de que el sujeto pasivo del mismo viera restituida en la medida de lo posible su situación anterior, si bien evitando del mismo modo que tal resolución le enriquezca injustamente.

Sin embargo, no todos los bienes son igualmente valorables y, en la mayoría de casos, es prácticamente imposible realizar una tasación general.

En este sentido, tal vez los más fáciles de valorar sean los bienes materiales, porque están dentro del comercio y es más sencillo obtener referencias acerca de su valor de mercado, depreciación... Así, cuando se habla de este tipo de bienes suele hacerse referencia al daño causante y al lucro cesante. El primero es bastante conocido y, para definir al segundo, puede acudirse tanto a la legislación⁷¹⁸, como a la doctrina que, por ejemplo, define a esta figura como *el provecho o ventaja que hubiera obtenido (el afectado) en caso de cumplimiento del contrato*⁷¹⁹.

Un ejemplo claro aplicado al ámbito de las relaciones laborales es el de los daños que producen incapacidades, o también llamados daños físicos, en los que pudiera existir una diferencia entre la cantidad recibida en concepto de dicha contingencia y el salario antes percibido. El lucro cesante sería por tanto la diferencia entre salario y prestación.⁷²⁰

⁷¹⁷ STS de 11 de marzo de 2004 (RJ.2004/3401). SSTSJ Cataluña, de 11 julio de 2006 (AS.2007/745 y AS.2007/74); del TSJ País Vasco, de 6 junio de 2006 (AS.2007/1204); y de TSJ Castilla y León, Valladolid, de 8 mayo (AS.2006/1842).

⁷¹⁸ Art.1106CC.

⁷¹⁹ MORALES MORENO, A.M.: *Incumplimiento del lucro cesante*. Ed Civitas-Thomson Reuters. 2010. Navarra. Pág.31

⁷²⁰ CARBONELL VAYÁ, E.J., GIMENO NAVARRO, M.A., MEJÍAS GARCÍA, A.: *El acoso laboral antes llamado mobbing*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2008. Pág.195

La mayor complicación se produce a la hora de tratar los posibles perjuicios sufridos que no responden a un patrón específicamente económico, que no están ni pueden tasarse dentro de la perspectiva del mercado.

Tal dificultad deriva de la complejidad de cuantificar el sufrimiento del trabajador. Se trata de daños producidos en el ámbito espiritual, psicológico... Es por ello que suele exigirse que, con la demanda, el afectado haga su propia valoración pues es quién mejor conoce hasta qué punto ha llegado tal afectación. Será responsabilidad del tribunal el determinar si tal consideración se ajusta o no a derecho.

A estos efectos, no puede dejar de nombrarse la STS de 22 de febrero de 2001⁷²¹, que expone que es daño moral aquella “*detracción*” que sufre el perjudicado y que no puede incluirse dentro de lo que, anteriormente, se han denominado daños materiales, ya que no pueden traducirse en un *quantum económico*.

De este modo, la conclusión que se extrae es que debe atenderse al caso concreto, teniendo en cuenta la gravedad de la situación y la conducta del sujeto activo, a fin de definir una sanción lo más proporcional posible. La mayoría de sentencias, de diversas ramas del derecho, hablan de la dificultad de hacer un estudio generalizado de los daños morales⁷²² pues su valoración no se deriva de pruebas tangibles. Sí puede decirse, no obstante, que procederá tal indemnización cuando

⁷²¹ RJ.2001/2242. A estos efectos también las SSTS de 9 de diciembre de 2003 (RJ.2003/8643); de 19 de julio de 2002 (RJ.2002/8544); y de de 22 de mayo de 1995 (RJ.1995/4089). También las SSTSJ de Asturias, de 20 de junio de 2003 (AS.2003/3811); de la Comunidad Valenciana, de 28 de mayo de 2003 (AS.2004/1178) y de Las Islas Canarias, de 30 de septiembre de 2002 (AS.2003/2239). Nombrar por último, y por la importancia en la conceptualización de daño moral las stcs de la AP de Valencia, de 10 de octubre de 2011 (AR.2012/12013) y de Madrid, de 15 de enero de 2002 (AR.2002/1078), en que se enfoca el término desde un punto de vista negativo. Así, *puede en esa línea entenderse como daño moral, en su integración negativa toda aquella detracción que sufre el perjudicado damnificado y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe incluir, en los daños materiales porque éstos son aprehensibles por su propia caracterización y, por lo tanto, traducibles en su "quantum económico, sin que sea preciso ejemplarizar el concepto; tampoco pueden entenderse dentro de la categoría de los daños corporales.*

⁷²² SSTS de 21 de octubre de 1996 (RJ.1996/7836); de 22 de noviembre de 1993 (RJ.1993/8654); de 5 de enero de 1991 (RJ.1991/1908).

se haya producido un sufrimiento o padecimiento psíquico e incluso espiritual en que lo resarcido es el dolor y la angustia de la víctima.⁷²³

- b) Prevención de riesgos laborales (supuestos no previstos en los dos primeros apartados del artículo 50)

La exposición de motivos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995, de 8 de noviembre) indica que *la protección del trabajador frente a los riesgos laborales exige una actuación en la empresa que desborda el mero cumplimiento formal de un conjunto predeterminado, más o menos amplio, de deberes y obligaciones empresariales y, más aún, la simple corrección a posteriori de situaciones de riesgo ya manifestadas.*

La obligación del empresario de garantizar la salud del trabajador es indiscutible, máxime cuando de lo que se habla es de derechos adquiridos por el mismo. Así mismo lo entiende la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, en su artículo 8.11, al considerar como muy graves *los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores.*

Curiosamente, la importancia que se le da hoy en día al acoso laboral hace que sea comentado y estudiado de forma separada y específica, si bien no deja de ser un daño al bienestar de los trabajadores contemplado en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Su innegable actualidad y su auge producen que numerosos autores se especialicen en su investigación. Sin embargo, lo que debe quedar claro es que el empresario tiene el deber de proteger la salud de los trabajadores. Y no se trata de un deber cualquiera, sino de la obligación del empresario de garantizar la seguridad y salud del empleado como una cláusula más de la relación laboral que les une. Generalmente, salvo casos en los que la naturaleza del trabajo a realizar sea de extrema peligrosidad, no acostumbran a redactarse cláusulas contractuales en las que se convenga medida alguna en este sentido, si

⁷²³ SSTs de 11 de noviembre de 2003 (RJ.2003/8289); de 31 de mayo de 2000 (RJ.2000/5089); y de 27 de enero de 1998 (RJ.1998, 551)

bien la obligación del empresario queda implícita, desde el punto de vista de que éste, en caso alguno, podrá poner en peligro la integridad física de ninguno de sus trabajadores.

No obstante, la jurisprudencia⁷²⁴, pese a la insistencia doctrinal,⁷²⁵ venía siendo muy reticente a la hora de conceder la extinción indemnizada por este motivo, si bien los pronunciamientos más recientes comienzan a entender que, si median ciertos requisitos, no existe motivo alguno para no concederla.

Dichos motivos, claro está, tienen que ver con la gravedad y culpabilidad del empresario. Ha de entenderse que para que el trabajador pueda iniciar la acción por vía del art.50ET, el incumplimiento debe traer consigo un verdadero peligro para sí mismo, por lo que las contravenciones de índole administrativo (véase presentación de informes, así como deberes de información que no supongan una negligencia o un peligro inminente para el trabajador) no se considerarán susceptibles de generar la extinción.

Respecto de la culpabilidad, este es sin duda uno de los apartados en que adquiere mayor relevancia, habida cuenta de que, para habilitar el supuesto, debe existir una conducta dolosa por parte del empresario. Por ello, se excluye supuestos en que los daños se hayan producido por una actuación negligente atribuible al trabajador.

En definitiva, la prevención de los riesgos derivados de la actividad laboral deben tener en cuenta *“el concepto legal de riesgo, daño y condición de trabajo; la perspectiva integral y dinámica con la que deben entenderse las políticas*

⁷²⁴ STSJ de Castilla y León, de 8 mayo de 2006 (AS.2006/1842) y SSTS de 25 de noviembre de 2004 (RJ.2005/1058) y de 11 de marzo de 2004 (RJ.2004/3401) si bien en estos dos últimos casos existe además la disyuntiva, que será tratada más adelante, sobre la incompatibilidad de las indemnizaciones laboral y civil.

⁷²⁵ DE MIGUEL LORENZO, ANA M^a. : *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Estudios de Derecho Laboral. Madrid. 1993. Pág.104

ÁLVAREZ GIMENO, R.: *La extinción causal por voluntad del trabajador*. Ed. Comares. 2012. Granada. Pág.180

empresariales de protección a la salud; y la transversalidad del propio proyecto empresarial.”⁷²⁶

3.2. Supuestos no susceptibles del 50.1.b)ET (especial mención a los incumplimientos en materia de Seguridad Social)

Como se indicó en el capítulo anterior, cuando el artículo 50.1.b) habla de la falta de abono del “*salario pactado*”, se refiere única y exclusivamente a este concepto. Por tanto, todas aquellas percepciones que no puedan ser consideradas como tal, no habilitarán la acción por esta vía. Sin embargo, ello no quiere decir que su incumplimiento quede impune o que no exista posibilidad de tutela judicial en lo que a extinción causal se refiere.

El legislador considera que existen dos contravenciones contractuales especialmente sensibles, como son la falta o retraso en el pago del salario y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que atenten contra la dignidad del trabajador. Pero ello no supone que todas las causas se reduzcan únicamente a ellas dos, sino que simplemente han sido destacadas por su vital importancia.

Así, cuando se habla de cantidades adeudadas, conviene realizar un estudio de qué situaciones quedan fuera del segundo de los apartados del artículo 50.

En este sentido es importante tener en cuenta la tendencia del ordenamiento laboral a considerar, *iuris tantum*, cualquier cantidad controvertida, como salarial, si bien para su verdadera determinación se atenderá a la función efectiva de tal remuneración, y no a lo que las partes determinen o aleguen para la misma.

Por otra parte, conviene hacer una reflexión sobre el artículo 26 ET. Del estudio de sus primeros dos apartados se deduce que será salario aquella cantidad que venga a retribuir los períodos de trabajo o descanso y, que no lo serán, las que se

⁷²⁶ Así lo describe, en relación con el accidente *in itinere*, y por tanto con mayor motivo si cabe en la acción preventiva en general GARCÍA BLASCO, J. y PEDROSA ALQUÉZAR, S.I.: *El accidente in itinere. Un enfoque esencialmente preventivo*. Ed. Comares. Granada. 2009. Pág.15

abonen en concepto de suplidos por gastos, prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social o las referidas a suspensiones, traslados o despidos.

Por tanto, unas y otras cantidades son fácilmente apreciables en el ámbito procesal e irán o no por la vía del apartado b) en función de su naturaleza.

Así lo ha entendido la jurisprudencia⁷²⁷, que ha hecho una distinción entre unos conceptos y otros, aceptándose las similitudes que entrañan ambos incumplimientos, que son de naturaleza económica, pero debiendo ser distinguidos por su diversa naturaleza objetiva.

Por consiguiente, pueden encontrarse supuestos que, habiendo sido desestimados por la vía del 50.1.b), han sido estimados por la letra c) en base a que, tratándose de un incumplimiento grave de las obligaciones contractuales, éste no ha podido ser incluido en cualquier otra de las causas de extinción indemnizada.⁷²⁸

Sin embargo, la cuestión radica en ubicar el resto de cantidades que puedan percibirse. Y ello porque, mientras algunos conceptos resultan claros, otros no lo son tanto. Piénsese por ejemplo en las relaciones con la Seguridad Social. Mientras, por una parte, la no satisfacción de las mejoras voluntarias de las prestaciones es un claro incumplimiento⁷²⁹, en cuanto a que suponen una vulneración de un pacto derivado de convenio colectivo, existen otras que no ofrecen un resultado tan fácilmente reconocible.

Es el caso de las obligaciones empresariales de alta y afiliación en la Seguridad Social. El 26.2ET habla de incumplimientos referidos a prestaciones e indemnizaciones como conceptos claramente extra-salariales.

⁷²⁷ STS de 22 de mayo de 1995 (RJ.1995/3995) y de 2 de noviembre de 1996 (RJ.1996/8187).

⁷²⁸ STS de 5 de abril de 2001 (RJ.2001/4885). También STSJ de Valencia de 14 de septiembre. (RJ.2004/3483).

⁷²⁹ GONZÁLEZ DE PATTO, R.M^a.: *La dimisión provocada*. Ed. Comares. 2009. Granada. Pág.195 y VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*. Ed. Civitas. Madrid. 1993. Pág.77

3.2.1. Responsabilidad contractual y extracontractual

Podría pensarse que ciertas contravenciones en materia de Seguridad Social no provienen de las obligaciones contractuales, o que incluso se cometen contra la Administración, y no contra el trabajador. Pues bien, aun aceptando tales hipótesis, es necesario enfatizar en el hecho de que, desde el punto de vista del art.50.1.c) ET, incluso las obligaciones consideradas extracontractuales, pueden ser incluidas en tal supuesto.

En este sentido, el artículo 77 de la Ley General de Seguridad Social, compele al empresario a colaborar, ya sea de forma directa, o en la modalidad de pago delegado, con la satisfacción de las cantidades en concepto de IT, siempre conforme a lo expresado en el art.128 de la misma norma.

Su fundamento en derecho privado proviene del 1258CC, en el que queda sentado que los contratos, una vez perfeccionados, obligan *no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.*

3.2.2. Determinación de la gravedad

A este respecto, a la hora de valorar si la importancia del ilícito reviste una entidad suficiente para ser considerada “incumplimiento grave”, no existen reparos a la hora de utilizar criterios similares a la falta o retrasos en el pago del salario, dado que la naturaleza de ambos incumplimientos reside en obligaciones no satisfechas de índole económica.⁷³⁰

La anteriormente citada STS de 18 de febrero de 2013 calificó de insuficiente el retraso en el pago de las prestaciones y de la mejora voluntaria de incapacidad temporal con un promedio de retraso de dos meses, y declarando el incumplimiento en el supuesto de cuatro.

⁷³⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Aranzadi.2001. Navarra. Pág.81.

En realidad, el fallo viene a reiterar que, entra dentro de la concepción de cualquier otro incumplimiento grave, exigido por el 50.1.c) ET, el haber desatendido “*de forma voluntaria, grave y reiterada*” las obligaciones contraídas, no sólo en virtud de la legislación en materia de Seguridad Social, sino también por convenio colectivo.⁷³¹ No resulta relevante en este sentido la naturaleza jurídica de las obligaciones incumplidas o su carácter de contractual o extracontractual. Más aun cuando, como en este caso, la obligación proviene de una fuente del derecho laboral, como lo es el convenio colectivo, recogida en el 3.1ET y, más aun en este caso, donde lo que se pretende con la mejora voluntaria es acercar la cantidad finalmente recibida por el trabajador, al salario que hubiera percibido en una situación normal y extendiendo, como se ha dicho anteriormente, en base al art.1258CC, las obligaciones contractuales, no sólo a las pactadas en el contrato, sino también a todas aquellas que puedan derivarse del mismo.

No obstante, a modo de síntesis, conviene recordar los tres requisitos más relevantes en materia de incumplimientos dinerarios, que se han ido perfeccionando a través de la doctrina y jurisprudencia. Requisitos que, si bien ya se han expuesto al hablar del 50.1.b), deben ser aplicados al caso concreto, a saber:

- Prolongación en el tiempo del acto de incumplimiento
- Cuantía del mismo
- Distanciamiento y fecha de pago⁷³²

⁷³¹ STS de 2 de noviembre de 1996 (RJ.1996/8187). También en este sentido las También SSTS de 19 de diciembre de 2006 (RJ.2007/1006) y de 22 de mayo de 1995 (RJ.1995/3995) así como las SSTSJ de la Comunidad Valenciana, de 24 de julio de 2012 (AS.2012/2894) y de 11 de enero de 2006 (AS.2006/918); de Murcia, de 13 de diciembre de 2010 (AS.2011/739); de Castilla y León, de 23 de julio de 2010 (AS.2010/2234); de Extremadura, de 17 de mayo de 2006 (AS.2006/1716); y de Madrid, de 18 de abril de 2006 (AS.2006/1775).

⁷³² ÁLVAREZ GIMENO, R.: *La extinción causal por voluntad del trabajador*. Ed. Comares. 2012. Granada. Pág.173

3.2.3. Supuestos específicos

a) Alta y afiliación

En este sentido, existe una parte de la doctrina que opina que tales incumplimientos, aun no siendo de naturaleza contractual, se producen debido a la existencia de un vínculo laboral previo, motivo por el cual no pueden desgajarse sin más ambos extremos.⁷³³

No obstante, opino que tales obligaciones, aunque evidentemente no existirían de no haber relación laboral previa, no pueden ser llevadas al ámbito de lo contractual, puesto que se trata de un deber del empresario frente a la Administración y, de forma colateral, respecto del trabajador.

En cualquier caso, dicha discusión no debería llevar a error respecto de la aplicabilidad del apartado c), dado que, como se indicó con anterioridad, el precepto engloba incumplimientos graves, independientemente de que tales contravenciones tengan naturaleza contractual o extracontractual.

b) Incapacidad Temporal

La incapacidad temporal es la situación transitoria que impide a un trabajador ejercer sus funciones, a causa de una enfermedad común o profesional o a un accidente, ya sea o no de trabajo. Durante este tiempo, si cumple los requisitos en cuanto a características del hecho causante o período de carencia exigido, el trabajador recibirá dicha prestación.

Respecto al abono de la misma, en casos de enfermedad común o también en accidentes no laborales, el abono de la prestación entre los días cuarto y decimoquinto de la baja corresponde al empresario, mientras que a partir de ese momento lo hará por pago delegado de la Seguridad Social, que posteriormente lo compensará en las correspondientes liquidaciones.

⁷³³ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Aranzadi.2001. Navarra. Pág.95.

De este modo, lo primero que es necesario aclarar es que tal concepto no corresponde a ninguna retribución de carácter salarial. Esta situación conlleva que, a la hora de incardinar la posibilidad de la extinción causal, sea imposible hacerlo por la vía del 50.1.b) ET. No obstante, es innegable que ambos conceptos, salario y prestación por IT, tienen ciertas similitudes, motivo por el cual, como más tarde se verá, hace que ciertos requisitos sean aceptados por la jurisprudencia indistintamente. No debe olvidarse que, si el salario es la retribución más importante que, por norma general, recibe el trabajador, la prestación de la que se habla es simple y llanamente la sustituta de la misma y, por tanto, principal sustento del empleado.

Sin embargo, sí debe recordarse previamente que cualquier incumplimiento que sea sustancial o atente contra la naturaleza misma del contrato, será susceptible de la extinción indemnizada. Por tanto, y pese a que se trata de una obligación asumida, en parte, por la Administración Pública, no obsta para que sea negada la entidad del incumplimiento.

c) Las mejoras voluntarias

Mediante contrato individual o negociación colectiva, empresario y trabajador pueden establecer una serie de mejoras sobre las prestaciones que, en su caso, recibiría el trabajador en situaciones como, por ejemplo, la Incapacidad Temporal. Obviamente, la naturaleza de estos abonos responde a la autonomía de la voluntad de ambas partes y no puede dársele en ningún caso la consideración de salarial, dado que no retribuye labor alguna por parte del trabajador.

En este sentido, el pago delegado de la prestación es una obligación contenida en la LGSS y afecta a cualquier tipo de contrato de trabajo. No obstante, y dejando claro que ni uno ni otro concepto tienen naturaleza salarial, por lo que no cabrá acción ex art.50.1.b)ET, la más reciente jurisprudencia ha defendido que, dándose el necesario requisito de gravedad, que será analizado en el siguiente epígrafe, corresponde al trabajador la facultad de accionar y, en su caso obtener, la tutela judicial por la vía del apartado c), sin importar siquiera que ambas partes

discrepen respecto de las cantidades adeudadas o la cuantía de la mejora pactada.⁷³⁴

3.2.4. Evolución jurisprudencial

Sin embargo, el criterio de los tribunales al respecto ha ofrecido muchas dudas sobre la aplicación del artículo 50 en supuestos de IT. Dudas que, afortunadamente, han quedado solucionadas.

La controversia se debía a que, dado que se está ante un tipo de impago, existía una corriente bastante extendida que llevaba a los demandantes a optar por el 50.1.b), ya fuera por la inseguridad que les causaba acudir a una cláusula de cierre, o bien por la aplicación analógica del precepto.

De ahí que en numerosos fallos, los pronunciamientos fueran esquivos para con los intereses de los trabajadores. Técnicamente, el segundo de los apartados del precepto es meridianamente claro, única y exclusivamente es aplicable a impagos o retrasos en el pago del salario. Por tanto, queda claramente excluido cualquier otro ilícito, incluso aquellos que, como en el caso de las prestaciones por pago delegado, posean una naturaleza similar como lo es una deuda económica.

A tales efectos, supuso un cambio radical la SSTS 2-11-1996⁷³⁵, en que se planteaba recurso de casación para unificación de la doctrina por un supuesto en

⁷³⁴ STS de 18 de febrero de 2013 (RJ.2013/2123), y del mismo modo las SSTSJ de Aragón, de 22 de marzo de 2012 (AS.2012/1925), de Castilla-La Mancha, de 22 de marzo de 2012 (AS.2012/1021) y de Castilla León, de 22 de marzo de 2012 (AS.2012/903); de Extremadura, de 13 de diciembre de 2011 (AS.2011/3141) y de la Comunidad Valenciana, de 22 de noviembre de 2011 (AS.2012/1429), de 8 de abril de 2008 (AS.2008/1688) y de 11 de enero de 2006 (AS.2006/918).

En la Sentencia citada en primer término, y de gran relevancia en el ámbito práctico, se establece un criterio objetivo de 4 mensualidades de retraso o impago, utilizado ya para los supuestos de impago de salarios. Si bien se trata de cantidades de diversa naturaleza, el hecho de que el supuesto corresponda a incumplimientos de naturaleza económica hace muy recomendable su utilización también para estos casos, como reconocía y exigía una gran parte de la doctrina. Así, entre otros, ÁLVAREZ GIMENO, R.: *La extinción causal por voluntad del trabajador*. Ed. Comares. Granada. 2012. Pág.175. GONZÁLEZ DE PATTO, R.Mª.: *La dimisión provocada*. Ed. Comares. Granada. 2009. Pág.356. SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Aranzadi. Navarra. 2001. Pág.95 VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*. Ed. Civitas. Madrid. 1994. Págs.77ss

que una trabajadora no había recibido el pago delegado por parte de la empresa tras una situación de IT.

El Alto Tribunal consideró, finalmente, que no cabía aducir el apartado b), por lo acotado de su objeto, por lo que debía plantearse si podía estarse a lo dispuesto en el 50.1.c). Ante tal supuesto, se plantea de nuevo la disyuntiva ante la responsabilidad por parte del empresario en aspectos que trascienden a lo contractual.

Si bien con anterioridad he expuesto mi opinión, considero muy destacable la referencia que la sentencia hace al artículo 1258CC, por lo ilustrativo de su redacción. Así, cabe recordar que *“los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”*.

Carecería de lógica alguna el hecho de aceptar que el empresario está única y exclusivamente obligado a cumplir aquello que se pactó en el contrato, del mismo modo que el trabajador tiene obligaciones que respetar y que raramente aparecen en el acuerdo, tales como la buena fe, la diligencia y demás obligaciones recogidas en el Estatuto de los Trabajadores.

De esta manera, aun en el caso de la prestación por IT, tanto si se trata del pago que ha de realizar el empresario, como de los períodos en que ha de hacerlo mediante la modalidad de pago delegado, éste está ante una obligación “ex lege” que debe ser satisfecha, y cuya contravención supone un incumplimiento grave.

Tanto es así que la sentencia consideró la conducta como atribuible al art.50.1.c) al ser voluntaria, grave y reiterada, manifestando de este modo, una deliberada

⁷³⁵SSTS de 19 diciembre de 2006 (RJ.2007/1006); de 2 noviembre de 1996 (RJ.1996/8187) y de 22 de mayo de 1995 (RJ.1995/3995). SSTSJ de la Comunidad Valenciana, de 24 de julio de 2012 (AS.2012/2894); de Castilla León, de 22 de marzo de 2012 (AS.2012/90); de Castilla la Mancha, de 22 de marzo de 2012 (AS.2012/1021); de Murcia de 13 de diciembre de 2011 (AS.2011/739); de Castilla-León, de 23 de julio de 2010 (AS.2010/2234); de Extremadura, de 17 de mayo de 2006 (AS.2006/1716); de Madrid, de 18 de abril de 2006 (AS.2006/1775) y de la Comunidad Valenciana, de 11 de enero de 2006 (AS.2006/918).

voluntad obstructiva al cumplimiento de obligación de anticipar el pago de la prestación de incapacidad temporal (...)

En definitiva, dicha sentencia supuso un antes y un después respecto al tratamiento recibido por la Incapacidad Temporal a efectos de su consideración como causa extintiva, en caso de incumplimiento por parte del empresario. No obstante, los pronunciamientos son, evidentemente, múltiples.⁷³⁶

La conclusión que debe extraerse es que, si bien ciertas obligaciones en materia de Seguridad Social no son, en primer término, derechos de afectación⁷³⁷ directa al trabajador, ello no quiere decir que no guarden una estrecha relación con el mismo. Piénsese, tal y como apuntan CAVA MARTÍNEZ y SEMPERE NAVARRO, que dentro del propio ordenamiento laboral existen supuestos en que sí se producen ciertas consecuencias para con la situación laboral del empleado.⁷³⁸

4. La negativa a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo

El final del apartado c) del artículo 50ET finaliza haciendo referencia a *la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de*

⁷³⁶ SSTs de 19 diciembre de 2006 (RJ.2007/1006); de 19 de julio de 2002 (RJ.2002/10645) y de 22 de mayo de 1995 (RJ.1995/3995). SSTSJ Castilla-La Mancha, sentencia núm. de 22 marzo de 2012 (AS.2012/1021) e igualmente de 22 de marzo de 2012 (AS.2012/903); de C. Valenciana, de 24 julio de 2012 (AS.2012/2894); de Castilla y León, de 23 julio de 2010 (AS.2010/2234); de Murcia, de 13 diciembre de 2010 (AS.2011/739); de Extremadura, de 17 mayo de 2006 (AS.2006/1716); de Madrid, de 18 abril de 2006 (AS.2006/1775) de C. Valenciana, de 11 enero de 2006 (AS.2006/918); de Cataluña, de 22 junio de 2001 (AS.2001/3512), de 16 noviembre de 2000 (AS.2001/30683) y de 3 de noviembre (AS.2000/3772); de Andalucía, de 15 de septiembre de 2000 (AS.2001/68832); y de Castilla-La Mancha, de 19 enero de 1998 (AS.1998/444)

⁷³⁷ VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*. Ed. Civitas. Madrid. 1994. Pág.78.

⁷³⁸ Baste con pensar en el artículo 15.2ET en que se manifiesta que, adquirirán la condición de trabajadores fijos, aquellos empleados que no hubieran sido dados de alta, una vez transcurrido un plazo igual al que hubiera podido proceder para el período de prueba. CAVAS MARTÍNEZ, F. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Jurisprudencia Social Unificada*. Enero-Marzo 2013. Aranzadi Thomson Reuters. Pamplona. 2013. Pág.78.

trabajo. Se encuentra de nuevo, al igual que en el caso del apartado b) del mismo artículo, una nueva forma de ejemplificación que, por su relevancia, es resaltada dentro del propio precepto de manera expresa.

Esta puntualización fue incluida en el Estatuto de los Trabajadores por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, y va dirigida, principalmente, a cumplir y a hacer cumplir a los empresarios con las sentencias judiciales que se producen.

No se trata de un precepto sencillo, es más, algunos autores lo han calificado directamente de “complejo”⁷³⁹, teniendo en cuenta que para su aplicación deben sucederse una serie de pasos que serán comentados a continuación.

4.1. La conducta recogida en el 50.1.c)

La razón que ampara la inclusión de esta posibilidad viene dada por la vulneración de las sentencias que declaren nulas las modificaciones operadas en virtud de los artículos 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores.

No obstante, conviene no confundir conceptos pues lo que aquí se analiza no es si una conducta es grave, culpable o si atenta contra la dignidad profesional del trabajador. Estos extremos son los que se han estudiado a la hora de definir qué situaciones encontrarían acomodo en el 50.1.a) ET. Son ilícitos caracterizados por su cualificación o especial gravedad y que superan el ámbito de lo establecido en lo referido a modificaciones sustanciales. Este hecho ya ha sido valorado previamente por un tribunal que, además, ha fallado en contra de las tesis del empresario.

Así, en este caso, de lo que se trata no es de una acción concreta sino de un proceso incumplidor por parte del empresario que, habiendo sido compelido por el juez a reintegrar al trabajador en las anteriores condiciones a la conducta ilícita, decide no hacerlo, obviando la decisión judicial.

⁷³⁹ ÁLVAREZ GIMENO, R.: *La extinción causal por voluntad del trabajador*. Ed. Comares. 2012. Granada. Pág.150 y SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *La indemnización por Daños y Perjuicios en el Contrato de Trabajo*. Thomson Aranzadi. Segunda edición. Navarra. 2011. Pág.91

La razón de que la calificación del ilícito como un proceso es que, para que se dé tal incumplimiento, deben mediar una serie de actuaciones:

- En primer lugar la empresa debe acometer una modificación contractual sustancial referida a los motivos contenidos en los artículos 40 y 41ET. Como es de sobra conocido, tales circunstancias pueden versar sobre variaciones de ámbito geográfico así como de la lista comprendida en el artículo 41.
- En segundo lugar, dichas actuaciones han de ser calificadas como contrarias a derecho por un tribunal, por lo que debe mediar una acción que las impugne y un reconocimiento judicial. Deben por tanto, ser declaradas injustificadas. No existe, no obstante, unanimidad a la hora de respaldar o no la posibilidad de atacar por esta vía los casos de nulidad.⁷⁴⁰
- Finalmente, debe existir una conducta dolosa y contraria a la aplicación del fallo por parte del empresario, que se niegue obstinadamente en el cumplimiento de la sentencia.

4.2. *Especificidad del precepto*

Llegados a este punto resulta necesario plantearse, dado que el legislador ha querido tratar este punto de manera tan concreta, si era necesario especificar tal conducta dentro de un artículo que, ya de por sí, es extremadamente abierto, dado que se trata de una cláusula de cierre.

No parece que se trate de una situación en que el ordenamiento laboral recele ante la posibilidad de encontrarse con una laguna jurídica. Es más, considero que si tal anotación final no existiera, el destino de las demandas por este motivo sería, del mismo modo, el apartado c). Considero que la expresión “*cualquier*

⁷⁴⁰ Si bien tales discusiones han de ser revisadas a la luz de la promulgación de la LRJS que, en su artículo 138, que se refieren específicamente al caso concreto. Así, en su apartado 8 se establece que *cuando el empresario no procediere a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo o lo hiciere de modo irregular, el trabajador podrá solicitar la ejecución del fallo ante el Juzgado de lo Social y la extinción del contrato en base al 50.1.c) ET. y, posteriormente en el apartado 9, que si la sentencia declara la nulidad de la actuación empresarial, el trabajador podrá instar la ejecución de acuerdo con el precepto anterior.*

otro incumplimiento grave” es más que suficiente para regular la negativa del empresario a la incorporación del trabajador en las anteriores condiciones. Más aun cuando, al contrario que en otros supuestos, no existe posibilidad alguna de hacerlo por cualquiera de las otras dos vías por lo que, dado que la propia razón de ser de la cláusula de cierre es abarcar el máximo posible de casuística, parece complejo que ésta fuera a quedarse al margen de la regulación.

Debe por tanto llegarse a la conclusión de que, al igual que sucedía con el impago o retraso en los salarios, lo que sucede es que el legislador, por razones principalmente sociales, o simplemente por tratarse de conductas que se dan reiteradamente, decidió darle una especial trascendencia. Efectivamente, lo que se encuentra aquí no es un simple incumplimiento, o al menos no únicamente, sino también una manifiesta desobediencia a las resoluciones judiciales. En definitiva, lo que pretende el legislador es, de una parte, proteger al trabajador como parte débil de la relación laboral y, por otra, cumplir con el deber constitucional del 118CE que obliga, no sólo a cumplir con las sentencias judiciales firmes de jueces y tribunales, sino también a prestar la colaboración que sea necesaria.

En cualquier caso y, en mi opinión, se está únicamente ante un ejemplo más de las innumerables conductas susceptibles de ser incluidas junto con los demás incumplimientos graves llevados a cabo por el empresario y que no corresponden a las letras a) y b) del precepto.

4.3. Conducta empresarial

A la hora de juzgar cuál debe ser el comportamiento para que la conducta se considere ilícita, de nuevo es necesario detenerse respecto de los aspectos de gravedad y culpabilidad.

A través del análisis de la regulación de la extinción indemnizada se ha podido ver que estos dos requisitos operan de forma distinta según sea el ilícito que se estudie.

Del mismo modo, en este caso subyacen ciertas peculiaridades derivadas del hecho de que, en este caso, se requiere una conducta activa por parte del empresario.

En primer lugar, respecto de la gravedad de la actuación, ésta es, a mi modo de ver, inseparable de la conducta. No debe olvidarse que el supuesto de hecho incluye dos actuaciones ilícitas: la primera, tomar una decisión contraria a derecho respecto de las condiciones laborales pactadas al inicio de la relación laboral y; la segunda y más grave, hacer caso omiso de la resolución judicial que ordena reponer la situación anterior a que la decisión fuera tomada.

Es por ello que parte de la jurisprudencia considera que la gravedad va implícita en la conducta y no es necesario hacer una valoración más profunda al respecto⁷⁴¹ dado que el rechazo a una sentencia judicial y a su ejecución tienen ya de por sí suficiente entidad.

En segundo lugar, la culpa empresarial ofrece siempre mayores dificultades si bien, en el caso concreto, se está ante un supuesto de hecho en que el demandado es plenamente consciente de su conducta y de la ilegalidad que está cometiendo. Parece difícil separar la culpabilidad empresarial de la no reincorporación del trabajador en sus anteriores condiciones, por cuanto es el propio empresario el encargado de asignárselos, en su persona o en la de responsables de la empresa directamente dependientes de él mismo.

La cuestión reside, no obstante, en valorar qué ocurre cuando restituir al trabajador en sus anteriores condiciones deviene imposible o cuando la situación de la empresa no lo permite.⁷⁴²

⁷⁴¹ SSTSJ de Cataluña de 29 septiembre de 2008 (AS.2008/2966); de TSJ Castilla y León, de 26 julio de 2005 (AS.2005/2069) y de 26 de mayo de 2004 (AS.2004/2158).

⁷⁴² Así la STS de 12 de julio de 1988 (RJ.1988/5801); de TSJ de Madrid de 24 octubre 1989 (AS.1989/1959). También la STSJ de Extremadura, de 26 de mayo de 1997 (AS.1997/1391) que resulta muy interesante al indicar que la reincorporación al puesto de trabajo debe atemperarse *a la realidad objetiva de hacerla posible y compatible con la situación de hecho existente en el momento de su exigencia*. En mi opinión, no obstante, desacertada, pues supone obligar al trabajador a una renuncia de los derechos adquiridos en la firma del contrato de trabajo.

En mi opinión, ni siquiera en este sentido sería viable negar la culpabilidad del empresario. La situación estructural o financiera de la empresa no es atribuible al trabajador mientras que la modificación ilegal y el incumplimiento sí lo son al empresario. Si se concede tal licencia al empresario éste puede tender a la amortización del puesto o a la reestructuración de la plantilla a fin de hacer difícil la reincorporación del trabajador. Es por ello que, ante una eventual imposibilidad de retornar al empleado a sus anteriores condiciones, el empresario debe hacer un esfuerzo para que su situación laboral sea lo más similar a la anterior. Por tanto, y salvo casos en que concurra fuerza mayor u otros sucesos imprevisibles, considero que no ha de valorarse la atenuación de la responsabilidad del empleador en lo que a su culpabilidad se refiere.

**CAPÍTULO XIII: LOS REQUISITOS COMUNES A TODAS LAS
FIGURAS DEL ART.50ET**

CAPÍTULO XIII: LOS REQUISITOS COMUNES A TODAS LAS FIGURAS DEL ART.50ET

1. La generalidad en las conductas habilitantes de la extinción causal

Tras el análisis de las diversas causas de extinción causal contenidas en el artículo 50ET, en que principalmente se han estudiado sus diferencias y los supuestos en que cabría la aplicación de una u otra opción, es momento de observar aquellos requisitos comunes que afectan indistintamente a cualquiera de los supuestos expuestos.

No cabe duda de que, por la peculiaridad de cada una de las conductas, existirán matices e interpretaciones propias de cada una, si bien la interpretación común ayudará al mejor entendimiento de las mismas.

Y de entre estos puntos comunes, destacan principalmente dos: la necesidad de permanencia en la empresa tras la solicitud de extinción antes los tribunales, y los requisitos de gravedad y culpabilidad.

2. Necesidad de permanencia en la empresa

2.1. Regla general

A lo largo del trabajo ya he ido avanzando la necesidad, podría incluso decirse que en algunos momentos del laboralismo español, hasta la obligación, de que el empleado permanezca en el ejercicio de sus funciones, no sólo en el momento de interponer la demanda, sino incluso hasta el momento del fallo judicial.

Mucho se ha hablado a este respecto y lo cierto es que no son pocos los que cuestionan esta situación. Generalmente, cuando un trabajador ejercita la acción extintiva se produce una situación transitoria compleja en las relaciones que le

vinculan jurídicamente con la empresa e incluso en el ámbito social con compañeros y superiores.

Sin embargo, lo cierto es que resulta difícil, el pretender un efecto extintivo derivado de la iniciación del procedimiento ex art.50ET.⁷⁴³

Esta situación se da teniendo en cuenta que, como se ha apuntado, la extinción causal no es un derecho de autotutela del trabajador. Su voluntad extintiva manifestada externamente, a diferencia de lo que ocurría en los casos de la dimisión y el abandono, únicamente será efectiva cuando así lo decida un juez. Ha de pensarse que en este caso lo que se cuestiona es un comportamiento o decisión empresarial y ello desde el prisma, siempre subjetivo, de una de las partes.

Conviene detenerse en la distinción entre dimisión y extinción causal y sus efectos. Mientras que la primera es una declaración de voluntad unilateral, que obedece a la voluntad exclusiva del trabajador⁷⁴⁴, y en que no es necesaria la convalidación de la otra parte o del juez para su eficacia plena, es decir tiene efectos constitutivos, en el supuesto de la extinción causal es la sentencia la que produce tales efectos.⁷⁴⁵

La diferencia es clara, a su vez, respecto de los supuestos del art.40 y 41ET, donde, efectivamente existe un derecho de tipo automático para el trabajador,

⁷⁴³ DURÁN LÓPEZ, F., “Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido”, en Relaciones Laborales, 1990. Nº11.Pág.374 RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. *La voluntad del trabajador en la extinción del Contrato de Trabajo*. Ed. La Ley-Actualidad. Madrid. 1998. Pág.211. VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*. Ed. Civitas. Madrid. 1993. Pág.106

⁷⁴⁴ RODRÍGUEZ SANTOS, E. *La extinción de la relación laboral por dimisión del trabajador*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007. Pág.173. DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. I. Ed. Cívitas 2007-2010 (2010). Madrid. Pág.75

⁷⁴⁵ SSTs de 22 de mayo de 2000 (RJ.2000/4623); de 11 de marzo de 1998 (RJ.1998/2561); de 18 de julio de 1990 (RJ.1990/6425) y de 12 de julio de 1989 (RJ.1989/5461). SSTSJ de Madrid, de 18 de enero de 2010 (AS.2010/1269) y de 31 de octubre de 2006 (AS.2007/558); de Galicia de 25 de octubre de 2005 (AS.2006/510) y de 26 de marzo de 2004 (AS.2004/140979); y de La Rioja, de 27 de julio de 2000 (AS.2000/4070).

cuyos efectos se manifiestan desde el momento en que transmite su deseo de abandonar la empresa.

Aquí, sin embargo, se pretende obtener una indemnización mayor dado que la conducta empresarial reviste características tales como la gravedad y la culpabilidad, es decir, ser de tipo cualificado. El carácter constitutivo de la sentencia da aun más valor a la regla general que exhorta al trabajador a no abandonar su puesto de trabajo hasta finalizado el procedimiento y que exista sentencia firme.

Por ello es necesario plantearse, a estos efectos, la diferencia de tratamiento operada por la legislación laboral entre los supuestos de despido y extinción por iniciativa del trabajador. Mientras que el empresario puede extinguir la relación laboral ante los incumplimientos del trabajador por la vía del despido disciplinario del art.54ET, el trabajador debe esperar a la resolución judicial.

En este sentido, las situaciones no son, a mi modo de ver, idénticas. Como se ha venido diciendo los equivalentes al despido disciplinario, en cuanto al hecho de que se desplieguen efectos sin necesidad de intervención judicial, podrían ser los artículos 40 y 41ET, en que la extinción laboral no ha de ser confirmada por el Tribunal.

Ha de decirse, no obstante, que evidentemente el despido disciplinario, que entra dentro del poder punitivo del empresario, es recurrible ante la jurisdicción laboral, si bien parece que, efectivamente, ante los dos supuestos más gravosos de incumplimiento de parte recogidos en los artículos 50 y 54ET, la legislación no concibe una misma solución, lo cual no deja de ser paradójico, teniendo en cuenta que, si para el primero se alega en ocasiones el principio de conservación de los contratos y la imposibilidad de dejar en manos de una de las partes el destino del vínculo jurídico, lo mismo pudiera argumentarse en el segundo caso.

Podría decirse incluso que los supuestos que produce el despido disciplinario acostumbran a derivar en situaciones insostenibles dentro del ámbito de la empresa. Pues bien, lo mismo ocurre en el caso de la extinción causal, y es por

ello que existe una regla general de permanencia en la empresa y, como se verá a continuación, excepciones a la misma.

En cualquier caso, parece claro que la motivación de la permanencia en la empresa es que, de no aceptarse las tesis del trabajador, si éste hubiera extinguido por su cuenta, se encontraría con que el juez no podría extinguir un contrato ya finalizado, y éste se vería en una situación incluso peor habiendo de renunciar a derechos tales como el de la pérdida de la indemnización y de la protección por desempleo.⁷⁴⁶

No cabe, por tanto, duda alguna de que, por regla general, el trabajador debe permanecer en la empresa durante el lapso de tiempo que transcurra entre la emisión de la voluntad extintiva y la decisión judicial⁷⁴⁷. De lo contrario, pudiera estarse ante un abandono del puesto de trabajo.

¿Supone esta afirmación que en ningún caso será posible dejar el puesto de trabajo de forma anticipada respecto de la decisión judicial?, ¿Qué ocurre si el incumplimiento del empresario es flagrante y de una naturaleza tal que hiciera imposible la convivencia en el centro de trabajo?

2.2. *Excepciones a la regla general*

La respuesta a la anterior pregunta ha de ser, en principio, negativa. Sin embargo, la jurisprudencia viene siendo absolutamente restrictiva a la hora de valorar qué hechos habilitan al trabajador para poder dejar su puesto de trabajo con carácter previo a la resolución judicial.⁷⁴⁸

El fundamento de dicha tendencia es sin duda el hecho de que no puede extinguirse una relación que, de facto, ya se ha extinguido. De lo contrario, se

⁷⁴⁶ DE MIGUEL LORENZO, ANA M^a. : *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Estudios de Derecho Laboral. Madrid. 1993. Pág.119

⁷⁴⁷ SSTs de 23 junio (RJ.1983/3041) y de 14 de febrero (RJ.1983/587) de 1983. STS de 12 de diciembre de 1984 (RJ.1984/6367). STS de 18 de septiembre de 1989 (RJ.1989/6455). STS de 23 de abril de 1996 (RJ.1996/3403). STSJ de 27 de mayo (RJ.1997/1594) y de 1 de julio (RJ.1997/3178) de 1997.

⁷⁴⁸ SSTSJ de Asturias, de 5 octubre de 2001(AS.2001/3765); de Murcia, de 8 de enero de 2001 (AS.2001/81539); y de Madrid, de 27 de mayo de 1997 (AS.1997/1594).

estaría dando al trabajador una facultad resolutive que incluiría una indemnización en su favor. Considera el legislador que para llevar a cabo una extinción inmediata se ofrece la figura de la dimisión (49.1.d).

A fin de aclarar las dudas que la legislación producía acerca de la posibilidad o no del trabajador de dejar su puesto de trabajo sin renunciar a ningún derecho ni acometer un abandono, la LRJS, en su artículo 79.7 reguló que podían acordarse las medidas cautelares que habilita el artículo 180 cuando la actividad empresarial afectare a *la dignidad o la integridad física o moral de trabajador, pueda comportar una posible vulneración de sus demás derechos fundamentales o libertades públicas o posibles consecuencias de tal gravedad que pudieran hacer inexigible la continuidad de la prestación en su forma anterior.*

Por diversas razones, en ocasiones resulta imposible cumplir el requisito de permanencia en la empresa durante el período que transcurre entre la declaración de voluntad extintiva del trabajador y la sentencia firme por parte del juez. Baste pensar que, únicamente por el hecho de haber expresado el propósito de cesar de las funciones que le son propias en la empresa, la situación del trabajador ya es de por sí un tanto peculiar, ya que se ve compelido a mantener una situación que considera injusta y que ha supuesto su decisión de demandar a la empresa.

No obstante, el mero hecho de la interposición de la demanda no le faculta a dejar de cumplir con sus funciones. Más bien, la jurisprudencia⁷⁴⁹ se refiere a supuestos excepcionales, casos que exceden de la “*mera incomodidad*”⁷⁵⁰ y que hacen de la convivencia en el seno de la empresa un hecho insoportable e incluso denigrante para el trabajador.

El problema surge a la hora de determinar las consecuencias de los dos posibles pronunciamientos judiciales.

⁷⁴⁹ SSTS de 23 de abril de 1996 (RJ.1996/3403); de 18 de julio de 1990 (RJ.1990/6425); y de 18 de septiembre de 1989 (RJ.1989/6455). SSTSJ de Andalucía, de 10 de septiembre de 2002 (AS.2002/3734); y de Madrid, de 27 de mayo de 1997 (AS.1997/1594). STCT de 5 de mayo de 1988 (AC.1988/2915)

⁷⁵⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Aranzadi. Navarra. 2001. Pág.49

En primer lugar, si los tribunales entienden que no concurren las causas justificativas de la extinción causal la situación para el trabajador es ciertamente peligrosa. Sus posibilidades van desde la sanción disciplinaria correspondiente a ausencias injustificadas a su puesto de trabajo y funciones, a las constitutivas de un supuesto de despido disciplinario o incluso a la calificación de la conducta como de abandono del puesto de trabajo.

Como ya se ha comentado, los efectos constitutivos de la extinción causal provienen de la sentencia, pero los derivados de la dimisión provienen de la manifestación de la voluntad extintiva y la recepción del empresario de tal decisión.

En segundo lugar, en cambio, existe la posibilidad de que el juez atienda los motivos esgrimidos por el trabajador y considere conforme a derecho la cesación anticipada de la prestación de servicios, dada la imposibilidad manifiesta o los posibles perjuicios que pueda sufrir el trabajador.

En este caso, si bien es claro que el trabajador recibirá la indemnización pretendida la duda surge al analizar qué ocurrirá con el tiempo transcurrido desde que cesó de su actividad hasta que hubo un pronunciamiento.

Mientras algunos autores⁷⁵¹ consideran que se está ante un supuesto de interrupción del contrato de trabajo en que el empleado mantendría todos sus derechos, especialmente el de recibir el salario, existe también la posibilidad de que sea considerado dicho lapso como de suspensión del contrato de trabajo⁷⁵².

En mi opinión, el trabajador debería conservar sus derechos salariales, dado que su no asistencia al puesto de trabajo viene determinada por situaciones imputables a la empresa y ajenas a su voluntad. Más aun cuando, de no ser así,

⁷⁵¹ VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*. Ed. Civitas. Madrid. 1993. Pág.113.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Aranzadi. Navarra. 2001.. Pág.49

⁷⁵² PENDAS DÍAZ, B *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Madrid: ed. ACARL. Segunda edición. 1992. Pág.171. GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: *La terminación del contrato por voluntad del trabajador*, Universidad de Palma de Mallorca, 1983. Pág.121

no sólo perdería el derecho a la percepción del salario sino también a las indemnizaciones previstas, teniendo en cuenta que el desistimiento causal se convertiría en dimisión. No cabe olvidar que la jurisprudencia exige motivos de gran relevancia para justificar el cese prematuro y no únicamente situaciones de incomodidad o simples desavenencias con la empresa y los compañeros.

Motivos tales como la carga física o psíquica⁷⁵³. En ocasiones incluso tal carga puede ser de tipo económico⁷⁵⁴. Recuérdense los supuestos expuestos en el capítulo relativo al 50.1.b) ET respecto de las situaciones en que el trabajador, sufriendo impagos o retrasos reiterados, recibe una propuesta laboral de otra compañía. O simplemente por el hecho de que el salario es el principal sustento del trabajador y generalmente, la fuente de ingreso con que afronta sus gastos cotidianos. La situación en que se encuentra, pues, pasa, en términos jurisprudenciales, de incómoda a insoportable.

En cualquier caso, y pese a lo estricto del razonamiento de los tribunales a la hora de exigir la permanencia del trabajador en el seno de la empresa, lo cierto es que en ocasiones la posibilidad de permanecer en el puesto de trabajo es simplemente imposible, por lo que ha de atenderse al caso concreto, con las dificultades interpretativas que ello suscita.⁷⁵⁵

Sin embargo, en mi opinión se trata de una regulación un tanto injusta para con el trabajador. Resulta complejo el entender que, de una modificación sustancial devenga una voluntad extintiva de efectos constitutivos, mientras que una modificación sustancial cualificada por su culpabilidad y gravedad, y por su ataque a la dignidad profesional del trabajador no los tenga.

Del mismo modo, resulta en exceso gravoso para el trabajador el mantenerse en su puesto de trabajo cumpliendo con sus funciones cuando el empresario no

⁷⁵³ GONZÁLEZ DE PATTO, R.M^a. : *La dimisión provocada*. Ed. Comares. Granada. 2009. Pág.146

⁷⁵⁴ STS de 17 enero de 2011. (RJ.2011/532). SSTSJ de la Comunidad Valenciana, de 15 de enero de 2013 (AS.2013/270); de Murcia, de 27 de julio (AS.2012/316963) y 9 de abril de 2012 (AS.2012/146725); de Cataluña, de 15 de septiembre de 2011 (AS.2011/2833); de Galicia, de 20 de abril de 2011 (AS.2011/208347), y de Castilla y León de 24 de noviembre de 2010 (AS.2011/647)

⁷⁵⁵ Piénsese, no sólo en supuestos de malos tratos, vejaciones... sino también en supuestos como el de los trabajadores contratados temporalmente que, por razones obvias, no mantendrán la prestación de servicios dado que su contrato expiró antes del pronunciamiento judicial.

retribuye sus servicios, siéndole imposible obtener cuando menos la prestación por desempleo para hacer frente a sus necesidades más básicas. En conclusión, y haciendo una visión un tanto más general del precepto, considero que el requisito de pervivencia de la relación laboral debería existir únicamente hasta el momento de la demanda. A partir de aquí pueden plantearse otras opciones como la suspensión o la interrupción, que serán detalladas a continuación y que el legislador ha tenido muy en cuenta en la redacción de la LRJS. Pero lo cierto es que, y siempre desde mi punto de vista, se trata de un requisito jurisprudencial muy perjudicial para el trabajador teniendo en cuenta, por una parte, que la percepción salarial acostumbra a ser la principal fuente de ingresos del empleado por cuenta ajena y, por otra, que la legislación laboral no hace ninguna exigencia al respecto.

2.3. Permanencia de los contratos

A pesar de lo dicho anteriormente, lo cierto es que, en mi opinión, la línea que siguen los tribunales en este sentido se explica teniendo en cuenta dos extremos:

En primer lugar, lo cierto es que el orden civil es contrario a la supeditación de la continuidad de las relaciones a la voluntad de una de las partes (art.1256CC). No tanto así el orden laboral en que, al tratarse de contratos de tracto sucesivo en que la posición de los vinculados no es de igualdad, se recogen formas de extinción en base a esta situación. En cualquier caso, cabe recordar que el ordenamiento jurídico español, en general, tiende a fomentar la pervivencia de los contratos por lo que la extinción causal justifica el requisito de la permanencia en el puesto de trabajo.

Y ello por el hecho de que, para abandonar el puesto de trabajo, es necesaria una previa valoración, por parte del trabajador, de los hechos que forman su conducta, con el riesgo que ello supone.

En segundo lugar, la justificación legislativa de la permanencia en el puesto de trabajo hasta la resolución judicial se apoya en la naturaleza de los incumplimientos que recoge el artículo 50.1ET.

En efecto, las contravenciones contractuales que prevé el Estatuto de los Trabajadores no tienen razón, a priori, que implique una imposible convivencia dentro del centro de trabajo por parte de trabajador y empresario. Es más, cabe la posibilidad de que, en el transcurso de tiempo que separa la acción judicial y la resolución dichos problemas se hubieran solucionado.

Es por ello que la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de acometer una extinción causal, abandonando el puesto de trabajo, pero únicamente cuando se presume inviable la continuidad de la relación laboral.

Evidentemente, no podía ser de otra manera, el ordenamiento jurídico no puede obligar al trabajador a mantenerse en sus labores a modo de penitencia para obtener una indemnización por daños y perjuicios.

Si bien es cierto que las conductas anormales del empresario han de ser cualificadas, no lo es menos que, en determinadas situaciones, el trabajador tiene derecho a finalizar su vínculo laboral de manera anticipada pudiendo exigir posteriormente el resarcimiento. No cabe, en estos casos, ofrecer al trabajador la vía de la dimisión, puesto que tal opción supone únicamente un perjuicio para el empleado y podría ser utilizada de forma abusiva por el empresario.

Sin embargo, sí es posible que el trabajador quede eximido del cumplimiento de sus obligaciones laborales en casos flagrantes como pueden ser *“malos tratos de palabra u obra, falta continuada del abono del salario o llevar a cabo el trabajo en modalidad distinta de la que fue contratada, es decir, cuando se ofrecen situaciones que pongan de manifiesto que la convivencia resulta muy difícil, es admisible dicho abandono.”*⁷⁵⁶

⁷⁵⁶ STS de 18 julio 1990 (RJ.1990/6425). Pero también en este sentido, sobre la necesidad de pervivencia de los vínculos y las excepciones a la regla general las SSTS de 26 de octubre de 2010 (RJ.2011/1345); de 8 de noviembre de 2000 (RJ.2001/1419); de 22 de mayo de 2000 (RJ.2000/4623) y de 20 de noviembre de 1989 (RJ.19898207). SSTSJ de las Islas Canarias, de 21 de diciembre de 2011 (AS.2011/1698); de Andalucía, de 26 de febrero de 2008 (AS.2009/1225); de Madrid, de 31 de octubre de 2006 (AS.2007/558); de Galicia, de 26 de marzo de 2004 (AS.2004/140979); de la Rioja, de 20 de diciembre de 2002 (AS.2002/4171); de Cantabria, de 14 de diciembre de 2001 (AS.2002/262); de

En realidad, el extracto de la STS de 18 de julio de 1990, antes aludida, puede dar una visión general de las diferentes excepciones, si bien el retraso continuado en el pago no es el mejor ejemplo ya que, por sí solo, no hace insostenible la relación laboral. Más bien, la regla general suele atender a casos en que esté en juego la dignidad del trabajador, su salud física o mental. En resumen, la regla general resistirá excepciones cuando se observen razones “*singularizadas, circunstancias cualificadas y especiales nacidas de la conducta empresarial*”.⁷⁵⁷

Considero, no obstante, que conviene hacer un breve repaso para analizar la trayectoria jurisprudencial de este supuesto.

En un primer momento los Tribunales se mantenían absolutamente en contra de la cesación en las funciones del trabajador previa a la resolución judicial del contrato. Un contrato de trabajo en que no se prestaba ningún servicio por parte del trabajador era un contrato extinguido por parte de éste, por lo que no cabía la resolución judicial acerca de un vínculo ya finalizado.⁷⁵⁸

Sin embargo, el paso del tiempo suavizó esta postura hasta el punto de valorar el hecho de que era inviable obligar al trabajador a permanecer en su puesto de trabajo ante el incumplimiento de un derecho fundamental.

La jurisprudencia⁷⁵⁹, como ya se ha dicho, habilita la posibilidad de pedir indemnizaciones adicionales a las estipuladas en el Estatuto ante ataques graves a los derechos del trabajador. Por tanto, si la jurisprudencia reconoce que ante daños graves y culpables de esta naturaleza cabe un resarcimiento adicional, no

Extremadura, de 27 de abril de 2001 (AS.2001/173245) y de Castilla-La Mancha, de 28 de noviembre de 2000 (AS.2000/3811).

⁷⁵⁷ SSTs de 9 de junio de 1987 (RJ.1987/4318); de 18 de noviembre de 1989 (RJ.1989/6455); y de 18 de julio de 1990 (RJ.1990/6425)

⁷⁵⁸ STS de 4 de Octubre de 1982 (RJ.1982/6097) , de 13 de Julio de 1983 (RJ.1983/3779) y de 26 de junio de 1985 (RJ.1985/3472)

⁷⁵⁹ STS de 17 de mayo de 2006 (RJ.2006/7176). Pero también las SSTs de 20 de septiembre de 2011 (RJ.2011/7057); de 20 septiembre (RJ.2007/8304) y de 7 de febrero de 2007 (RJ.2007/2195). SSTSJ del País Vasco de 23 de noviembre (AS.2011/991) y de 28 de septiembre de 2010 (AS.2011/1888); de Navarra, 20 de noviembre de 2008 (AS.2009/1302); de Andalucía, de 10 de enero de 2008 (AS.2009/958); y de Asturias, de 13 de abril de 2007 (AS.2007/1938).

tenía sentido pensar que el ordenamiento haya de obligar al empleado a seguir padeciendo el daño que después va a indemnizar.

En cualquier caso, y más en la actual tesitura económica, es obvio reconocer el hecho de que la mayoría de extinciones causales amparadas en incumplimientos empresariales son motivadas por la falta de pago del empleador. Es quizás uno de los motivos más comunes si bien su naturaleza no ofrece, en principio, la posibilidad de valorarlo como una razón que haga insoportable la convivencia entre ambas partes. Más aun cuando, ante los requisitos de gravedad y culpabilidad en la mayoría de ocasiones, éste último puede no existir.

No obstante, el requisito de la culpabilidad en el pago de salarios ha sido puesto en duda en muchas ocasiones, dado que, culpable o no, lo cierto es que el empresario recibe un servicio que después no remunera. Es por ello que los Tribunales han llegado a la conclusión de que *tanto más degradante puede resultar para éste la falta de retribución de su trabajo, ya que dicho impago coloca al trabajador paulatinamente y desde la incertidumbre, hasta la insostenibilidad física de dicho puesto de trabajo y en una posible situación de deterioro de su autoestima, cuya directa vinculación con la dignidad es incuestionable.*⁷⁶⁰

Dicho todo lo anterior, y antes de concluir este apartado, considero de vital importancia realizar una breve reflexión. Anteriormente he comentado que la extinción causal supone la contrapartida al despido disciplinario desde el punto de vista del trabajador. En efecto, en ambos casos, el incumplimiento contractual por parte de uno de los sujetos supondrá, para el otro, la posibilidad de acudir a la extinción en unas condiciones más favorables a las extinciones sin causa. Sin embargo, existe una clara diferencia de trato en la legislación respecto de los efectos que produce la decisión según se hable de empresario o trabajador. Mientras que en el primero, el despido tendrá efectos desde la fecha que figure en la carta de despido (55.1.ET), en el segundo caso el trabajador habrá de esperar a

⁷⁶⁰ STS de 20 de Enero de 2006 (RJ.2006/874)

la decisión judicial para que la extinción sea definitiva. De hecho, en el primer caso, salvo que el despido sea declarado nulo, se está ante una convalidación de la conducta empresarial.

Finalmente, y recuperando el hilo argumental, la jurisprudencia ha observado que, si bien hay que acudir al caso concreto, no puede considerarse válida una conducta dimisoria tácita derivada de este hecho, más aun en casos en que es la propia empresa la que no acude a los actos de conciliación, y hablando siempre de supuestos excepcionales.⁷⁶¹

En cualquier caso, concluyo, sea cual sea la situación, para el trabajador que extingue es inevitable convivir con el problema que supone la valoración prejudicial que ha de realizar. Ello supone que, desde un punto de vista subjetivo, ha de valorar el riesgo que supone determinar, por cuenta propia, si la conducta padecida es merecedora del “abandono”⁷⁶² prematuro del puesto de trabajo.

2.4. Especial referencia a los retrasos e impagos del salario

Hasta el momento se han analizado de una forma global las consecuencias que conlleva el cese prematuro de la relación laboral. Se decía que, salvo casos excepcionales, no era posible abandonar el puesto de trabajo ya que la extinción causal había de ser autorizada por los Tribunales. Sin embargo, los últimos fallos del Tribunal Supremo dan una visión diferente, no exenta de controversia, sobre la posibilidad de adelantar la finalización de la relación laboral por la voluntad del trabajador, basada obviamente en la falta de pago, sin que ello le perjudique al empleado a la hora de obtener una resolución posterior favorable. En cualquier caso, conviene realizar un estudio sobre la evolución, en el caso del 50.1.b), de la jurisprudencia más destacada y de la doctrina.

⁷⁶¹ STS de 17 enero 2011 (RJ.2011/532)

⁷⁶² Al utilizar el término abandono se hace referencia a las consecuencias que dicha cesación en las funciones laborales puede suponer como son la pérdida del derecho a la prestación por desempleo y del resarcimiento por la extinción causal al que corresponde la indemnización contemplada para el despido imprecendente.

2.4.1. Postura general

Como se ha venido diciendo en relación a todos los casos de extinción causal por el artículo 50 ET, la jurisprudencia exige que el contrato permanezca vivo para que pueda declararse extinto por parte del tribunal competente. Un simple análisis de tipo lingüístico llevará a la conclusión de que sólo puede extinguirse aquello que permanece vivo.

Pero más allá de interpretaciones de tipo tan básico, lo cierto es que el propio Estatuto de los Trabajadores expone que las causas contenidas en el art.50 darán al trabajador “*el derecho a solicitar*” la extinción del contrato de trabajo. Por tanto, la jurisprudencia⁷⁶³ parecía bastante unida en la teoría de que, atendiendo al tenor literal de las palabras del precepto, y salvo casos excepcionales, el trabajador no puede, por su cuenta y riesgo, extinguir una relación laboral bilateral, sino que ha de ser el juez quien lo autorice.

En este sentido, opino que existe una clara discriminación a los intereses del trabajador. Si se considera el despido disciplinario como la figura análoga a la extinción causal desde el punto de vista del empresario, resulta complicado entender el porqué la decisión empresarial hace surgir efectos inmediatos mientras que en la finalización por parte del trabajador, éste ha de esperar y soportar los incumplimientos hasta que el Tribunal emita una sentencia. Es más, parece muy acertado entender que el trabajador que insulta o agrede a sus compañeros, o incumple de manera reiterada y flagrante con las obligaciones para las que fue contratado, sea despedido de manera inmediata, a fin de evitar que cause perjuicios mayores o afecte al normal devenir de la empresa o su proceso productivo. Pues bien, de igual manera, resulta complejo entender cómo un trabajador que sufre reiterados incumplimientos contractuales, derivados de la gravedad del caso que se está analizando, haya de esperar un número indeterminado de meses a fin de cumplir con la doctrina judicial, para iniciar una

⁷⁶³ SSTs de 22 octubre 1986 (RJ.1986/5878); de 26 noviembre 1986. (RJ.1986/6516); de 12 de julio de 1989 (RJ.1989/5461); de 18 septiembre 1989 (RJ.1989/6455); de 22 mayo 2000. (RJ.2000/4623) y de 8 noviembre 2000 (RJ.2001/1419).

acción resolutoria, habiendo además de permanecer en su puesto de trabajo hasta que se celebre el juicio y se tome una decisión definitiva. De este modo, y teniendo en cuenta que el ordenamiento laboral, a diferencia del orden civil, tiende a considerar que una de las partes, el trabajador por cuenta ajena, parte en situación de desigualdad, considero que existe una clara desventaja para con el empleado en este caso.

Así, la posición que venía adoptándose hasta la fecha parece bastante clara. No obstante, lo cierto es que, como se verá a continuación, la situación económica actual en que una gran cantidad de empresas no pueden hacer frente a sus obligaciones retributivas supone que la situación del trabajador sea de lo más precaria. Piénsese en el trabajador obligado acuciado por deudas hipotecarias o en el cónyuge sostenedor de un núcleo familiar que sufre reiterados retrasos en el pago o incluso faltas del mismo.

Por este motivo de carácter socio-económico y otros de carácter puramente jurídico, la jurisprudencia, mediante la STS de 20-07-2012⁷⁶⁴ ha dado un giro radical a sus interpretaciones que, a continuación, serán analizadas.

2.4.2. Nueva interpretación de la permanencia en la empresa en supuestos del 50.1.b) ET.

La STS antes citada supone un cambio radical en las posturas que hasta ahora venía sosteniendo el Alto Tribunal. No obstante, autores como SEMPERE NAVARRO Y SAN MARTÍN MAZZUCCONI⁷⁶⁵ ya hablaron anteriormente de esta posibilidad basándose en algunas sentencias que ya preveían una extinción previa en base a la falta del abono del salario⁷⁶⁶.

⁷⁶⁴ STS de 20 de julio de 2012 (RJ.2012/9609)

⁷⁶⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Aranzadi.2001. Navarra. Págs. 89-90

⁷⁶⁶ SSTs de 18 de julio 1990 (RJ.1990/6425); de 18 septiembre 1989 (RJ.1989/6455); STS de 26 noviembre 1986 (RJ.1986/6516) de 22 de octubre de 1986 (RJ.1986/5878). STSJ Madrid 19 de enero 1999 (AS.1999/590).

Así, ya reconocían, aunque esporádicamente o apartándose de la línea general, que la falta de pago o de abono del salario era lo suficientemente importante para facultar la extinción anticipada sin que ello trajera consigo la calificación de la conducta del trabajador como la de un abandono del puesto de trabajo o un despido disciplinario por causas injustificadas.

La consideración del salario como obligación principal por parte del empresario y como necesario recurso económico del trabajador justificaban principalmente estas posturas llegando a considerar dicha conducta como uno de los supuestos excepcionales que habilitaban dicho cese.

Sin embargo, al hablar de situaciones excepcionales se suele atender a la violación de derechos fundamentales y la habilitación de forma genérica de esta posibilidad al trabajador conlleva unos graves riesgos, como a continuación se observará, y que son motivo de crítica a esta nueva dirección de los Tribunales.

2.4.3. Nuevos aspectos a tener en cuenta

Dentro del nuevo enfoque varios son los aspectos que deben tenerse en cuenta a la hora de entender el porqué de esta variación.

En primer lugar, queda asentado que el salario es la fuente principal de recursos del trabajador y su subsistencia económica y familiar le hace enormemente dependiente del cumplimiento empresarial de esta obligación. De este modo, obligar al trabajador a permanecer en su puesto de trabajo siendo inciertos los futuros cobros supone dejarle en una posición de incertidumbre muy peligrosa para afrontar los compromisos propios.

En segundo lugar, porque para considerar una conducta como de abandono del puesto del trabajo, deben observarse unos comportamientos por parte del trabajador que conduzcan a pensar que, efectivamente, esa era su intención. Por este motivo, una extinción preavisada en conciliación como en el caso de la STS anteriormente citada de 20 de julio de 2012, no parece hacer llegar a la conclusión de que la intención del trabajador es abandonar su puesto de trabajo.

En este sentido, sin embargo, opino que el hecho de que preavise su intención extintiva no supone un cambio en el fondo del asunto. Si bien dicha acción evitará considerar su conducta como de abandono y las consecuencias que ello conlleva, generalizar el hecho de que la extinción preavisada es suficiente para justificar el modo de actuar de un trabajador que ha sufrido un retraso o impago de su salario sería más que peligroso puesto que, por una parte, sería difícil hacer una distinción entre esta actuación y la contemplada en el 49.1.d)ET con los perjuicios posteriores que supone para el trabajador y, por otra, supondría dejar al arbitrio del trabajador el decidir qué conductas son supuesto habilitante y en qué medida un retraso o un impago puede considerarse cualificado. Teniendo en cuenta que ni siquiera la jurisprudencia, como se ha visto anteriormente, tiene del todo claro dónde se encuentran los extremos de esta situación, sería del todo imprudente que fuera el empleado el encargado de decidirlo.

Concluyendo, puede decirse que la jurisprudencia entiende que el trabajador tiene derecho a cesar prematuramente de sus funciones cuando la situación laboral llegue a un punto insostenible que impida al trabajador afrontar sus obligaciones personales pudiendo optar por otras opciones. Sin duda la posibilidad real de tener una oferta alternativa de trabajo es la más clara en este sentido, pero también podrían alegarse otras como la percepción de la prestación por desempleo o simplemente la indemnización por despido improcedente derivada de una posterior resolución judicial.

2.4.4. Eficacia y significado de la declaración de voluntad y la posterior sentencia.

Si, como propugna actualmente el Tribunal Supremo, el trabajador tiene derecho en casos de extremada gravedad o perjuicio fácilmente constatable, a resolver el contrato de trabajo de forma justificada y sin tener la obligación de seguir cumpliendo con aquellas tareas a que se comprometió en la firma del contrato, resulta indispensable el análisis de la nueva situación que se establece entre la declaración externa de la voluntad del empleado y la posterior sentencia judicial.

De este modo, ya sea por la violación de un derecho fundamental o por la flagrante falta de cumplimiento por parte del empresario de su obligación más relevante en el contrato de trabajo, la declaración del trabajador pasa a tener una eficacia mucho mayor de la que ya tenía antes. Si en el pasado cabía entender que la sentencia judicial tenía carácter *ex nunc* y podía calificarse de declarativa o constitutiva, debe entenderse ahora que los pronunciamientos encaminados a decidir si el cese prematuro del trabajador fue conforme a derecho tendrán la condición de *ex tunc* o retroactivos desde el momento de la declaración de voluntad. Por tanto, el fallo del tribunal competente irá encaminado a aceptar o no si la resolución fue conforme a derecho y, en el primero de los casos, simplemente a corroborarlo, pero no a crear o constituir una nueva extinción.

Esta visión no es del todo novedosa por su aplicación aunque sí resulta algo más sorprendente dentro del ámbito laboral. Su fundamento se encuentra en pronunciamientos⁷⁶⁷ que proceden del orden civil y que ya preveían esta posibilidad. No obstante, revisten una importancia capital desde el punto de vista de que se está hablando de sentencias civiles que hoy en día tendrían carácter laboral ya que se referían a contratos de trabajo. En ellas, se reconocía “*que no cabe desconocer la existencia de poderes que permiten al sujeto en una situación singular prevista en la norma legal o establecida por los contratantes en lícito ejercicio del principio de autonomía negocial, ocasionar por su exclusiva voluntad un determinado efecto jurídico, sea constitutivo, modificativo o cancelatorio de la relación, poniendo término a la misma en este último caso*”.⁷⁶⁸

Y ello porque la extinción puede realizarse tanto dentro como fuera del ámbito judicial. Así, “*la facultad resolutoria puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no sólo por la vía judicial, sino también mediante declaración, no sujeta a forma, dirigida a la otra parte, pero a reserva (...) de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada (...)*,”

⁷⁶⁷ SSTS (Sala de lo Civil), de 8 julio 1983. (RJ.1983/4203) TS (Sala de lo Civil) y de 15 junio de 1993 (RJ.1993/4836); y de la AP de Soria, de 26 enero de 1999 (AR.1999/130)

⁷⁶⁸ STS de 19 noviembre 1984 (RJ.1984/5565)

*determinando, en definitiva, si la resolución ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente utilizada”.*⁷⁶⁹

Sin embargo, y como se verá a continuación, una actuación unilateral por parte del trabajador, a expensas de lo que puedan decidir los tribunales, puede tener consecuencias realmente dañinas para sus intereses.

2.4.5. Consecuencias de las nuevas perspectivas jurisprudenciales

Como es habitual cuando la doctrina judicial da un giro a las interpretaciones que venía defendiendo de manera reiterada, es necesario plantearse cuáles son las consecuencias que de ello se derivan.

En primer lugar, la eterna discusión entre el paralelismo que existe entre el art.50ET y el art.1124CC vive aquí un nuevo capítulo. En este sentido DE CASTRO FERNÁNDEZ⁷⁷⁰ defiende que, si bien existe una clara identificación entre ambos preceptos, no puede olvidarse que cada uno responde a una realidad muy distinta.

Así, poner al trabajador en la condición de juzgador es de una peligrosidad extrema. Y ello, no sólo por las consecuencias que un pronunciamiento desfavorable tendría en cuanto a pérdida del puesto de trabajo sin derecho a indemnización, sino también por las consecuencias futuras de considerarse una dimisión, la más importante de las cuales es la pérdida del derecho a la prestación por desempleo.⁷⁷¹

Más aun cuando, tras la promulgación de la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (Ley36/2011 de 10 de octubre), en su artículo 79.7 podría encontrarse una solución, más ajustada al caso concreto y, por supuesto, mucho menos traumática y arriesgada. Podría incluso añadirse que dicho apartado viene a paliar el vacío legal existente respecto a la vulneración de los derechos

⁷⁶⁹ STS de 8 de mayo de 2002 (RJ.2002/4047)

⁷⁷⁰ DE CASTRO FERNÁNDEZ, L.F. en el voto particular emitido en la STS de 20 de julio de 2012 (RJ. 2012/9609)

⁷⁷¹ En base al art.208.2.1.LGSS

fundamentales en el ámbito de la empresa. No obstante, también pudiera aplicarse a los *procesos en los que se ejercite la acción de extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador con fundamento en el artículo 50ET* basada en las “*posibles consecuencias de tal gravedad que pudieran hacer inexigible la continuidad de la prestación en su forma anterior, podrá acordarse, a instancia del demandante*” la solicitud de medidas cautelares.

Entre ellas pueden destacarse la suspensión de la relación o la exoneración de prestación de servicios y cuantas otras tiendan a preservar *la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse*. Pero sobre todo, estas medidas permitirían al trabajador cesar temporalmente de su actividad sin perder su puesto de trabajo ni la posibilidad de una indemnización ulterior manteniéndose la obligación del empresario de cotizar e, incluso, de abonar los salarios.

Sin embargo, y teniendo en cuenta todas las valoraciones que el voto particular realiza en su defensa, opino que lo que en realidad existe es un cambio en la visión de las medidas cautelares y en su afectación al proceso.

Y es aquí donde cabe realizar un análisis más profundo. Porque si anteriormente argumentaba sobre la peligrosidad de dejar a merced del trabajador la valoración de una extinción causal, opino que es del todo temerario e injusto forzar al empleado a permanecer en su puesto de trabajo a sabiendas de que existe un incumplimiento grave y, además, la posibilidad de encontrar un nuevo puesto de trabajo. Y es en este punto donde ha de plantearse la revisión de la función de las medidas cautelares.

Por ello, cabe recordar que las medidas cautelares no son “*un fin en sí mismas*”,⁷⁷² sino un medio destinado a preservar el objeto del proceso. Porque lo cierto es que, con la nueva tendencia jurisprudencial, viene a reforzarse lo que a todas luces era un hecho constatable. Y ello es así porque cuando un trabajador cesa en su puesto de trabajo, la relación laboral finaliza en dicho momento o, en

⁷⁷² CALAMANDREI, P.: *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, CEDAM. Padua. 1936. Pág.21

su defecto, al terminar el plazo de preaviso. Por tanto, los tribunales, al decidir, no hacen sino poner de manifiesto una realidad ya existente, pero no a constituir una nueva relación jurídica.

El derecho unilateral del trabajador a rescindir su relación laboral viene avalado por el Estatuto de los Trabajadores en los artículos 49 y 50. Por ello, cuando el juez emita la sentencia correspondiente estará decidiendo el tipo de finalización contractual ante la que se encuentran ambas partes, ya sea abandono, dimisión o extinción causal, pero en ningún caso el hecho de que el trabajador pueda o no resolver el contrato.

De este modo, las medidas cautelares del 76.9LRJS devienen insuficientes para este tipo de casos, teniendo en cuenta que la urgencia *es el fundamento de (las) consecuencias y efectos que acompañan (...) el régimen jurídico de las medidas cautelares.*⁷⁷³

En definitiva, el cambio jurisprudencial supone una decisión arriesgada en la práctica, pero del todo razonable desde un punto de vista socio-laboral. No viene sino a reforzar la idea de que existen motivos, más allá de la violación de derechos fundamentales, que precisan de mecanismos que faciliten la adopción de medidas que eviten posibles perjuicios futuros para el trabajador. En cualquier caso, la novedad de la sentencia exige cautela a la espera de observar el desarrollo posterior de la misma.

2.5. Posibilidades derivadas de la LRJS

Si bien la reforma laboral operada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, supuso una sustancial reforma del ordenamiento laboral, lo cierto es que en el ámbito de la extinción causal, a priori, no aportó grandes novedades. Sin embargo, sí deben tenerse en cuenta dos aspectos⁷⁷⁴:

⁷⁷³ BLASCO PELLICER, A.: *Las medidas cautelares en el proceso laboral*. Estudios de Derecho Laboral. Ed. Civitas. Madrid.1996. Pág.34

⁷⁷⁴ BLASCO PELLICER, A.: *La extinción del contrato de trabajo en la Reforma Laboral de 2012*. Ed. Tirant lo Blanch-Colección Laboral. Valencia. 2013. Pág.131.

- A pesar de que el artículo 50ET permanece prácticamente intacto las variaciones operadas en el artículo 41ET referido a las modificaciones sustanciales son tan amplias, que su afectación al 50.1.a) ET es absolutamente innegable.
- Con respecto a este primer apartado, desaparece el requisito del atentado a la formación profesional, que a partir de su entrada en vigor, dejó de ser tenido en cuenta.

Sin embargo, pese a que es cierto que la reforma laboral no supuso una gran variación en el tema que aquí se trata, no puede decirse lo mismo de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Por ello, considero del todo imprescindible el hacer mención a las nuevas posibilidades que la norma ofrece.

2.5.1. Novedades en relación con el cese anticipado

Reconociendo que, ante una acción por extinción causal es necesario, generalmente, que se mantenga la relación laboral, no sólo en el momento de la interposición de la demanda, sino también después y hasta que exista un pronunciamiento judicial, no es menos cierto que, en ocasiones, la pervivencia del vínculo se hace insostenible y el trabajador opta por cesar prematuramente de los servicios que ha venido prestando.

El problema subyace en el hecho de que no existe regulación alguna al respecto, y las posibles excepciones han de ser valoradas caso por caso por la jurisprudencia. Es por ello que la redacción del 79.7LRJS trata de dar una alternativa.

La legislación procesal cita textualmente al artículo 50, hecho que evita posibles interpretaciones alternativas. De la redacción del precepto se extrae que en aquellos supuestos en que el empresario “*perjudica la dignidad o la integridad física o moral de trabajador*” podrán acordarse, si así lo pidiera el empleado y el juez lo considerase, las medidas cautelares previstas en el 180.4 de la misma ley. Sin embargo, a los ya consabidos problemas para determinar qué es o no

dignidad, se le une el hecho de que va a ser difícil aplicar a supuestos de la naturaleza del artículo 50.1.b) ET, tales medidas.

En realidad, considero que la nueva Ley deja pasar la oportunidad de definir a qué se refiere con dignidad y de categorizar la posibilidad genérica (para todos los supuestos del artículo 50) de cesar prematuramente del puesto de trabajo ante incumplimientos manifiestamente graves.

No obstante, sí es cierto que, ya sea en algunas o en todas las conductas posibles, el 79.7LRJS da al trabajador la tranquilidad de que, en caso de ser aceptada su petición de medida cautelar, no va a sufrir los problemas de inseguridad y transitoriedad que padecía en el pasado, y que podían desembocar en supuestos de abandono del puesto de trabajo, con las negativas consecuencias que ello suponía para el trabajador.

Resulta necesario ahora, detenerse en las nuevas posibilidades que ofrece el 180.4 LRJS.

- Cese prematuro en relación con el 50.1.a)

El primer apartado del artículo dedicado a la extinción causal parece haber sido la fuente principal de inspiración jurisprudencial a la hora de acotar los supuestos excepcionales ante los que cabe el cese anticipado de las tareas que le son propias al trabajador.

En efecto, a lo largo de este trabajo se han ido introduciendo adjetivos como vejatorio, inmoral o insoportable, para hablar de las conductas que daban lugar a la extinción ex art.50.1.a), que exige, a la modificación sustancial operada, no sólo su gravedad, sino su afectación a la dignidad profesional del trabajador.

Esta tesis viene avalada además, desde el ámbito civil que, en el artículo 1124CC, habilita la extinción en las relaciones recíprocas cuando uno de los contratantes no cumpliera con lo pactado. Sin embargo, no pueden olvidarse las diferencias entre ambos ordenamientos a la hora de observar las situaciones de los contratantes en uno y otro caso, ni tampoco equiparar la naturaleza de la

indemnización por daños y perjuicios con la correspondiente al despido improcedente en el ámbito de la extinción causal.

Por todo ello, y pese a que la jurisprudencia ha reconocido en ocasiones la posibilidad del cese anticipado, la interpretación ha de seguir siendo en todo momento restrictiva.

Muchos más problemas suscitan, no obstante, los supuestos derivados de los artículos 50.1.b) y c) ET.

- Cese prematuro ante el retraso o impago de salarios

En el primero de los casos principalmente porque no parece que la falta de pago haga imposible la prestación de servicios y el cumplimiento de las funciones del trabajador. Así lo ha entendido hasta ahora y de forma reiterada la jurisprudencia.⁷⁷⁵

Ciertamente, la redacción del 79.7 LRJS no parece encaminada a cubrir supuestos de falta o retraso en el abono de los salarios por cuanto no se ha venido entendiendo hasta ahora que tal eventualidad supusiera un perjuicio para la dignidad o integridad física del trabajador.

Sin embargo, la doctrina⁷⁷⁶ y la jurisprudencia no son del todo unánimes. No son pocos los que consideran que privar al trabajador de su principal fuente de sustento es claramente perjudicial y, además, obligarle a seguir prestando servicios cuya retribución no parece garantizada, puede producir una situación realmente compleja.

Más aun, debe entenderse que el hecho de que un trabajador deje de cobrar su salario afecta a su propia subsistencia, a sus más básicas necesidades, ya no sólo

⁷⁷⁵ SSTSJ de las Islas Canarias, de 21 de diciembre de 2010 (AS.2011/1698); de Madrid, de 27 y 8 de mayo de 1997 (AS.1997/1594 y AS.1997/1573); de Castilla y León, de 4 de mayo de 1993 (AS.1993/2412); de Galicia, de 27 de mayo de 1992 (AS.1992/2776); del País Vasco, de 15 de abril de 1992 (AS.1992/1828).

⁷⁷⁶ ÁLVAREZ GIMENO, R.: *La extinción causal por voluntad del trabajador*. Ed. Comares. Granada. 2012. Pág.207. GONZÁLEZ DE PATTO, R.Mª.: *La dimisión provocada*. Ed. Comares. Granada. 2009. Pág. 246

de índole financiero, sino también personal y familiar. Por ello, la situación puede tornarse indigna, degradante y vejatoria.⁷⁷⁷

Conviene detenerse, a propósito de los requisitos exigidos para que prosperen las acciones interpuestas ex artículo 50.1.b), esto es, en las exigencias que hacen doctrina y jurisprudencia. Caber recordar que en tales supuestos los criterios son únicamente temporales, cuantitativos y objetivos. Reiterada jurisprudencia exige única y exclusivamente el requisito de gravedad, manifestada en la reiteración y cantidades adeudadas, pero en ningún caso hace mención de la culpabilidad, ni siquiera en tiempos de crisis dentro de la empresa.⁷⁷⁸

Por tanto, en mi opinión se trata de un supuesto que, de existir un criterio cuantitativo dentro de la legislación, sería ideal para ofrecer al empleado una suerte de autotutela. No obstante, tal criterio existe sólo en la jurisprudencia y la sentencia que ésta emita ha de ser, en cualquier caso, constitutiva.

No obstante, y concluyendo, reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que situaciones manifiestas de impago de salarios en que no existe duda acerca de su entidad y del perjuicio para el trabajador, constituyen ejemplo claro de la excepción de permanencia en la empresa.⁷⁷⁹

- Excepciones a la cláusula de cierre

Los supuestos contenidos en el 50.1.c) ET ofrecen siempre dificultades a la hora de generalizar o de establecer posturas que engloben a todos los casos posibles.

⁷⁷⁷ STSJ de la Comunidad Valenciana, de 20 de enero de 2006 (AS.2006/874)

⁷⁷⁸ SSTJ de 22 de diciembre de 2008 (RJ.2009/1434); de 28 de septiembre de 1998 (RJ.1998/8553); de 29 de diciembre de 1995 (RJ.1995/10522); y de 24 de marzo de 1992 (RJ.1992/1870).

⁷⁷⁹ Baste observar la STS de 17 enero 2011. (RJ.2011/532) en que el trabajador había dejado de percibir seis salarios y dos pagas extraordinarias habiendo prestado servicios a la empresa durante únicamente un año. La relación laboral se mantuvo vigente en el momento de interponer la demanda e incluso en el acto de conciliación, tras el cual y en vista de la actitud de la empresa, comunicó su voluntad de no continuar realizando sus tareas. Sin embargo el Tribunal Supremo entendió que no podía considerarse abandono o dimisión dado que el trabajador manifestó que su voluntad era la de no romper el vínculo laboral hasta que existiera sentencia firme. En el mismo sentido SSTSJ de la Comunidad Valenciana, de 15 de enero de 2013 (AS.2013/270); de Murcia, de 27 de julio y 9 de abril de 2012 (AS.2012/316963 y AS.2012/146725); de Galicia de 20 de abril de 2011 (AS.2011/208347); de Cataluña, de 15 de septiembre de 2011 (AS.2011/2833) y de Castilla y León, de 24 de noviembre de 2011 (AS.2011/647).

Su condición de “cajón de sastre” lo convierte en un precepto receptor de conductas del todo heterogéneas.

No obstante, y por no apartarme de la línea que se estableció en el capítulo anterior, me referiré a algunos de los supuestos más relevantes:

- Acoso laboral

Por lo que respecta al acoso laboral o mobbing, no parece existir un gran problema al respecto. De hecho, se trata de un supuesto que está directamente conectado con el espíritu de los supuestos contenidos en el 79.7 y 180.4LRJS.

El primero de tales preceptos se refiere a los casos de *perjuicio a la dignidad o la integridad física o moral de trabajador*. El problema se suscita a la hora de definir acoso laboral y sus tipos. Algunos autores⁷⁸⁰, ante la falta de regulación, no sólo en el Estatuto de los Trabajadores, sino también en otras normas tales como la Ley Orgánica de Igualdad 3/2007, de 22 de marzo, han optado por englobar dentro del acoso laboral, también el moral, sexual y el motivado por la violencia de género, lo que carga de razones a la hora de aplicar el 180.4LRJS, dedicado principalmente a este tipo de víctimas.

Pese a la ausencia de conceptos en la legislación, la jurisprudencia⁷⁸¹ acostumbra a hacer uso de las teorías de LEYMANN⁷⁸², que define acoso moral como la violencia psicológica extrema, sistemática y recurrente que una o varias personas ejercen sobre otra, en el lugar de trabajo.

En estos supuestos, obviamente, no queda obligado el trabajador a mantener la prestación de los servicios por cuanto la carga que podría suponerle excede a la voluntad del ordenamiento del mantenimiento de los contratos.

⁷⁸⁰ VELASCO PORTERO, M^a T: *Mobbing, acoso laboral y por razón de sexo. Guía para la empresa y las personas trabajadoras*. Ed. Tecnos. Segunda edición. Madrid. 2011. Pág.21

⁷⁸¹ SSTSJ de Madrid, de 31 de enero de 2006 (AS.2006/1023); de 16 de noviembre de 2004 (AS.2005/18557); y de la Comunidad Valenciana, de 14 de mayo d 2004 (AS.2004/1233)

⁷⁸² LEYMANN, H.: *Mobbing and victimization at work*. European Journal of Work and Organizational Psychology; 5.2. Hove East Sussex. 1996

Las medidas cautelares, que más adelante analizaré con detenimiento, son de fácil aplicación al supuesto, más allá de otras posibilidades que puedan plantearse tales como la ejecución provisional de la sentencia y a las que los tribunales acostumbran a ser bastante reacios.

Sí puede considerarse una opción viable, en este caso, el que si el trabajador considera su situación como insostenible y afecta, no sólo a sus tareas, sino también a su salud, el solicitar la Incapacidad Temporal, a fin de minimizar daños y quedar exonerado de la prestación de servicios.

- Seguridad Social

Siguiendo con la relación de motivos más relevantes dentro del 50.1.c) ET expuesta anteriormente, y en relación con el acoso que acaba de ser analizado, lo cierto es que no suele suscitar muchos problemas cuando el trabajador ya está en una situación de incapacidad, dado que la relación está en suspenso y el trabajador no tiene obligación de seguir prestando servicios mientras perdure tal eventualidad.

Sí pueden darse supuestos en que la empresa no se haga cargo de sus obligaciones de pago durante períodos de incapacidad temporal. Tales impagos o retrasos no pueden ser incardinados dentro del apartado b) del art.50ET que responde únicamente a conceptos estrictamente salariales. Sí se acepta, no obstante, dentro del último párrafo puesto que la gravedad de la conducta es indiscutible.

En cualquier caso, no ha de olvidarse que lo que el trabajador recibe por parte del empresario en este tipo de situaciones, es únicamente una parte de la prestación pues, en todo caso será finalmente la propia Seguridad Social la que se haga cargo de los siguientes pagos, por lo que el retraso o impago no será nunca

indefinido. Tal vez por este motivo los Tribunales no acostumbran a aceptar esta causa como habilitante de la extinción cualificada.⁷⁸³

- Negativa al reintegro

Finalmente, y dado que la violación de derechos fundamentales será analizada por separado, me gustaría detenerme en el único motivo concreto recogido en el 50.1.c) ET consistente en el rechazo del empresario a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones tras ser declarada injustificada una modificación sustancial por una sentencia judicial.

La diferencia entre éste y los demás casos es que aquí existe un pronunciamiento judicial que da la razón al trabajador en cuanto a sus pretensiones y apreciación de la conducta injusta del empresario. Podría decirse, obviamente, que el trabajador goza de las mismas garantías que en los casos antes mencionados relativos a supuestos en que el ataque a su dignidad, su integridad física y/o moral o la situación insostenible producida en el centro de trabajo, le confieran el derecho al cese anticipado.

Sin embargo, y más allá de excepciones tan extremas, opino que obligar al trabajador a continuar realizando sus tareas de una forma que ha sido declarada injustificada por el juez, supone en sí mismo un contrasentido.

Existe una corriente jurisprudencial que habilita al trabajador en supuestos de reingreso tras excedencia, a no reincorporarse al puesto de trabajo cuando la oferta laboral no corresponde a las condiciones de que gozaba el trabajador con anterioridad⁷⁸⁴. Piénsese en casos en que se ofrecen labores de menor categoría, traslados... Es aquí donde el empleado, en ocasiones, decide no aceptar la propuesta empresarial y, pese a que en la mayoría de casos la

⁷⁸³ SSTSJ de Cataluña, de 19 de febrero de 2009 (AS.2009/1472) y de 14 de junio de 2002 (AS.2002/225321); y de las Islas Canarias, de 31 de julio de 2008 (AS.2009/171)

⁷⁸⁴ Y ello cuando las nuevas órdenes sean cuando tales órdenes se presentan abiertamente ilegítimas u objetivamente constitutivas de abuso de derecho, arbitrarias o discriminatorias y, por supuesto, o cuando supongan un perjuicio grave para el trabajador, ya sea física o moralmente. A este respecto cabe destacar SSTS de 25 de abril de 1991 (RJ.1991/3387) o de 29 de junio de 1990 (RJ.1990/5544)

compañía acaba acudiendo al despido disciplinario, lo cierto es que los tribunales opinan que el trabajador no tiene obligación de reincorporación por cuanto las nuevas condiciones no se ajustan a sus derechos adquiridos, acordando la improcedencia del despido.⁷⁸⁵

Del mismo modo, considero que tal razonamiento jurisprudencial podría aplicarse a este aspecto, teniendo en consideración que además, existe un pronunciamiento avalando las tesis del trabajador, lo que supone que no se está ante una visión meramente subjetiva de una de las partes.

Concluyendo, pues, de una forma global y respecto de las diferentes eventualidades antes citadas, de lo que se trata en las excepciones al cese prematuro de la relación laboral, es de valorar una suerte de *Ius Resistentiae* en favor del trabajador que, por causas sobrevenidas de especial gravedad, decide dejar de atender a sus tareas ordinarias dada la injusticia de las mismas o de la situación insostenible que vive dentro del seno de la empresa.

O al menos así se comprendía con anterioridad por algunos autores, entendiendo que la decisión del trabajador poseía un valor constitutivo, generando una “*dimisión extraordinaria*” con efectos extintivos.⁷⁸⁶

Por otra parte, un sector más mayoritario de la doctrina entendía que el hecho de dejar de prestar servicios no tenía mayor significado que el de dejar de padecer el perjuicio que motivó tal cesación, sin ser necesariamente un acto extintivo o manifestar voluntad alguna en tal sentido.⁷⁸⁷

⁷⁸⁵ SSTSJ de Castilla la Mancha, de 1 de septiembre de 2009 (AS.2009/1950); y de las Islas Canarias, de 8 de octubre de 2008 (AS.2009/43)

⁷⁸⁶ RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. *La voluntad del trabajador en la extinción del Contrato de Trabajo*. Ed. La Ley-Actualidad. Madrid. 1998. Pág.211. GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: *La terminación del contrato por voluntad del trabajador*, Universidad de Palma de Mallorca, 1983. Pág.122

⁷⁸⁷ DURÁN LÓPEZ, F., “*Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido*”, en Relaciones Laborales, 1990. N^o11. Pág.375. GONZÁLEZ DE PATTO, R.M^a.: *La dimisión provocada*. Ed. Comares. Granada. 2009. Pág.38. VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*. Ed. Civitas. Madrid. 1993. Pág.112

Se ha discutido si tal vez fuera necesario habilitar el cese anticipado mediante una nueva redacción del precepto, concediendo tal posibilidad de manera expresa. Sin embargo, tal discusión parece ahora menos relevante a la vista de la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y la introducción de las nuevas medidas cautelares.

2.5.2. Medidas cautelares

El artículo 79.7LRJS viene a proteger una situación de similares características a las contenidas en el art.50.1.a) ET. Se trata de los casos de acoso, que podrían quedar contenidos en su apartado c), y los supuestos en que intervengan víctimas de violencia de género, cuya posibilidad dimisoria queda recogida en el 49.1.m) ET y fue tratada en profundidad en la primera parte de este trabajo. En efecto, en todos los casos se habla de situaciones en que el trabajador solicita la extinción de su contrato de trabajo, por voluntad propia, pero basada en causas ajenas a su voluntad. Del mismo modo, lo que se solicita es poder cesar prematuramente del puesto de trabajo a fin de no alargar la anómala situación que está viviendo el empleado.

El supuesto ofrece, de esta manera, un abanico de posibilidades al respecto. Si bien existen algunas, tales como el traslado de puesto o centro, o la reordenación o reducción del tiempo de trabajo cuya prevalencia no queda establecida, por lo que no cabe interpretar prelación u obligación alguna del trabajador respecto de la suspensión o la exoneración de las funciones derivadas del contrato de trabajo. Es decir, la petición de medidas cautelares no debe versar en primer lugar sobre aquellas medidas tendentes a mantener el puesto de trabajo.

La analogía utilizada para estos casos no es baladí pues tanto en los supuestos del artículo 50 como en los del 49.1.m) ET lo que se pretende es mantener la eficacia de la sentencia una vez ésta haya sido dictada. Sin embargo, en la aplicación del supuesto analizado ahora existen ciertos problemas.

Obviamente, parece claro que el traslado de centro de trabajo es una solución viable para supuestos como el acoso laboral o la violencia de género, pero no

parece tan fácilmente aplicable en casos como los relativos a las modificaciones sustanciales que redunden en perjuicio de la dignidad profesional del trabajador. De igual manera, los impagos o retrasos reiterados tampoco pueden solventarse con una reordenación de la jornada o una reducción de la misma.

Probablemente por ello la suspensión del contrato de trabajo es tal vez la medida cautelar que agrupa a los tres supuestos sin excepción. Y es por esta razón que seguramente no se dé prevalencia a unas medidas respecto de otras.

Sin embargo, lo cierto es que la posibilidad suspensiva presenta de nuevo ciertos interrogantes.

En primer lugar, no existe un ejercicio automático de la suspensión por lo que, ha de interpretarse que tal posibilidad viene ordenada por el juez. Por tanto, no puede deducirse que exista un derecho automático o autotutela para con el trabajador.

En segundo lugar, el 79.7LRJS compele, además de manera expresa, al empresario, a continuar haciéndose cargo, no únicamente de obligaciones accesorias tales como el pago a la Seguridad Social, sino también del pago del salario, razón por la cual resultaría menos beneficioso para el trabajador acudir a la figura de la suspensión.

Finalmente, en tercer lugar el 180LRJS realiza una distinción entre suspensión o exoneración de la prestación de servicios. En ambos casos al trabajador se le evita el perjuicio de tener que cumplir con sus obligaciones laborales, si bien existen ciertas diferencias. Considero, no obstante, que teniendo en cuenta que, como se acaba de exponer, el empresario mantiene sus obligaciones principales y accesorias cuando tal medida cautelar es acordada, lo más acertado parece ser el acudir a la exoneración de las tareas laborales del trabajador, de forma que exista concordancia entre lo expuesto en el 79.7 y el 180LRJS. No cabe duda de que el hecho de que el segundo de los preceptos vaya dirigido a supuestos de tipo muy concreto, como el acoso y la violencia de género, mientras que el primero de

ellos lo sea de un artículo cuyas causas son de diversa índole, como lo es el artículo 50ET, requieren tal adaptación en el ámbito de las medidas cautelares.

Fuera de las novedades recogidas por la LRJS, existen otras figuras de gran importancia dentro del ámbito cautelar. Sin duda, en mi opinión, una de las más importantes es el embargo preventivo. Y ello porque en la actual tesitura económica, gran parte de las contravenciones derivadas del artículo 50 provienen de su apartado b), en relación con incumplimientos salariales del empresario. Pero, incluso si se piensa en cualquier otro de los motivos del precepto, en ocasiones tal medida es tan o más importante que el cese prematuro. No se trata en todo caso de supuestos en que el empleador toma medidas injustas para con el empleado, en ocasiones los ilícitos derivan de situaciones de mala gestión o pérdidas sobrevenidas. Es por ello que, de lo que se trata es de garantizar la utilidad de la sentencia, una vez dictada.

El embargo preventivo es *“la actividad procesal diferenciada pero dependiente de un proceso declarativo de condena a prestación pecuniaria, que produce, mediante la afección de bienes al proceso, el efecto de asegurar la ejecución de la sentencia”*.⁷⁸⁸

Dicha definición no viene sino a confirmar la instrumentalidad de las medidas cautelares, que son en sí un medio de garantía del procedimiento, y no un fin en sí mismas.

Además, si cierto es que su importancia en los procedimientos por impago de salarios es indiscutible, ésta no es exclusiva ya que puede darse en todo tipo de supuestos ya sean extinciones, modificaciones sustanciales, Seguridad Social...

Puede considerarse una medida injusta para con el empresario que aun no ha sido condenado pero, aparte de la instrumentalidad y utilidad del proceso, conviene recordar que, a diferencia del embargo que se realiza en período ejecutivo, este tipo únicamente afecta los bienes seleccionados, en ningún caso los realiza, por lo que el empresario no sufre pérdida alguna. Además, el embargo preventivo es

⁷⁸⁸ ORTELLS RAMOS, M.: *El embargo preventivo*. Librería Bosch. Barcelona. 1984. Pág.28

un acto subordinado al procedimiento principal mientras que el ejecutivo, al basarse en un título de su misma índole, se constituye como un acto autónomo⁷⁸⁹.

En definitiva, la nueva regulación derivada de la LRJS ha tratado de subsanar una situación realmente compleja para el trabajador, cuyos riesgos eran constatables, ofreciendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que rebajaran la incertidumbre en el proceso. Sin embargo, no queda del todo claro que el legislador haya cumplido su objetivo.

No obstante, es justo reconocer que actualmente la mayoría de requisitos que exigía la jurisprudencia para que operara la excepción a la continuación de la prestación de servicios, han sido recogidos expresamente.

Aun así, como recuerda VIQUEIRA PÉREZ⁷⁹⁰, no son pocos los problemas aplicativos que van a producirse si se hace un análisis más pormenorizado del supuesto. A la ya compleja aplicación de la suspensión del contrato de trabajo que he comentado anteriormente, puede unirse la situación que se produce una vez se dicta sentencia quedando pendiente el recurso.

Por tanto, y dado que en gran medida las medidas cautelares van destinadas a garantizar los derechos resarcitorios del trabajador, sería interesante, como apuntan ÁLVAREZ GIMENO y GARCÍA BLASCO, “*disociar total o parcialmente la terminación de la relación laboral del pago de una compensación económica con cargo al empresario.*”⁷⁹¹

2.5.3. Evolución jurisprudencial a partir de la LRJS

Hasta ahora ciertos aspectos relacionados con la extinción causal han sido concebidos de forma unánime o, al menos, claramente mayoritaria. Situaciones

⁷⁸⁹ BLASCO PELLICER, A.: *Las medidas cautelares en el proceso laboral*. Ed. Civitas. Estudios de Derecho Laboral. Valencia. 1996

⁷⁹⁰ VIQUEIRA PÉREZ, C.: *Novedades en materia de medidas tendentes a la evitación del proceso (conciliación administrativa y reclamación previa) y en materia de medidas cautelares*. En *La reforma del proceso laboral. La nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*. Ed. Tirant lo Blanch-Reformas. Valencia. 2013. Pág. 208

⁷⁹¹ GARCÍA BLASCO, J., en ÁLVAREZ GIMENO, R.: *La extinción causal por voluntad del trabajador*. Ed. Comares. Granada. 2012. Prólogo. Pág.XX

tales como la necesidad de pervivencia del vínculo, la opción judicial como vía única para extinguir el contrato de trabajo o el carácter constitutivo de la sentencia eran raramente puestos en duda. No quiero decir con ello que no se plantearan problemas o que no existieran excepciones, tal y como se ha visto, pero sí que existía una línea clara que raramente se cuestionaba.

No obstante, y dados los cambios legislativos acaecidos en los últimos años y que incluyen dos reformas laborales y una nueva ley procesal⁷⁹², parecía extraño que tanto doctrina como jurisprudencia permanecieran al margen y los planteamientos, hasta ahora indubitados, se mantuvieran intactos.

Considero, a estos efectos, que la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2012⁷⁹³ supone un antes y un después respecto de las teorías antes citadas. En concreto, realiza un análisis de todas estas cuestiones y, dado que no es unánime, resulta muy interesante el debate que se plantea alrededor de la misma.

Hasta el momento, no existía discusión respecto de la exigencia de permanecer en el puesto de trabajo⁷⁹⁴. En principio, y dado que la viabilidad o no de la extinción dependía de la decisión final que tomaran los tribunales, era requisito indispensable que la relación laboral permaneciera vigente, salvo en casos en que la convivencia fuera imposible o se dieran supuestos que así lo exigieran.

No obstante, la más reciente visión jurisprudencial encarnada por la sentencia citada opina que es necesario realizar una interpretación de los preceptos laborales de un modo más cercano al orden civil.

De este modo, y si bien es cierto que el art.50ET utiliza la expresión “*podrán solicitar*”, redacción que confirma, a mi modo de ver casi expresamente, que la

⁷⁹² Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

⁷⁹³ RJ.2012/9609

⁷⁹⁴ Entre otras muchas, SSTS de 17 enero 2011 (RJ.2011/532); de 22 mayo 2000. (RJ.2000/4623) ; de 8 de noviembre de 2000 (RJ.2001/1419); y de 11 de marzo de 1998 (RJ.1998/2561). También SSTSJ de las Islas Baleares, de 3 de mayo de 2013 (AS.2013/241884); de Cataluña, de 15 de septiembre de 2011 (AS.2011/2833); y de la Comunidad Valenciana, de 20 de enero de 2006 (AS.2006/874).

sentencia es la única vía constitutiva del fin del vínculo, la Sala opina que, de acuerdo con el 49.1.j) en que se expone que el trabajo “*se extinguirá por voluntad del trabajador*” supone una nueva posibilidad a la hora de enfocar este instituto.

El principal argumento deriva de anterior jurisprudencia civil⁷⁹⁵ que admite que, en contratos sinalagmáticos en que existiera una situación singular prevista, el principio de autonomía negocial permite “*ocasionar por su exclusiva voluntad un determinado efecto jurídico, sea constitutivo, modificativo o cancelatorio de la relación*”. Es decir, con este pronunciamiento, la jurisprudencia laboral viene a reconocer que, en supuestos de extinción causal, el trabajador puede realizar un acto constitutivo de finalización del contrato de trabajo, y posteriormente accionar para ser indemnizado. O dicho de otro modo, es posible ahora que el contrato de trabajo finalice “*ex nunc*” mediante declaración judicial o “*ex tunc*” por la sola voluntad del trabajador.

En mi opinión, y de acuerdo con el voto particular expresado por el magistrado DESDENTADO BONETE, se trata de una incorrecta aplicación de preceptos civiles al ámbito laboral. Y ello porque, si bien es innegable que ambos artículos tienen cierto paralelismo y que se ha llegado a decir que uno es la transposición del otro, existen notorias diferencias derivadas de su individual naturaleza.

En primer lugar, existe un sistema indemnizatorio en que es necesario probar el daño a fin de resarcir tanto daño causante como el lucro cesante y estableciéndose indemnizaciones adicionales por daños y perjuicios, hecho que, como ya se ha comentado, es ciertamente complejo en el ámbito laboral. Y ello porque, en este ámbito, la indemnización está prevista y tasada, motivo por el cual no es necesario el probar la cuantía del perjuicio sufrido.

⁷⁹⁵ STS de 15 de junio de 1993 (RJ.1993/4836), pero sobre todo, y base de este nuevo pronunciamiento, STS de 19 de noviembre de 1984 (RJ.1984/5565), resolviendo sobre un supuesto de marcado carácter laboral y en la que se reconoce la posibilidad de declaraciones de tipo declarativo y constitutivo por parte del trabajador. En realidad, las manifestaciones de tipo constitutivo en materia de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador ya existían anteriormente dado que sí son aceptadas en casos de dimisión *ad nutum*. No obstante, y como se ha visto, las consecuencias en un uno y otro caso son muy diferentes.

Y en segundo lugar porque, aplicando de forma estricta el 1124CC, se observa que, si el requisito judicial no es tan pronunciado, sí existe la obligación de “pedir la resolución” incluso en supuestos de haber optado en primer lugar por el incumplimiento. Más aun, el Tribunal será quien finalmente decrete la resolución que se reclame.

Como recuerda el voto particular, se trata de aplicar una doctrina claramente individualista, y propia del ámbito civil, a una rama del derecho más enfocada al ámbito social.

Sin embargo, lo más preocupante, a mi modo de ver, es la situación en que queda el trabajador. Textualmente, el fallo da dos posibilidades al trabajador, la primera, la de permanecer en su puesto de trabajo hasta el pronunciamiento judicial; y la segunda, “*dejar de prestar servicios al tiempo que se ejercita la acción, asumiendo en este caso el riesgo del resultado del proceso*”.

La tesis que defiende el Tribunal Supremo no es en sí novedosa. Como ya han indicado otros autores en el pasado, ante situaciones ciertamente complejas que impidan el normal desarrollo de la actividad laboral, y que hagan insoportable la continuidad de la relación laboral, el trabajador podría ejercer una suerte de dimisión extraordinaria que poseería en sí efectos constitutivos.⁷⁹⁶

La recuperación de este debate trae consigo la posibilidad aceptar decisiones extintivas de tipo constitutivo por parte del trabajador. En efecto, puede entenderse que, ante supuestos en que el trabajador advierta que la continuidad en el puesto de trabajo resulta claramente perjudicial para su propia seguridad o salud, podría aceptarse que la cesación de las funciones laborales constituye en sí el final del vínculo laboral. De este modo, la ulterior sentencia tendría únicamente un valor declarativo.

⁷⁹⁶ ALONSO OLEA, M.: *La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador*. Revista de Política Social (RPS). Nº126. 1980. Pág.145. GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: *La terminación del contrato por voluntad del trabajador*, Universidad de Palma de Mallorca, 1983. Pág.83. GONZÁLEZ DE PATTO, R.M^a. : *La dimisión provocada*. Ed. Comares. Granada. 2009. Pág.144

No obstante, tal afirmación resulta, cuando menos criticable, dado que la situación en que se deja al trabajador es ciertamente arriesgada. Más aun cuando la nueva LRJS nace, en lo relativo a la extinción causal, con la intención de dar al empleado una mayor seguridad jurídica.

En efecto, el artículo 79.7LRJS fue redactado por el legislador para acabar con la situación de incerteza del trabajador que cesaba de forma anticipada de sus funciones laborales. La suspensión o interrupción de la relación laboral, incluso con la posibilidad de adherirse a la situación de desempleo, suponían una vía de escape ante esta laguna legislativa.

El carácter constitutivo de la decisión del trabajador, en relación con la nueva doctrina judicial, es entendible en los supuestos específicos que ya antes se valoraban como excepcionales, pero no debieran serlo de forma genérica. Así, si el trabajador cesa voluntariamente de forma anticipada, su comportamiento produce el final de la relación, ya sea por considerarse una dimisión *ad nutum*, o ya sea por decisión judicial, puesto que, cuando el juez entra a valorar la decisión, ya no existe dicha relación.

En cualquier caso, reitero, se trata de una conducta ciertamente peligrosa y que pone en juego, no sólo la indemnización derivada del artículo 50ET, sino también la posible prestación por desempleo pues, de acuerdo con el fallo, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el 208LGSS, una sentencia desfavorable tendría consecuencias funestas para el trabajador en este sentido.

Concluyendo, tres son las opciones que asisten al trabajador tras las diversas reformas operadas y la jurisprudencia al respecto:

- a) Continuar prestando servicios a la espera de la decisión judicial, con los perjuicios que ello pueda conllevar.
- b) Extinguir la relación e interponer una acción posterior asumiendo el riesgo que pueda producir un pronunciamiento desfavorable.

c) Solicitar medidas cautelares, a la espera de la sentencia, lo cual, a mi modo de ver, es la solución más sensata dado que, con esta intención se legisló en la LRJS y los efectos son, en cualquier caso, mucho menos nocivos para los intereses del trabajador. El desarrollo de esta corriente jurisprudencial está aún por determinar⁷⁹⁷. Considero que lo que pretendía el Tribunal no era ir contra lo establecido en la nueva ley procesal, sino tan solo manifestar la naturaleza de las decisiones que pueden tomarse, ya sean constitutivas o declarativas, puesto que, si bien el voto particular es comprensiblemente crítico, no es menos cierto que lo lógico será que el trabajador haga uso de las medidas cautelares de que dispone, en lugar de, simplemente, abandonar sus funciones. De no ser así, y cesar el trabajador arriesgando sus propios intereses de una forma innecesaria, lo cierto es que la relación quedaría extinta desde el momento de su declaración, por lo que tendría cabida la consideración que hace el Tribunal respecto de las decisiones constitutivas.

De lo contrario, y si lo que se pretende es restablecer tesis anteriores, se estaría volviendo a una doctrina ciertamente antigua y ambigua, que en nada favorece a los intereses del trabajador.

3. Los requisitos de gravedad y culpabilidad

Los conceptos de gravedad y culpabilidad son parte esencial del debate doctrinal y jurisprudencial en el ámbito de la extinción causal. Si bien sobre el primero de ellos hay bastante unidad en la doctrina y puede hacerse un mejor análisis dada la redacción del artículo 50 y su relación con el 1124CC, el segundo de ellos ofrece numerosos inconvenientes. Por ello, a diferencia de lo que ocurría⁷⁹⁸ con las exigencias de perjuicio a la formación profesional y dignidad del trabajador, en que llegaron a estudiarse de manera conjunta, en este caso habrán de ser

⁷⁹⁷ Hasta ahora, destacar la STSJ de Castilla y León, de 20 de marzo de 2013 (RJ.2013/174802).

⁷⁹⁸ Previa promulgación del RD 3/2012, de 10 de febrero

analizados de forma individualizada, y con mayor motivo si se tiene en cuenta la enorme discusión que genera el concepto de culpabilidad como se verá a continuación.

En este sentido, y a pesar de que su desarrollo es dispar, el origen de ambos preceptos denota un claro paralelismo con los requisitos de gravedad y culpabilidad que motivan al despido disciplinario del artículo 54ET. Sin embargo, y aun siendo conscientes de la innegable similitud de ambas figuras es conveniente, como recuerdan SEMPERE NAVARRO Y SAN MARTÍN MAZZUCCONI⁷⁹⁹, no caer en “*el carácter compensador de desigualdades*”. Con esta acertada expresión se recuerda que, en el Derecho del Trabajo, es necesario ser extremadamente cuidadoso a la hora de realizar paralelismos entre figuras aparentemente similares dado que la condición que asiste a ambas partes de la relación laboral (empresario y trabajador) no es de igualdad. Por esta razón, en el caso concreto, un acercamiento entre la concepción de despido disciplinario y extinción causal pudiera ser ciertamente peligroso.

Es más, incluso dentro del propio artículo 50ET, dichos requisitos operan de forma diversa, por lo que serán estudiados de forma autónoma en cada caso. Por poner un ejemplo, en los motivos que inducen al empresario a no abonar el salario al trabajador, puede no existir un ánimo incumplidor, esto es, puede haber ausencia de culpa, hecho que no enerva la gravedad de la acción. Sin embargo, y una vez determinada la importancia del incumplimiento, no existirán problemas para observar la culpabilidad del empresario en los supuestos de modificación sustancial, ya que ésta se lleva a cabo por su propia voluntad. Es por ello que la importancia de una y otra característica dependerán del supuesto de hecho concreto y del desarrollo jurisprudencial que de ellos se dé.

En realidad, toda la polémica de la comparativa tiene su origen en la redacción de ambos preceptos. Mientras en el caso del despido disciplinario la exigencia implícita para cualquier conducta dañina del trabajador es un “*incumplimiento*

⁷⁹⁹SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Aranzadi.2001. Navarra. Pág.40

grave y culpable”, en el caso del empresario el artículo 50ET facilita la libertad de interpretación según el apartado del propio precepto que se invoque.

Dicho lo cual parece que, en cualquiera de los casos, cuando se habla de gravedad y culpabilidad, siempre habrá de estarse ante conductas con suficiente entidad para, por sí mismas, proporcionar el resultado del precepto (despido o extinción), y que dicha decisión se entienda proporcional al daño causado.

Sin embargo, en este epígrafe se tratarán los conceptos de gravedad y culpabilidad de un modo específico, ateniéndonos a su afectación a la dignidad del trabajador, requisito exigido por el 50.1.a) para habilitar sus efectos.

3.1. Respecto de las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo

3.1.1. Gravedad

El concepto de gravedad se hace, en este caso, más especial y específico si cabe. Ello se explica teniendo en cuenta la remisión al 41.3ET a la hora de establecer las causas. Así, una primera lectura del artículo 50 lleva a la conclusión de que, en este caso, la importancia del concepto de gravedad queda un tanto desvirtuada por el objeto del perjuicio causado, que se refiere a la dignidad profesional del trabajador. De este modo, podría decirse que la extinción causal será ajustada a derecho si se produce el daño específico al trabajador, más allá de si es considerado grave o no.

No obstante, son varias las razones que han de conducir a un análisis más exhaustivo del precepto y al rechazo de esta primera visión. Efectivamente, el Estatuto de los Trabajadores exige que los perjuicios causados a este respecto tengan un requisito especial, el daño a la dignidad del trabajador, lo cual no quiere decir que no se atenga a la gravedad de la conducta.

Y ello principalmente porque la remisión comentada con anterioridad refiere a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. De este modo la gravedad de la conducta se hace necesaria y queda implícita en la misma por la

naturaleza del artículo citado. En segundo lugar por el hecho de que una agresión a la dignidad del trabajador debe considerarse, por regla general, de notoria importancia.

Por tanto, ha de entenderse el requisito de este precepto como una adición y no como una sustitución, del requisito de gravedad exigido por el ordenamiento laboral. Si el ilícito no reviste suficiente entidad no cabrá acogimiento ni al artículo 50ET ni al 41.3ET. Por el contrario, si existe modificación sustancial que no afecte a la dignidad del trabajador, habrá de atenerse al segundo precepto.

Respecto a los motivos de la exigencia de la gravedad varias son las opiniones vertidas. De este modo, una primera visión indica la necesidad de que exista cierta entidad en la conducta acudiendo al paralelismo con el despido disciplinario contenido en el art.54ET. Es en mi opinión una postura bastante acertada si bien es preferible huir de paralelismos con otras figuras. Más aún, cuando el propio artículo 50, a la hora de dejar abiertas las causas utiliza la expresión “*cualquier otro incumplimiento grave*”, lo que nos lleva a pensar que, de manera implícita, la gravedad se presupone en los supuestos anteriores. No obstante, la mayoría de autores⁸⁰⁰ coinciden, y esa parece ser la opción más acertada, en que la verdadera razón de la exigencia de gravedad es la conservación del contrato de trabajo que inspira el ordenamiento jurídico laboral. Más aún, pudiera añadirse el principio de proporcionalidad entre la acción cometida y la sanción impuesta que será, a nivel laboral, la más traumática, esto es, la extinción.

También podría alegarse, desde el punto de vista del trabajador, que la modificación *afecte a lo esencial de lo pactado y ser de tal índole que, en términos generales, frustre las aspiraciones o expectativas legítimas del*

⁸⁰⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Aranzadi. 2001. Navarra. Pág.69.

ÁLVAREZ GIMENO, R.: *La extinción causal por voluntad del trabajador*. Ed. Comares. 2012. Granada. P.117

*trabajador y voluntaria, reveladora de una conducta pertinaz y definitiva de incumplimiento de las obligaciones contractuales.*⁸⁰¹

Lo que sí queda claro es que no cabe una interpretación literal del artículo a la hora de determinar la gravedad del supuesto. De lo contrario debería entenderse que las modificaciones que alteraren cualquier aspecto referenciado en el procedimiento concreto serían susceptibles de la extinción por la vía del art.50ET. No obstante, considero que, en los términos del propio precepto, el perjuicio también debe ser de entidad y no referirse a supuestos de error manifiesto y subsanable posteriormente por parte del empresario.

En este sentido, la reforma del Estatuto de los Trabajadores por la L3/2012 ha supuesto un importante cambio en diversos aspectos referidos a las causas de modificación sustancial y que, en el futuro, pueden suscitar cierta controversia en el ámbito extintivo. Considero en este sentido que probablemente la transición más compleja será la referida a la nueva redacción del art.41.1.d) en que se incluyen las modificaciones en la “*cuantía salarial*”. Se trata sin duda de uno de los aspectos más importantes de la relación laboral y parte esencial del objeto del contrato. Pues bien, tal variación no podía, hasta la promulgación de dicha Ley, llevarse a cabo por la vía de la modificación sustancial, situación distinta a la actual. Es por ello que diversas sentencias sobre supuestos anteriores a la reforma todavía consideran tal modificación ilícita⁸⁰², pero el desarrollo jurisprudencial ha de cambiar en la medida en que vayan apareciendo nuevos supuestos de hecho.

En definitiva, las modificaciones que se lleven a cabo deben repercutir en partes “esenciales” de lo pactado y producir un perjuicio en la dignidad del trabajador.⁸⁰³ En cualquier caso, la peculiaridad de este primer supuesto residirá

⁸⁰¹STSJ de Cataluña, de 26 mayo (AS.2008/1881)STS de 8 de febrero de 1993 (RJ.1993/749) y 24 de noviembre de 1986 (RJ.1986/6508)

⁸⁰² Así la STS de 12 junio 2013. (RJ.2013/5731) y de 5 de junio de 2012 (RJ.2012/9282) y STSJ de Andalucía, de 9 de octubre de 2013 (AS.2013/36557).

⁸⁰³STSJ de la Comunidad Valencia, de 22 febrero (AS.2007/1410) SSTS de 23 de noviembre de 2000 (RJ.2001/119686), de 21 de junio de 2001 (RJ.2001/1859) y de 17 de febrero de 2005 (RJ.2005/788)

en el hecho de que la sustancialidad vendrá implícita⁸⁰⁴ en el comportamiento por lo que únicamente será necesario probar su existencia, más allá de la cuantía u otros extremos que carecen aquí de interés.⁸⁰⁵

Es lo que se ha llamado jurisprudencia objetivadora⁸⁰⁶ que entiende que:

- El requisito de gravedad de la conducta del empresario se perfila en cada caso con el incumplimiento del mismo.
- La culpabilidad no es necesaria para generar el incumplimiento

3.1.2. La culpabilidad

La culpabilidad es, sin lugar a dudas, el más cuestionado de los requisitos que se exigen en el ámbito de la extinción causal. Se trata de una figura muy criticada que, a menudo, suele ser obviada por la doctrina por su inoperancia.

Además, se plantea la disyuntiva de a quién atribuir la responsabilidad, a la empresa o al empresario. *La responsabilidad de la empresa es la posibilidad justificada de culpar y castigar a las propias corporaciones y no sólo a sus miembros individuales.*⁸⁰⁷ Y ello por el hecho de que las repercusiones van a ir en realidad en detrimento de la compañía, y no del empresario, aunque en última instancia es quien acomete el incumplimiento.

⁸⁰⁴ GONZÁLEZ DE PATTO, R.Mª. : *La dimisión provocada*. Ed. Comares. Granada. 2009. Pág.141.

⁸⁰⁵ De necesaria mención la Sentencia de 12 julio 2013 (RJ.2013/6260). En ella se expone el caso de una contrata de limpiezas cuya asignación queda reducida por la Administración Pública y se ve obligada a realizar despidos y a modificar el horario de los trabajadores restantes a fin de poder mantener, así lo dicen los hechos probados, el mayor número de puestos de trabajo posible. Es por ello que la sentencia reconoce la modificación sustancial pero no el perjuicio en la dignidad de los trabajadores, teniendo en cuenta que se respetó el procedimiento legalmente establecido y existió un previo período de consultas.

⁸⁰⁶ SSTs de 21 de noviembre de 2000 (RJ.2000/10303); de 25 de enero de 1999 (RJ.1999/898) y de 24 de marzo de 1992 (RJ.1992/1870). También SSTSJ de Madrid, de 12 de diciembre de 2012 (AS.2013/215) y de 17 de octubre de 2006 (AS.2007/182); de las Islas Canarias, de 18 de noviembre de 2005 (AS.2005/3664); de la Comunidad Valenciana, de 19 de julio de 2005 (AS.2005/3415); de Aragón, de 26 de enero de 2004 (AS.2005/849); y de Galicia, de 12 de julio de 2001 (AS.2001/1924).

⁸⁰⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *La culpabilidad penal de la empresa*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2005. Pág.87

Dentro de la doctrina especializada, que normalmente en este supuesto corresponde a los órdenes civil y penal, se defienden básicamente dos posturas. Una primera objetivista según la cual será inexigible una conducta cuando ésta pudiera haber sido evitada actuando “*como un hombre medio*” y una segunda, de carácter más subjetivo en que se valora la conducta individual en cada caso.⁸⁰⁸

No obstante, en el ámbito del Derecho del Trabajo, y más aun en incumplimientos en materia contractual, hay que ser muy escépticos a la hora de adoptar dichos posicionamientos.

Comúnmente ha pretendido realizarse un paralelismo con el art.1124CC exigiéndose el ánimo de dañar al otro para observar el incumplimiento de parte. Sin embargo, ni siquiera ya en el ámbito civil persiste esta idea. Al contrario, la más moderna jurisprudencia ha sustituido *el ánimo rebelde* que venía exigiendo en el pasado, por *la frustración de las legítimas expectativas del contratante*.⁸⁰⁹ O dicho de otro modo, ha puesto de manifiesto la irrelevancia de la intención del empresario en detrimento del daño objetiva y efectivamente causado.

No se trata no obstante de un problema exclusivo de las relaciones laborales, sino que afecta a la práctica totalidad de las modalidades jurídicas existentes. No obstante, el concepto de culpabilidad ha ido evolucionando desde una primera interpretación asimilable a la *reprochabilidad*⁸¹⁰, a otra más cercana a las consecuencias del hecho dañino. Y ello porque, en el ámbito de las modificaciones sustanciales, no cabe interpretar un ánimo de perjuicio por parte del empresario, sino más bien el intento por mejorar la estructura y rendimiento

⁸⁰⁸ Ambas teorías, cuyos autores más representativos son FREUDENTHAL y Goldschmidt, vienen recogidas por MELENDO PARDOS, M.: *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*. Ed. Comares. Granada. 2002. Pág.55

⁸⁰⁹ SSTs de 19 de noviembre de 2009 (RJ.2009/7294) y de 9 de marzo de 2005 (RJ.2005/2219). Se excluyen, no obstante, los supuestos en que aquel que insta la resolución hubiera incumplido también con sus obligaciones contractuales como sucedió en el supuesto resuelto por STS de 28 de enero de 2010 (RJ.2010/12). Del mismo modo, LOUSADA AROCHENA, J.F.: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. En RDS. Nº48. Albacete. Octubre-Diciembre. 2009. Págs.109-128 (113).

⁸¹⁰ GOLDSCHMIDT, J.: *La concepción normativa de la culpabilidad*. Ed. IBdeF. 2ª edición. Buenos Aires. 2002. Pág.84.

de su empresa, por regla general. Pero lo cierto es que se produce un daño y que, más aun, se deriva de incumplimientos activos del empresario en materia contractual, por lo que respecta al 50.1.a) ET, que deben ser resarcidos.

Por supuesto, existen excepciones a la regla general. El más claro caso de falta de culpabilidad es la fuerza mayor⁸¹¹, excluida expresamente de los supuestos habilitantes del precepto⁸¹², en que como es natural, el empresario no tiene responsabilidad alguna pues se habla de sucesos fuera del alcance previsor o de la conducta del empresario. Sin embargo, dicha exclusión se hace únicamente en el apartado c), referido a cualquier otro incumplimiento grave del empresario, pero no de los primeros dos supuestos del artículo. Considero que el hecho de que no sea contemplada en supuestos concretos como los referidos no es involuntaria. El legislador, a la hora de redactar el art.50ET entendió que la falta de pago y las modificaciones sustanciales responden siempre a conductas activas por parte del empresario, más allá de su intención o no de perjudicar a la otra parte. El resultado en ambos casos es siempre un perjuicio grave del trabajador, por lo que poco importa la intencionalidad del empresario. En cambio, el apartado c) refiere a un heterogéneo grupo de supuestos, que el ordenamiento en caso alguno puede restringir o enumerar. Es por ello que se establece dicha limitación para supuestos en que, efectivamente, no haya existido voluntariedad por parte del empresario, voluntariedad que el ordenamiento presume en las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

⁸¹¹ La fuerza mayor se configura como causa de extinción del contrato de trabajo por el art.49.1.h) ET si bien ésta ha de ser constatada por la Autoridad Laboral e incluso puede pactar que “la totalidad o una parte de la indemnización que corresponda a los trabajadores afectados por la extinción de sus contratos sea satisfecha por el Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio del derecho de éste a resarcirse del empresario” (Art.51.7ET).

⁸¹² STSJ de Málaga de 15 septiembre de 2000 (AS.2000/3509). En este sentido suele aplicarse el artículo 47.2.ET que habilita la modificación de la jornada de trabajo por causas técnicas, organizativas, productivas o económicas o fuerza mayor. Muy utilizado este “recurso” en casos como por ejemplo los profesores de religión en centros públicos de enseñanza. SSTS 19 diciembre 2011 (RJ.2012/158; RJ.2012/286; RJ.2012/386; RJ.2012/381; RJ.2012/380); SSTS de 20 diciembre 2011(RJ.2012/391; RJ.2012/388; RJ.2012/387; RJ.2012/390; RJ.2012/392; RJ.2012/393; RJ.2012/389); STS de 21 diciembre 2011. (RJ.2012/1880) ; STS de 24 enero 2012(RJ.2012/2154); STS de 25 enero 2012 (RJ.2012/2457); STS de 13 marzo 2012 (RJ.2012/146112)

No obstante, la jurisprudencia ha entendido algún supuesto que, sin poder considerarse fuerza mayor, si podría suponer una excepción en que interviene la falta de culpabilidad. Se trata de los casos en que las modificaciones tengan como justificación la prevención de riesgos laborales.⁸¹³

Así, los tribunales continúan entendiendo que para valorar las modificaciones sustanciales debe optarse por el criterio restrictivo, teniendo en cuenta únicamente aquellas posibilidades establecidas por el legislador. Sin embargo, la ya citada STS de 18 de diciembre de 2013 indica que *en el decurso de la vida del contrato de trabajo, caracterizado por ser de tracto sucesivo, las modificaciones pueden sobrevenir por varias razones: porque cambie la norma aplicable; por acuerdo entre las partes; por voluntad unilateral de una de las partes, bien por la facultad del empresario de variarlas; bien por el ejercicio de un derecho del trabajador.*

Pero aun dejando de lado lo anterior, ni siquiera la justificación al amparo del 1124CC podría sostenerse dado que, como se ha expuesto en reiteradas ocasiones, a la hora de trasponer un concepto civil al orden laboral, deben ser tenidas en cuenta las peculiaridades de uno y otro ordenamiento, y principalmente la desigualdad de partes, motivo por el cual creo que ni en ese caso estaría justificada la exigencia de culpabilidad.

Fuera de lo anteriormente expuesto, lo cierto es que es complicado separar la culpabilidad de la conducta empresarial por lo que su exigencia llega en ocasiones a ser redundante. Cuando se produce una modificación de las condiciones laborales, ésta ha de haber sido instada por una de las partes que será obligatoriamente el empleador, puesto que, en ningún caso el trabajador puede imponer nuevas condiciones si no vienen recogidas en leyes o en convenios

⁸¹³ STS de 18 de diciembre de 2013 (RJ.2013/8434) y de TSJ de Madrid, de 14 de junio (AS.2007/26962 y 26 de marzo (AS.2006/1187) de 2006. En la sentencia del Alto Tribunal se valora el supuesto de una trabajadora a la que la mutua detecto unos niveles de glucosa especialmente altos, y cuya recomendación era la de evitar el turno de noche. Así actuó la empresa y, a opinión del tribunal, dicha modificación no suponía en caso alguno una modificación sustancial de las condiciones de trabajo al estar amparada en motivos de salud contemplados en la L31/95 de prevención de riesgos laborales.

colectivos. De este modo, si una modificación contractual es considerada sustancial, resulta más que difícil separarla de la voluntad empresarial. Más aun en el caso que nos ocupa, puesto que el art.50ET fue redactado para supuestos en que las modificaciones sustanciales se hubieran realizado de forma anormal. Así, la culpabilidad se configura como un requisito implícito de la actuación empresarial difícil de desgajar del resto de las acciones que se llevan a cabo.

No puede, no obstante, generalizarse respecto de los motivos del 50.1ET. Efectivamente, en el caso de las modificaciones sustanciales es harto complicado exonerar de culpabilidad a la empresa. Sin embargo, no ocurre lo mismo en supuestos como el del impago o el retraso de los mismos.

Sí existe una cierta corriente que apunta a que una variación contractual a instancia del empresario es culpable cuando se produce de forma arbitraria. Sin embargo, esta apreciación reviste también bastantes problemas puesto que, si la modificación es ajustada a derecho la arbitrariedad pasará a ser una valoración de parte, mientras que si no lo es, y la conducta ha de considerarse injustificada, lo lógico sería reponer al trabajador en las condiciones precedentes a la modificación del contrato de trabajo.

En cualquier caso, y como se ha visto hasta el momento, cuando me he referido a la extinción causal lo he hecho desde el punto de vista de una modificación “unilateral”. Esta calificación no es baladí teniendo en cuenta que tal condición solapa de forma aun más contundente la citada culpabilidad con la acción empresarial. Así lo ha entendido la jurisprudencia de forma reiterada⁸¹⁴. Por regla general, para aceptar la extinción causal, el Tribunal Supremo suele exigir “*doble y conjunta base: que se hayan producido, por decisión unilateral del empresario, modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo; y que éstas redunden*

⁸¹⁴SSTS de 26 de marzo de 1985 (RJ.1985/1392), 16 de mayo (RJ.1986/2565), y 15 de noviembre (RJ.1986/6350) y 15 de diciembre de 1986 (RJ.1986/7384), 19 y 24 de febrero de 1987 (RJ.1987/1074 y RJ.1987/1113); y de 8, 10 y 27 de noviembre de 1989 (RJ.1989/8035 y RJ.1989/8264).

*en perjuicio de la formación profesional o en el menoscabo de la dignidad del trabajador.”*⁸¹⁵

Sin embargo, el concepto de unilateralidad no es sinónimo de culpabilidad. De hecho, la jurisprudencia exige el análisis separado y específico de cada caso. En concreto se hace especial énfasis en la importancia de la interpretación “*subjetivista y gradual*” de la conducta del empleador.

Por tanto, existe una imposibilidad manifiesta de alegación de culpabilidad -por sí sola- ante los Tribunales invocando el art.50.1ET puesto que el propio Tribunal, si considera arbitraria la medida, impedirá que se lleve a cabo y se mantendrán las condiciones anteriores.

Concluyendo, el requisito de menoscabo de la dignidad del trabajador supone una cualificación de la culpabilidad. Ello queda refutado por el hecho de que, en el caso del 41.3 la resolución supone una indemnización menor mientras que en el caso de la extinción del 50.1ET se prevé la máxima correspondiente al despido improcedente.

Se trata, por tanto, de una “*responsabilidad por resultado*”, en que no se distingue al autor del incumplimiento y al autor culpable, el daño no se produce en la causa sino en la consecuencia del ilícito⁸¹⁶.

3.2. Respecto de las faltas o retrasos en el pago del salario

Analizado ya el ámbito objetivo de la figura del impago, conviene, siquiera sucintamente, abordar el ámbito subjetivo de la misma y las características específicas que se dan en este caso.

3.2.1. La conducta empresarial

Por muy simple que parezca el hecho de que, en una relación laboral, la obligación de pago y, por tanto, la responsabilidad del incumplimiento, recaigan

⁸¹⁵STS de 20 junio 1990 (RJ.1990/5496)

⁸¹⁶ En términos penales, NÚÑEZ, R.C.: *Bosquejo de la culpabilidad*. En *La concepción normativa de la culpabilidad*. GOLDSCHMIDT, J. Ed. IBdeF. 2ª edición. Buenos Aires. 2002. Págs.61-78 (63).

siempre sobre el empresario, no es menos cierto que existen algunos matices que obligan al estudio pormenorizado de la casuística y la jurisprudencia al respecto.

En primer lugar, parece obvio que será el empleador el que habrá de realizar la conducta incumplidora, en este caso omisiva, de no abonar los salarios adeudados. No parece haber discusión acerca de la responsabilidad del mismo y así parece entenderlo también el artículo 49.1.j) ET que habilita la extinción de la relación laboral “*fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario.*” Así lo recuerda la jurisprudencia que califica como *ratio iuris*⁸¹⁷ del incumplimiento a la conducta empresarial.

Por tanto, ha de deducirse que, si de la falta de pago subyace cualquier motivo atribuible al trabajador no se estará dando, al menos en un primer momento, el incumplimiento necesario para la extinción causal. Como ya se ha expuesto anteriormente, una de estas razones podría ser un pacto entre ambas partes para renovar los plazos de pago, impidiendo que la deuda llegue a estar vencida. Sin embargo, hay casos más allá de la avenencia entre las partes.

Como otros posibles ejemplos, puede señalarse la aceptación tácita del pago con retraso o la negativa del trabajador a percibir el salario. En este segundo caso la motivación suele derivar del ánimo del empleado de forzar el incumplimiento por parte del empresario para poder solicitar la extinción por la vía del artículo 50.⁸¹⁸

⁸¹⁷ STS de 22 de septiembre de 1983 (RJ.1983/4264). En ella se expone que es requisito común a todas las causas de extinción del art.50ET, que exista un incumplimiento contractual empresarial, que además debe ir acompañado de la gravedad del ilícito, que debe ser imputable al mismo, no por el camino de la culpabilidad, sino por el hecho de ser el empleador responsable del incumplimiento. Así también las SSTS de 15 de marzo de 1991 (RJ.1991/1861); de 15 de enero de 1987 (RJ.1987/38); y de 15 de noviembre de 1986 (RJ.1986/6350). Así, “*el rechazo del actor a volver a su puesto de trabajo ofrecido en conciliación*” exime al empresario de toda responsabilidad, puesto que no puede apreciarse un comportamiento rebelde del empresario, como apostilló la STS de 6 de junio de 1991 (RJ.1991/5135).

⁸¹⁸ STS de 4 de abril de 1988 (RJ.1988/2930). En este sentido, el fallo expone que “*es cierto que en la determinación de la naturaleza del incumplimiento del contrato por parte de la empresa las sentencias de esta Sala oscilan desde las que se excluyen la culpabilidad de la empresa, configurando, el incumplimiento de modo objetivo (...) a las que incluyen esta culpabilidad de modo homólogo a la culpabilidad exigida en los supuestos de despido (...)*”. Entre las primeras pueden destacarse las SSTS de 13 de febrero de 1984 (RJ.1984/869); de 24 de marzo de 1992 (RJ.1992/1870); y de 16 de junio de 1987 (RJ.1987/4376), en las que se argumenta que “*no existe incumplimiento culpable de la empresa ya que*

Sin embargo, y precisamente por englobarse dentro de este artículo dos son los aspectos que, desde el punto de vista subjetivo, más importancia tienen a la hora de evaluar si se está ante un incumplimiento lo suficientemente relevante como para habilitar la finalización prematura e indemnizada del contrato de trabajo.

Estos requisitos son, como ya se ha comentado, la gravedad y culpabilidad. Como bien recuerda BORRAJO DACRUZ⁸¹⁹, su origen no es exactamente legislativo, sino jurisprudencial. Si bien es cierto que las sentencias⁸²⁰ que tuvieron como resultado la legislación laboral actual vienen derivadas de la aplicación de leyes anteriores (LCT de 1944 y Ley 16/76, de 8 de abril, de Relaciones Laborales), no es menos cierto que fue la doctrina judicial quien fue perfilando dichos preceptos.

3.2.2. La gravedad

La sustancialidad del incumplimiento es una nota característica en todos los apartados del artículo 50ET. Si bien la letra b) del artículo no exige tal requisito, ha de plantearse el hecho de si, ya sea de forma tácita, o por desarrollo jurisprudencial, es necesario exigirla a la hora de habilitar la causa extintiva.

Ciertamente, entre la doctrina es bastante común la exigencia de la gravedad y parece claro que en una situación como la actual en que la coyuntura económica, pero sobre todo laboral, es tan grave, no sería muy lógico entender que un leve retraso o el impago de una mensualidad sean requisito suficiente para la finalización de la relación laboral.

He de decir que, si bien opino que es necesario acreditar una gravedad accesoria a la meramente derivada de la redacción del artículo, no son menos ciertos los argumentos de quienes recelan de la casuística concreta. Y ello porque, como se

existía (cuando exista) *una situación económica difícil*". Mientras, como ejemplos de las segundas es muy definitoria la STS de 26 de marzo de 1985 (RJ.1985/1392).

⁸¹⁹ BORRAJO DACRUZ, E.: "Reinterpretación jurisprudencial del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores". En *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Colección Encuentros. Madrid. 1990. Pág.19

⁸²⁰SSTCT de 19 de abril de 1982 (AC.1982/2286); de 26 de febrero de 1982 (AC.1982/1166); y de 18 de enero de 1978 (AC.1978/200).

ha dicho antes, resulta cuando menos curioso que la falta de pago (un incumplimiento concreto) sea tratado de manera separada y no incluido en el 50.1.c) como cualquier otro incumplimiento grave, lo que da cuenta de su especial notoriedad e importancia para el ordenamiento laboral. En efecto, no creo que exista duda respecto al hecho de que un impago o un retraso en el abono del salario constituye *per se* un incumplimiento de extrema gravedad. Así, cuando se habla del impago de salarios se está ante una de las contravenciones más importantes, si no la que más, en cuanto a obligaciones contractuales en materia laboral.

En cualquier caso, si bien el incumplimiento es ya de por sí suficientemente relevante, sería en mi opinión desproporcionado tomar al pie de la letra la redacción del artículo y decir que cualquier retraso o impago genera el derecho a la rescisión del contrato de trabajo. Ello llevaría casi con total seguridad a un abuso de derecho y a una situación caótica.

Por ello, el propio ordenamiento distingue entre lo que podría llamarse un incumplimiento leve y uno grave. De este modo, puede decirse que, ante los simples retrasos o impagos puntuales cabe la aplicación del 29.3ET donde el empresario se verá obligado a abonar intereses por mora. Y por ende, cuando lo que se produce es un incumplimiento grave y manifiesto, procede la aplicación del artículo 50 y la extinción indemnizada.

Lo que sí debe tenerse en cuenta es que los criterios cuantitativos y cualitativos no son, en este caso, automáticos, si no que habrá que atender al caso concreto para determinar las circunstancias específicas y hacer una calificación que, si bien vendrá marcada por una gran carga subjetiva, se adecuará a cada supuesto. Del mismo modo opina el Tribunal Supremo que en reiterada jurisprudencia ha defendido la especificidad de cada caso como criterio resolutorio.

Sin embargo, existen ciertos criterios a los que sí puede acudir a la hora de distinguir la nota de gravedad. De nuevo se analizará de forma separada el caso del impago y del retraso.

En primer lugar, por lo que respecta al impago, puede decirse que, para que haya un incumplimiento de la suficiente entidad, ha de acudirse a elementos de juicio tales como la prolongación en el tiempo o la cuantía de lo adeudado. Desde un punto de vista cuantitativo, no obstante, el TS tiene como punto de referencia la falta de pago que exceda de las tres mensualidades.⁸²¹

En segundo lugar, no obstante, el caso del retraso se enfoca de forma distinta.⁸²² No se habla aquí de un impago sino de un abono irregular o que no se ha hecho respetando las condiciones pactadas. Por ello, habrá de introducirse un nuevo requisito como es el de la distancia entre la fecha de vencimiento y el pago efectivo de lo adeudado.

En cualquier caso, la jurisprudencia no es muy profunda ni unánime a la hora de determinar las características de la gravedad. Sí suelen distinguirse situaciones claramente reconocibles como “*la falta de pago o retrasos continuados*”⁸²³, de aquellos que son “*menores o episódicos*”.

En conclusión, no obstante, puede acudirse simplemente al tenor literal del artículo 50.1.c) para deducir que la gravedad viene implícita en el propio supuesto de hecho. Y ello porque, si dicho precepto se refiere a la extinción por “*cualquier otro incumplimiento grave*”, cabe deducir que el impago salarial constituye en sí mismo una contravención de la suficiente entidad como para que

⁸²¹ En este sentido, el TS entendió que tres mensualidades consecutivas no eran suficientemente graves en la STS de 25 de septiembre de 1995 (RJ.6892) a la que siguieron, por poner algunos ejemplos, las STSJ Extremadura, de 29 abril. (AS.2005/113421); de Cataluña, de 6 octubre. (AS.2004/308373); de Galicia, de 16 febrero 2007 (AS.2007/204679); de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 4 septiembre. (AS.2007/151); de Castilla y León, Valladolid, de 18 julio. (AS.2005/1804); de Islas Canarias, Las Palmas, de 30 marzo. (AS.2005/746). No obstante, sí acepto la gravedad de 4 mensualidades en la STS de 13 de julio de 1998 (RJ.1998/6169) a las que acompañaron posteriormente otras como las SSTSJ C. Valenciana, de 29 abril. (AS.2004/1176), de 29 de noviembre de 2001 (AS.6653/2001) y de 11 de enero de 2001 (AS.2001/164818); de Castilla y León, Valladolid, de 18 febrero de 2003 (AS.2003/1242); y de Asturias, de 1 marzo de 2002. (AS.2002/926).

⁸²² La STS de 26 de junio de 1987 (RJ.1987/4376) abogó por el análisis específico de “*La distancia entre el pago y el retraso*” y del mismo modo la STS (Sala de lo Social), de 14 julio 1984. (RJ.1984/4171) y las SSTSJ de Murcia, de 18 febrero de 2002 (AS.2002/487); del País Vasco, de 20 de noviembre de 2001 (AS.2002/82265); y de Aragón, de 9 abril de 1997 (AS.1997/1988)

⁸²³ STS de 25 de septiembre de 1989 (RJ.1989/6487)

su mera comisión pueda considerarse “grave”, aunque no tenga porque ser suficiente para habilitar la extinción indemnizada.

Así, los planteamientos jurisprudenciales acerca de cuándo procede la extinción del contrato ex art.50.1.b) ET no se alejan de las tradicionales doctrinas, en que, para que prospere la causa resolutoria se exige el requisito de gravedad respecto de la obligación del pago puntual recogido en los arts.4.2 f) y 29.1.ET, habiendo de ponderarse dicha entidad en los requisitos objetivos de tiempo y cantidad. En este sentido, se cumplirá el primero de ellos cuando existan retrasos continuados en el tiempo y, el segundo, cuando *“el impago de los salarios no es un mero retraso esporádico, sino un comportamiento persistente, de manera que la gravedad del incumplimiento se manifiesta mediante una conducta continuada del deber de abonar los salarios debidos”*. Así, dicho incumplimiento será en todo caso ajeno a la voluntad del empresario, situación que no enervará la acción del trabajador.⁸²⁴

Así lo entiende la mayoría de la doctrina que, si bien reconoce que el incumplimiento del deber de abonar el salario es en sí mismo de extrema gravedad, debe revestir ciertas características de tipo cuantitativo y cualitativo⁸²⁵ a la hora de ser considerada causa extintiva, lo cual no es óbice para que el empresario asuma la responsabilidad, incluso de los retrasos esporádicos.

3.2.3. Culpabilidad

Por lo que respecta al requisito de culpabilidad, este es, sin lugar a dudas, uno de los más controvertidos y discutibles dentro del análisis de la extinción del contrato de trabajo pero, más aun, cuando lo que se estudia es la finalización anticipada por la vía del 50.1.b). Y ello se explica por el hecho de que se trata de una situación sobre la que es difícil aunar posturas.

⁸²⁴ Dichos planteamientos han sido refrendados por las más actuales sentencias, entre las que pueden incluirse las SSTS de 3 de diciembre de 2013 (RJ.2014/71); de 16 de julio (RJ.2013/6582) y de 20 de mayo de 2013 (RJ.2013/6082); de 9 de diciembre de 2010 (RJ.2011/239) y de 10 de junio de 2009 (RJ.2009/3261).

⁸²⁵ DURÁN LÓPEZ, F., “Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido”, en Relaciones Laborales. Nº11. 1990. Págs.370ss.

Como se ha visto anteriormente al hablar de la gravedad, los Tribunales han sido capaces de establecer unas pautas e, incluso, una casuística que permite distinguir ciertos supuestos que pueden asimilarse a una conducta cualificada e incumplidora, y otros que no.

Sin embargo, en el caso de la culpabilidad la situación varía sustancialmente dado que la discusión no versa sobre un supuesto de hecho en concreto, sino sobre si una conducta culpable es necesaria para habilitar la vía de la extinción.

Pueden encontrarse, por tanto, posturas que exigen un elemento subjetivo (subjetivistas) lo que supone exigir al mero hecho incumplidor una conducta dolosa o adicional en que exista un ánimo manifiesto de no satisfacer las obligaciones a las que el empresario se ha comprometido. Por otra parte, existen tesis que abogan por un enfoque objetivista del asunto asumiendo que la conducta culposa deriva intrínsecamente de la gravedad o sustancialidad del objeto del incumplimiento.

De este modo, se extrae en ciertos casos una discusión más propia del ordenamiento civil sobre si ha de exigirse la culpa del empresario o su conducta debe alcanzar la categoría de dolosa. Así, podría llegarse a la conclusión de que:

- La doctrina subjetivista entiende que no existe culpabilidad salvo que exista dolo. Se trata por tanto de una opinión muy cercana a las posturas típicas del derecho penal en que se entiende que no hay responsabilidad sin dolo o negligencia. Cabría exigir, para que se diera el supuesto del artículo 50, una voluntad deliberada de incumplir una obligación contraída.
- La doctrina objetivista opina que la mera sustancialidad del incumplimiento la hace, por sí sola, grave y culpable ante el ordenamiento. En efecto, se entiende que como el obligado al pago es el empresario, la falta del mismo supondrá en cualquier caso su responsabilidad en el incumplimiento. Más aun cuando la conducta, sostiene la propia doctrina, supone una contravención de lo convenido de

tal magnitud que el legislador ha optado por darle un apartado propio más allá de las modificaciones sustanciales y de la cláusula de cierre.

Pero la discusión no se ha dado únicamente en el ámbito teórico. La jurisprudencia ha tenido grandes problemas a la hora de alcanzar una postura unitaria. No obstante, puede deducirse una evolución en los pronunciamientos.

En un principio los Tribunales venían exigiendo la intervención de culpa en la conducta empresarial. En concreto, la “*manifestación deliberadamente rebelde*”⁸²⁶ en la actitud del empresario. Sin embargo, dicha interpretación fue muy criticada. Si bien se llegó a aducir el principio de permanencia de los contratos (3.1.CC), lo cierto es que se trataba de una visión, cuando menos, generosa, para con el empresario. Debe tenerse en cuenta que, según esta postura, la falta de pago o retraso en las retribuciones no se considera un incumplimiento grave por sí solo.

Por este motivo, fue una postura muy criticada por cuanto la actitud del empleador debía ser especialmente reprobable y requería una conducta activa. Dicha tesis era manifiestamente perjudicial para el trabajador y de ahí su rechazo.

Manifestaba la jurisprudencia que dicha “justificación” de la conducta empresarial se sostenía por las crisis cíclicas de la economía o, de un modo más concreto, de la mala marcha de las empresas. Dada la actualidad de esta situación en la realidad laboral española este aspecto será tratado más adelante.

En este sentido, BORRAJO DACRUZ sostiene que un incumplimiento se convertirá en propio cuando la voluntad deliberadamente rebelde “*patentiza*” en el empresario acreedor.⁸²⁷ Sin embargo, todas las definiciones posibles a estos efectos perdieron en sí mismas mucho valor tiempo atrás. Porque lo cierto es que

⁸²⁶ SSTS de 3 abril 1997 (RJ.1997/3047); de 6 junio de 1991 (RJ.1991/5135); de 8 de abril de 1991. (RJ.1991/3255); de 15 de marzo de 1991 (RJ.1991/1861); de 4 de diciembre de 1990 (RJ.1990/9752); de 15 de marzo de 1991 (RJ.1991/1861); de 10 de marzo de 1990 (RJ.1990/2046 y de 15 de enero de 1987 (RJ.1987/38).

⁸²⁷ BORRAJO DACRUZ, E.: “*Reinterpretación jurisprudencial del art.50 del Estatuto de los Trabajadores*”, en Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Madrid. 1990. Pág.29

los Tribunales cambiaron su postura y dejaron de amparar tales conductas siendo precisa únicamente la gravedad a la hora de apreciar la causa extintiva del artículo 50ET. Más aun, ni siquiera se tiene en cuenta la gravedad de la conducta del empresario. El foco es, única y exclusivamente, la entidad del incumplimiento.

En conclusión, lo cierto es que en la actualidad el requisito que modula realmente la aparición del 50.1.b) es el de gravedad, quedando el de culpabilidad en un segundo plano. Y ello porque los motivos de crisis económica, ya sea estructural o cíclica, de la empresa, parecen insuficientes para exonerar de responsabilidad al empresario. Más aún cuando, como recuerdan autores como CRUZ VILLALÓN Y JUANES FRAGA⁸²⁸, el empresario tiene otras opciones como la suspensión del contrato de trabajo o incluso la extinción, si prevé que no va a poder cumplir con sus obligaciones contractuales.

Pero, sin duda, fue la STS de 24 de marzo de 1992⁸²⁹ la que definió que *“la extinción del contrato (de trabajo) por causa del art. 50.1.b) no se produce por el dato de que el incumplimiento empresarial sea culpable, sino que la culpabilidad no es requisito para generarlo...”* y destacando la gravedad de la conducta independientemente de la buena o mala fe del empresario.

Por tanto, y pese a que existen posiciones jurisprudenciales que atienden a otras ponderaciones (casi todas ellas previas a la sentencia citada), la doctrina alberga ya pocas dudas al respecto y parece claro que las conductas han de ser interpretadas *“con independencia de la culpabilidad del empresario”*.⁸³⁰

⁸²⁸ CRUZ VILLALÓN, J. Y JUANES FRAGA, E.: *Resolución del contrato. En Extinción del Contrato de Trabajo, Manual Práctico*. Ed. Francis Lefebvre. Madrid. 1998. Pág.207

⁸²⁹ RJ.1870

⁸³⁰ DE MIGUEL LORENZO, ANA M^a. : *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Estudios de Derecho Laboral. Madrid. 1993. Pág.92

3.2.4. Novedades en cuanto a gravedad y culpabilidad (la crisis económica)

La actual situación económica hace que un gran número de pronunciamientos tengan su fundamento en el impago de salarios. En muchas de ellas, aun concurriendo el requisito jurisprudencial que exige que los retrasos o impagos excedan de tres mensualidades para apreciar la necesaria gravedad, las empresas alegan la deteriorada situación económica que sufren.

El requisito de las tres mensualidades ha subsistido durante mucho tiempo en la jurisprudencia española como límite objetivo entre un incumplimiento ordinario y el habilitante de la causa extintiva. La culpabilidad, por su parte, poca o ninguna importancia ha revestido en este sentido. En realidad, la práctica mayoría de la jurisprudencia aun mantiene este criterio.

Sin embargo, los propios tribunales son los que reconocen la necesidad de un enfoque eminentemente casuístico.⁸³¹ Debe valorarse por tanto que la resolución no responda a un retraso esporádico, sino a comportamientos reiterados y persistentes, cuya trascendencia sea innegable. Es decir, debe valorarse la gravedad del incumplimiento cometido y su permanencia en el tiempo.

Algunas sentencias de tipo residual, por cuanto no han gozado de respaldo posterior, opinaban que el mero incumplimiento del pago del salario era de por sí suficiente para amparar la extinción.⁸³²

La mala situación de la que adolecen las empresas ha sido habitualmente la justificación esgrimida a la hora de razonar el porqué de la no satisfacción de las obligaciones contraídas con el trabajador. Se entendía, por tanto, que en el incumplimiento no existía un ánimo doloso o de perjuicio personal para con un trabajador en concreto. Simplemente, la situación, ya fuera coyuntural o estructural, no permitía a la compañía hacer frente a la generalidad de los pagos adeudados, no sólo con sus trabajadores, sino también con el resto de acreedores.

⁸³¹ STS de 25 de septiembre de 1995 (RJ.1995/6892).

⁸³² STS de 21 de marzo de 1988 (RJ.1988/2335)

Ante esta situación los tribunales respondían de forma diversa y no existía una línea generalizada a la que atenerse. En realidad, dicha ambigüedad es paralela a la falta de acuerdo acerca de la concepción de cuándo se está ante un retraso o impago susceptible de ser englobado en las conductas del artículo 50. Así, si resulta complicado distinguir cuantitativamente cuando se ha vulnerado este precepto, más aun si el análisis se hace desde el punto de vista de la voluntad de los sujetos.

Sin embargo, dos son las razones que hacen que la crisis económica de la empresa sea en la actualidad un razonamiento, en mi opinión, de poco valor.

En primer lugar justificar los impagos amparándose en una situación económica negativa supone el exonerarse de la responsabilidad o la culpa de los impagos. Este razonamiento es cada vez más ineficaz puesto que, como se ha explicado anteriormente, la jurisprudencia acude cada vez menos a las tesis subjetivistas no siendo de relevancia la conducta del empresario a la hora de valorar la sustancialidad de los impagos.

En segundo lugar porque lo que, con anterioridad, podía calificarse como crisis de la empresa o incluso del sector, es hoy una situación negativa a nivel mundial. Por tanto, aceptar por reglar general que una situación anómala de determinada empresa es debida a la crisis sería poco menos que justificar la práctica totalidad de los impagos que se producen en nuestro país.

En cualquier caso, lo que queda claro es que la indefinición que existía en los Tribunales era muy perjudicial para los intereses del trabajador. Más aun cuando la empresa, si era consciente o preveía que no iba a poder satisfacer los salarios a que se comprometió, podía acudir a diferentes opciones que le ofrece la normativa laboral. En este sentido, la jurisprudencia aboga por una conducta activa del empresario que vaya en la dirección de proteger lo acordado o facilitar

la rescisión. Medidas que van desde la suspensión de los contratos de trabajo, reducción de salarios o, incluso, despidos colectivos.⁸³³

En ocasiones, la jurisprudencia entiende que la resolución causal, al ser individual, peca de insolidaria con el resto de compañeros que están en idéntica situación, al punto de reconocer que no ha lugar “*cuando se encuentra justificada por la situación difícil que atraviese la empresa o cuando de suceder a la resolución pretendida, ello comporte un atentado al orden técnico y humano*”.⁸³⁴

No podría estar más en desacuerdo. Tildar de insolidario el ejercicio de un derecho cuando está reconocido expresamente y, más concretamente, en este caso, supone tachar de injusto el propio precepto, cuyo supuesto de hecho es, básicamente, la mala situación de la empresa. Entiendo que cuando el legislador redactó la norma lo hizo entendiendo que las situaciones de impago se producen por la mala situación de la empresa, y no por mera decisión arbitraria del empresario.

Sí parece más criticable, sin embargo, que un trabajador solicite la finalización de su contrato de trabajo cuando se esté negociando un despido colectivo.⁸³⁵

⁸³³ En la STS de 25 de enero de 1999 (RJ.1999/898), se expone con claridad que “*En efecto, pues si tal situación de crisis económica concurre impidiéndole cumplir con su obligación de pago puntual de salarios la norma estatutaria le posibilita el acudir a las formas de modificación de las condiciones de trabajo, suspensión o extinción «ex» arts. 41, 47, 51 ó 52 c) ET, pero no puede obtener por su propia autoridad y contra la voluntad de los trabajadores afectados una quita o aplazamiento en el pago de sus obligaciones salariales, por lo que de no acudir a tales figuras y persistir en su continuado incumplimiento existe justa causa para la extinción contractual «ex» art. 50.1 b) ET a instancia de los trabajadores afectados. En suma, que una situación económica adversa, ponderable a efectos de posibilitar la modificación, suspensión o extinción de los contratos de trabajo, no es aducible, sin embargo, para excluir la aplicación de la causa resolutoria «ex» art. 50.1 b) ET, ya que dicha situación no afecta al esencial deber de abonar puntualmente los salarios.*”

⁸³⁴ STS de 11 de mayo de 1987 (RJ.1987/3671)

⁸³⁵ STS de 5 marzo de 2012 (RJ.2012/4039). Se han desestimado en este sentido, gran número de acciones cuando existía pacto con los trabajadores para el pago extemporáneo de la deuda ante dificultades económicas de la empresa. Sin embargo aquí, el razonamiento para dicha desestimación no es la situación económica, sino la existencia de un pacto al respecto. Véanse las SSTSJ de Cataluña, de 12 de marzo de 2013 (AS.2013/177487); y de 18 de diciembre de 2012 (AS.2013/1039); de Madrid, de 18 de febrero de 2013 (AS.2013/783); de Murcia, de 16 de julio de 2012 (AS.2012/275715); de la Comunidad

Debería entenderse que el trabajador trata de conseguir una indemnización mayor que la del resto de sus compañeros, afectados de igual modo por la situación de crisis.

De hecho, reciente jurisprudencia ha desestimado acciones de empleados que reclamaban la extinción causal del art.50ET en base a impagos en que la empresa había llegado a acuerdos con los representantes de los trabajadores que conocían y aceptaban el retraso en el pago del salario a causa de las dificultades económicas de la empresa. Así, y en base al art.1113CC no se estima que tal deuda sea siquiera exigible, si ha existido un nuevo acuerdo al respecto.⁸³⁶

En previsión de esta situación, el artículo 51.9ET autorizaba a los trabajadores a solicitar el despido colectivo *“si racionalmente se presumiera que la no incoación del mismo por el empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación.”* Sin embargo, dicha posibilidad no era en sí misma sencilla. En primer lugar porque no era una facultad directa, sino que había de ejercitarse a través de los representantes de los trabajadores y, en segundo lugar, porque era el empresario el que realmente conocía la situación de la empresa, con la ventaja que ello suponía de cara a iniciar un procedimiento de este tipo.

En realidad, como se ha dicho con anterioridad, el ordenamiento pone al alcance del empresario diversas opciones con las que paliar la grave situación de la empresa antes de acudir a los impagos o retrasos en el abono del salario. Ha de entenderse por tanto, que por norma general, el carácter colectivo de las extinciones acometidas viene justificado en gran medida por la mala situación de la empresa, puesto que queda demostrado que el perjuicio causado no es

Valenciana, de 18 de abril de 2012 (AS.2012/1831); del País Vasco, de 17 de abril de 2012 (AS.2012/1718)

⁸³⁶Así lo corrobora la ya mencionada STS de 5 de marzo de 2012, en que se desestima la pretensión resolutoria del trabajador dado que *los representantes de los trabajadores estaban informados y aceptaban el retraso en el pago como forma de solventar el mal momento económico, lo que era conocido por trabajadores que habían consentido cobrar con retraso para que la empresa siguiera adelante y no tuviera que reducir la plantilla.* Del mismo modo las SSTSJ de la Comunidad Valenciana, de 16 de abril de 2013 (AS.2013/1827); y del País Vasco, de 23 de mayo de 2000 (AS.2000/3294).

individual ni arbitrario sino que se trata de una situación que afecta a la totalidad de la empresa. Ello puede enervar las acciones en base al art.50ET a título individual, como se verá más tarde, en favor del procedimiento colectivo.

En definitiva, a la hora de valorar la gravedad de la conducta incumplidora, lo que se tiene en cuenta es si los retrasos o impagos fueron continuados o esporádicos y no la gravedad de la situación de la empresa que, a estos efectos, resulta indiferente. Así lo entiende la jurisprudencia⁸³⁷ de manera unánime al punto de anular las sentencias que se alejan de esta línea⁸³⁸.

Así, en los pronunciamientos al amparo del apartado b) del Art.50 no se tendrá en cuenta la posible culpabilidad del empresario. Es por ello que *“no es evaluable la culpabilidad en la actuación empresarial como condicionamiento de la extinción contractual ni tampoco puede justificar aquella conducta, impidiendo la extinción”*.⁸³⁹

Por tanto, la extinción operará en base a criterios de gravedad, y no respecto a si el incumplimiento se debe al arbitrio injustificado del empresario, o a la existencia de circunstancias económicas adversas motivadoras del impago o retraso. Lo contrario supondría atenerse de nuevo a criterios de culpabilidad, desechados unánimemente como ya se ha expuesto anteriormente.

⁸³⁷ STS de 24 de marzo de 1992 (RJ.1992/1870)

⁸³⁸ RJ.1987/3899. También las SSTSJ de Asturias, de 10 de octubre de 2008 (AS.2008/2653); y de Madrid, de 15 de enero de 1998 (AS.1998/240).

⁸³⁹ STS de 25 enero 1999 (RJ.1999/898). Pero sobre la innecesaria culpabilidad empresarial y las posibles crisis de empresa, por todas SSTS de 21 de noviembre de 2000 (RJ.2000/10303); de 28 de septiembre de 1998 (RJ.1998/8553) y de 24 de marzo de 1992 (RJ.1992/1870). SSTSJ de Madrid, de 6 de febrero de 2012 (AS.2012/555); de Galicia, de 3 de febrero de 2012 (AS.2012/541); de la Comunidad Valenciana, de 20 de diciembre de 2011 (AS.2012/1242); de Andalucía, de 28 de junio de 2011 (AS.2011/352368); de Cataluña, de 23 de mayo de 2011 (AS.2011/2250); de Galicia, de 9 de febrero de 2011 (AS.2011/115970) y de 14 de enero de 2011 (AS.2011/2076); de Asturias, de 11 de noviembre de 2010 (AS.2011/49088); de Cantabria, de 5 de abril de 2006 (AS.2006/1203); de Cataluña, de 12 de septiembre de 2005 (AS.2005/3626); de Castilla y León, de 18 de julio de 2005 (AS.2005/1804); de Madrid, de 21 de junio de 2005 (AS.2005/1750).

Se mantiene por tanto la postura jurisprudencial introducida por la STS de 24 de marzo de 1992⁸⁴⁰ y en que la valoración de la conducta empresarial *es de naturaleza objetiva, al margen de cualquier elemento de culpabilidad subjetiva del empresario incumplidor*. Así lo han mantenido sucesivas sentencias⁸⁴¹ en los últimos años y, en mi opinión, es ahora cuando, con más razón es necesario mantener la exclusión de la culpabilidad, pues de lo contrario se estaría habilitando un gran número de acciones de extinción, teniendo en cuenta que la coyuntura actual incita al uso de esta justificación como excluyente de la extinción causal.

3.2.5. Subsanación

Una de las situaciones que se ha planteado en la práctica judicial es la situación que se produce cuando el empresario abona, de forma tardía, las cantidades adeudadas al trabajador. Cabe preguntarse si dicho pago sería suficiente para enervar la acción resolutoria.

La respuesta ha de ser, por regla general, negativa. Conviene no obstante diferenciar entre el pago extemporáneo previo a la acción resolutoria, y el que se hace una vez ésta ha sido interpuesta.

El primero de los casos es el que, ciertamente, suscita algunas dudas. El abono del salario fuera de los términos acordados en el contrato supone un incumplimiento del mismo. Hacerlo fuera de tiempo constituye un retraso que bien podría ser incardinado en el ejercicio de la acción del 50.1.b) ET. Por ello, en este caso habría de entrarse en valoraciones específicas, valoraciones que pueden llevar a la conclusión de que lo que existe es una simple mora en el pago que el Estatuto de los Trabajadores contempla en su art.29 para casos en que los

⁸⁴⁰ RJ.1992/1870

⁸⁴¹ SSTs de 5 de diciembre de 2013 (RJ.2013/8460); de 3 de diciembre de 2013 (RJ.2014/71 y 2013/8160); de 2 de diciembre de 2013 (RJ.2013/8441); de 19 de noviembre de 2013 (RJ.2013/8130); de 24 de septiembre de 2013 (RJ.2013/6852); de 16 de julio de 2013 (RJ.2013/6584); de 20 de mayo de 2013 (RJ.2013/6082); de 18 de febrero de 2013 (RJ.2013/2123); de 3 de diciembre de 2012 (RJ.2013/1402); de 26 de julio de 2012 (RJ.2012/10274); de 20 de julio de 2012 (RJ.2012/0609); de 17 de enero de 2011 (RJ.2011/532); de 10 de junio de 2009 (RJ.2009/3261); de 22 de noviembre de 2005 (RJ.2005/10054) y de 25 de noviembre de 2004 (RJ.2005/1058).

pagos no se hagan de manera “*puntual y documentalmente en la fecha y lugar convenidos*”.

El segundo de los casos ofrece, a mi modo de ver, menos controversia. Los pagos realizados entre la interposición de la acción de resolución y la sentencia no pueden, en modo alguno, restar viabilidad a las pretensiones del trabajador. Cuando el empleado acude a los Tribunales lo hace en una situación concreta que constituye la deuda salarial continuada y, no por ser satisfecha, van a subsanarse los perjuicios que éste ha sufrido. Piénsese en el trabajador que tiene que afrontar un pago (hipotecas, letras, préstamos...) y no puede satisfacerlo por el incumplimiento del empresario. El hecho de que se le abone lo adeudado de forma extemporánea no evitará que el trabajador tenga que hacer frente a sus obligaciones con los acreedores y las consecuencias que, de no hacerlo, haya de padecer.

Por tanto, aceptar que el pago de lo adeudado es suficiente para justificar la conducta empresarial supone dejar la efectividad de la acción, e incluso el cumplimiento del contrato, al arbitrio de la voluntad del empresario quedando el trabajador en una situación de crítica indefensión. Así, los hechos por los que el empleado solicita la extinción de su contrato de trabajo han de quedar “*congelados*”⁸⁴² en el momento en que éste efectivamente la interpone. De lo contrario, se estaría aceptando que, el pago fuera de lo convenido, pasara a ser un principio que enervara este tipo de acciones.⁸⁴³

Por tanto, al respecto la jurisprudencia es claramente mayoritaria⁸⁴⁴ a la hora de rechazar el pago fuera de lo acordado como atenuante o enervante de la acción, si bien pueden encontrarse algunas excepciones.⁸⁴⁵

⁸⁴² RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. *La voluntad del trabajador en la extinción del Contrato de Trabajo*. Ed. La Ley-Actualidad. Madrid. 1998. Pág.188

⁸⁴³ STCT de 30 de abril de 1985 (AC.1985/2811)

⁸⁴⁴ STS de 25 septiembre de 1989 (RJ.1989/6487); de 6 mayo 1991 (RJ.1991/4169) y de 14 octubre 1986 (RJ.1986/5468). SSTSJ Cantabria, de 10 enero de 2003 (AS.2003/92921) y de Castilla y León, Valladolid, de 12 junio 2001. (AS.2001/2836).

Finalmente, cabe plantearse cuál es la fecha límite para aportar datos acerca de la actuación empresarial, esto es del cumplimiento o no de las obligaciones por parte de éste, a instancias de empresario y trabajador, y cuál es su repercusión sobre el procedimiento.

A estos efectos la STS de 25 de febrero de 2013⁸⁴⁶ establece que el día límite para la aportación de datos es el de la fecha del juicio, si bien tal extremo no supone en caso alguno la enervación de la acción del trabajador, ni mucho menos es óbice para determinar la gravedad del ilícito cometido por el empresario, ni siquiera respecto de posibles demoras o deuda acumulada.

Se planteaba en el pasado la posibilidad de que pudieran aportarse datos únicamente hasta la fecha de la demanda, pero ello sería obviar todos los incumplimientos producidos entre la interposición de la misma y la emisión del fallo. Así, salvo supuestos en que pudiera darse una situación de indefensión, el límite estará en la fecha de celebración del juicio.⁸⁴⁷ Esta nueva interpretación concuerda con la nueva regulación contenida en el 26.3LRJS en que se expone que, en los supuestos de extinción causal por la vía del 50.1.b)ET podrá, *“en su caso, ampliarse la demanda para incluir las cantidades posteriormente adeudadas”*.

Con esta visión jurisprudencial se evitan dos situaciones ciertamente negativas. Por una parte, los ulteriores incumplimientos en materia salarial no quedarán impunes, ya que cabe recordar que, salvo medida cautelar o situación insoportable de la relación laboral, el trabajador tiene obligación de continuar prestando servicios a la compañía y, por otra, le evita al empleado el perjuicio de

⁸⁴⁵STS de 4 de febrero de 1991 (RJ.1991/796). SSTSJ de Andalucía, de 18 noviembre de 2003 (AS.2003/4093) y de 1 de abril de 1998 (AS.1998/1740); STSJ de Cantabria, de 3 de abril de 1995 (AS.1995/1528)

⁸⁴⁶ RJ.2013/4497. También, sobre el impago y sus requisitos en relación con el procedimiento, las STS de 24 de septiembre de 2013 (RJ.2013/6852) y SSTSJ de Madrid, de 22 de julio de 2013(AS.2013/293174); de Castilla y León, de 25 de junio de 2013 (AS.2013/247817); y de Castilla la Mancha, de 19 de febrero de 2013 (AS.2013/2689).

⁸⁴⁷ CAVAS MARTÍNEZ, F. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Jurisprudencia Social Unificada*. Enero-Marzo 2013. Aranzadi Thomson Reuters. Pamplona. 2013. Pág.75

tener que presentar nuevas demandas que abran nuevos procedimientos o dilaten indebidamente el ya en curso.

Es cierto que la citada STS contiene un voto particular derivado del hecho de que, a la hora de unificar doctrina, se tienen en cuenta supuestos diversos referidos, por una parte a impagos, y por otra a retrasos, en el abono del salario, pero también lo es que, si el trabajador mantiene la obligación de trabajar durante la tramitación del proceso, del mismo modo el empresario debe cumplir con sus obligaciones de pago puntual del salario.

3.3. Respecto de otros incumplimientos graves cometidos por el empresario

Las notas de culpabilidad y gravedad son una constante a la hora de definir y delimitar las causas que habilitan la extinción indemnizada por la vía del artículo 50ET. Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre con los dos primeros apartados del precepto, realizar una observación genérica sobre unas conductas no definidas en la propia ley o que, por su naturaleza, pueden alcanzar a realidades tan diversas como el acoso moral y la falta de pago de las cuotas de afiliación a la Seguridad Social, resulta mucho más complejo.

Como puede observarse, en este mismo capítulo sí he hecho mención a los conceptos de gravedad y culpabilidad a la hora de analizar la situación resultante de la negativa a reincorporar al trabajador a su puesto de trabajo tras la sentencia que declaraba injusta una modificación sustancial en base a los artículos 40 y 41. Al tratarse de un ejemplo concreto podía estudiarse la conducta empresarial enfocando su análisis desde una perspectiva más acotada.

Se hace necesario, no obstante, el detenerse respecto de las notas que pueden ser comunes a la mayoría de las conductas que tienen cabida en este último inciso.

3.3.1. La gravedad

Sobre si la conducta exige el requisito de gravedad no conviene hacer muchas observaciones, el propio artículo se refiere literalmente a “*cualquier otro*”

incumplimiento grave” por lo que, en este sentido, continúa la senda de los otros dos preceptos.

No obstante, dicha mención es absolutamente necesaria, dado que se está hablando de una cláusula de cierre, para otorgar seguridad jurídica y resaltar que no todo comportamiento incumplidor va a ser admitido por esta vía.

A estos efectos, el principio de conservación de los contratos va a regir el análisis de las conductas incumplidoras y, como ha suscrito reiteradamente la doctrina⁸⁴⁸, será necesario acudir al principio de proporcionalidad⁸⁴⁹ entre el ilícito y la sanción, es decir, entre la conducta incumplidora del empresario y la consecuencia jurídica que es la extinción indemnizada.

Los Tribunales⁸⁵⁰ exigen ciertos requisitos tales como su intensidad o su reiteración⁸⁵¹, haciendo incluso en ocasiones una visión conjunta de todos los motivos del artículo 50ET. Especialmente relevante es, en mi opinión, la STSJ de Castilla y León de 23 de julio de 2010⁸⁵² (AS.2010/2234) que, al hacer un examen conjunto de los apartados b) y c) del artículo 50ET, sostiene la importancia de la gravedad en la conducta empresarial, y en la que hace referencia a tres criterios:

- Criterio objetivo: independiente de la culpabilidad de la empresa

⁸⁴⁸ RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. *La voluntad del trabajador en la extinción del Contrato de Trabajo*. Ed. La Ley-Actualidad. Madrid. 1998. Pág.194-195. GONZÁLEZ DE PATTO, R.M^a.: *La dimisión provocada*. Ed. Comares. 2009. Granada. Pág.326

⁸⁴⁹ VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*. Ed. Cívitas. Madrid. 1993. Pág.79

⁸⁵⁰ SSTS de 2 de noviembre de 1996 (RJ.1996/8187) y de 22 de mayo de 1995 (RJ.1995/3995). SSTSJ de Extremadura, de 17 de mayo de 2006 (AS.2006/1716); de Madrid, de 18 de abril de 2006 (AS.2006/1776); de la Comunidad Valenciana, de 11 de enero de 2006 (AS.2006/918) y de Galicia de 28 de octubre de 2003 (AS.2004/178651)

⁸⁵¹ ÁLVAREZ GIMENO, R.: *La extinción causal por voluntad del trabajador*. Ed. Comares. 2012. Granada. Pág.159 y SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Aranzadi.2001. Navarra. Págs.97-99

⁸⁵² SSTS de 25 de enero de 1999 (RJ.1999/898); de 28 de septiembre de 1998; de 29 de diciembre de 1994 (RJ.1994/10522) 24 de marzo de 1992 (RJ.1992/1870)

- Criterio temporal: la conducta debe ser continuada y persistente en el tiempo
- Cuantitativa: este requisito es aducido en relación con el 50.1.b) ET en relación con la falta de pago o retrasos en el salario, si bien es perfectamente aplicable a otros incumplimientos graves tratados anteriormente y que incluyen todos aquellos conceptos económicos no concernientes a lo que estrictamente se considera salario.

En definitiva, para que una conducta sea grave se exige que la acción empresarial sea de una naturaleza muy relevante. Suele atenderse en este sentido únicamente a las conductas definidas en los artículos referidos a modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (40 y 41) que no tengan cabida en el 50.1.a)ET. A este respecto, y si bien es cierto que pueden constituir una fuente de casuística nada desdeñable para el apartado c), no es menos cierto que dicho inciso tan solo hace mención de los mismos de un modo ejemplificativo, lo cual no impide que cualquier otra conducta pueda ser accionada por esta vía.

Sí será necesario, no obstante, que las conductas mantenidas por la compañía redunden en una situación absolutamente perjudicial para el trabajador y que afecte a las condiciones más relevantes de la relación laboral.

En cualquier caso, la mayoría de autores citados y jurisprudencia recogida, tiene como base el artículo 1258CC, en el cual se expresa que los contratos, una vez perfeccionados obligan a ambas partes, no sólo en aquello que se hubiere pactado expresamente, sino también en todas aquellas consecuencias que del mismo se deriven. Por tanto, tal afirmación abre la puerta incluso a la responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones de naturaleza extracontractual.

3.3.2. La culpabilidad

Desde la antigüedad ha existido una tendencia para los delitos privados en que no se admitía una modulación de la culpabilidad⁸⁵³. Dado que fue concebido este derecho como forma de restitución de daños causados, casi de venganza por lo sufrido, no se hacía una interpretación del ámbito subjetivo del ilícito y de la forma en que éste había intervenido en la conducta infractora. Si bien con el paso del tiempo esta tendencia se ha ido adecuando a una lógica sociológica, lo cierto es que el ánimo culposo sigue siendo a día de hoy uno de los puntos más discutidos, y el Derecho del Trabajo no constituye una excepción.

No obstante, el ámbito de la culpabilidad es mucho más sencillo en el caso que ocupa. A pesar de que existen posturas que exigen la “deliberada rebeldía”⁸⁵⁴ de la actuación empresarial y el dolo o culpa en la actuación empresarial, lo cierto es que la operatividad de la misma es casi inexistente, dado que lo que se pondera no es la intención del empresario sino el resultado efectivamente causado sobre el trabajador. De lo contrario, por poner un ejemplo, la inmensa mayoría de supuestos relativos a la prevención de riesgos laborales quedarían excluidos, dado que generalmente responden a situaciones tales como negligencias o causas económicas, y no a una verdadera voluntad de dañar al empleado.

Más aún, la culpabilidad ha llegado a ser calificada como “*prácticamente irrelevante*”⁸⁵⁵. El propio artículo ya adelanta que lo que se juzga son incumplimientos graves y que estos han de ser cometidos por el empresario. Es más, pese a que, como se ha expresado anteriormente, las causas que motivan este tipo de extinción trascienden a lo contractual, lo cierto es que en la mayoría

⁸⁵³ GUZMAN DALBORA, J.L.: *Rudolph von Jhering y la concepción objetiva de la naturaleza de lo antijurídico*. En RUDOLPH VON JHERING: *El elemento de la culpabilidad en el Derecho privado romano*. Ed. IBdeF. Buenos Aires. 2013. Pág.14

⁸⁵⁴ PENDAS DÍAZ, B *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Madrid: ed. ACARL. Segunda edición. 1992. Pág.150, en relación con la STCT de 16 de febrero de 1988 (AC.1988/1548). Si bien también aboga por la interpretación en sentido amplio, en base al artículo 78 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944.

⁸⁵⁵ RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. *La voluntad del trabajador en la extinción del Contrato de Trabajo*. Ed. La Ley-Actualidad. Madrid. 1998. Pág.190

de las ocasiones, relacionadas con modificaciones sustanciales, falta de pago u otros motivos análogos, la intervención del empresario (o al menos de una persona con suficiente importancia dentro de la empresa) es absolutamente necesaria pues son los únicos con potestad para operar dichas variaciones.

Se ha planteado la posibilidad de realizar un paralelismo con los incumplimientos graves que son cometidos por el trabajador, esto es, a los motivos que dan lugar al despido disciplinario del art.54ET. En este supuesto sí ha de exigirse al trabajador una conducta dolosa y voluntaria por lo que, del mismo modo, podría hacerse extensiva a las conductas empresariales. En mi opinión el planteamiento es correcto, de no ser porque el simple hecho de que en el caso del empleado, se exige expresamente una conducta “grave y culpable”, mientras que en el supuesto del 50.1.c) ET tan solo hace mención a la entidad del ilícito. Considero de este modo, que el legislador quiso hacer diferencia, siquiera inconscientemente, entre un comportamiento y el otro, dado que las consecuencias para una y otra parte no son exactamente las mismas.

Pero para llegar a esta conclusión, considero que es necesario acudir a la naturaleza de ambos preceptos, dado que se quiere establecer un paralelismo entre ellos. Y ello porque el artículo 50 ET se refiere, de modo general ya que su casuística es infinita, a incumplimientos relacionados con la relación laboral. Se trata de contravenciones graves, pero contravenciones al fin y al cabo, que pueden darse en cualquier relación de tipo jurídico. Sin embargo, por lo que respecta al despido disciplinario, las conductas que lleva a cabo el trabajador son del todo culposas y su entidad es tan relevante como su gravedad. La sanción que se puede imponer entra dentro del poder punitivo del empresario lo cual supone otra gran diferencia, pues en el otro caso es el juez el que resuelve el conflicto entre ambas partes.

Es muy ilustrativa en este sentido la comparación que realizan SEMPERE NAVARRO y SAN MARTÍN MAZZUCCONI al recordar que cuando el

empresario lleva a cabo acciones dolosas, culposas o negligentes, de lo que se puede estar hablando es más de imputabilidad que de culpabilidad.⁸⁵⁶

Así, ha de considerarse el requisito de culpabilidad desde un punto de vista más amplio⁸⁵⁷, en mi opinión, incluso de forma negativa. En síntesis, y en base a la redacción del propio artículo, existirá culpabilidad del empresario siempre que no pueda probarse la fuerza mayor.

3.3.3. La fuerza mayor

La fuerza mayor viene definida por el artículo 1105 del Código Civil. En él se reconoce que no se responderá de los sucesos imprevisibles y/o inevitables. En este caso, se plantea la disyuntiva de la relación entre esta situación y el concepto de culpabilidad que, reitero, no es estrictamente necesario.

Y ello por el hecho de que dicha eventualidad viene contemplada en el propio 50.1.c) ET, razón que ha llevado a pensar que, si se excluye la responsabilidad del empresario en estos casos, el legislador puede estar dando a entender que la culpabilidad sí es un requisito esencial para valorar la cláusula de cierre.

Parece más acertada, en mi opinión, la corriente que aduce que la referencia a la fuerza mayor es más una excepción. Dicho de otra manera, la falta de culpabilidad no eximirá de responsabilidad salvo que ésta venga precedida de la imposibilidad manifiesta de evitar el daño.

En el otro extremo pueden encontrarse las tesis que abogan por prescindir completamente del elemento subjetivo. Opiniones mayoritariamente procedentes del ordenamiento civil y que entienden que, en base al 1124CC, el contratante

⁸⁵⁶ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Aranzadi.2001. Navarra. Pág.99. En relación con la STSJ de la Comunidad Valenciana de 31 de marzo de 1999 (AS.1999/1520)

⁸⁵⁷ VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*. Ed. Civitas. Madrid. 1993. Pág.83 y PENDAS DÍAZ, B *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Madrid: ed. ACARL. Segunda edición. 1992. Pág.150)

que sufra el incumplimiento de la otra parte queda habilitado para la resolución del vínculo.

Sin duda esta teoría acaba con todos los problemas relativos a la determinación de la responsabilidad por culpa del empleador. Sin embargo, ofrece algunos problemas de adaptación al ámbito laboral.

La razón principal es que la discusión no reside en la posibilidad de finalizar la relación laboral. Dicha opción está completamente garantizada ex artículo 49.1.d) ET. De lo que se trata es de que el trabajador reciba la compensación por parte de quien le ha causado el daño. Así, y pese a la posibilidad de que en casos muy concretos quepa la indemnización por daños y perjuicios, el actor debe permanecer en su puesto de trabajo hasta que los tribunales tomen una decisión.

Por tanto, debe concluirse que, si bien el requisito subjetivo está presente, por razones obvias, la fuerza mayor excluye la responsabilidad del empresario, siempre y cuando las causas que motivaron la solicitud de finalización del vínculo no pudieran preverse de antemano. No obstante, en ningún caso, podrá exigirse una conducta dolosa para que todas y cada una de las actuaciones que puedan darse en base al 50.1.c) ET encuentren el amparo judicial.

La cuestión, obviamente, no es pacífica, dado que una buena parte de la jurisprudencia aboga por la máxima objetivación del supuesto, eliminando cualquier barrera, incluida la fuerza mayor, para que el trabajador pueda extinguir el vínculo. Existe en este sentido, como he comentado anteriormente, quien incluso llega a pensar que la mención a la fuerza mayor supone la subjetivación de las conductas ilícitas.

Sin embargo, esta primera postura viene avalada principalmente desde el ámbito civil⁸⁵⁸ que, si bien en muchos casos resulta de gran ayuda, parte de la base de que la situación de ambos contratistas es de igualdad, situación que no se da en el ámbito laboral.

⁸⁵⁸ SSTs de 23 mayo de 2000(RJ.2000/3493); de 10 de mayo de 2000 (RJ.2000/3107); de 15 de julio de 1999 (RJ.1999/5050) y; de 3 de julio de 1997 (RJ.1997/5479); de 18 de marzo de 1991 (RJ.1991/2265). Todas ellas sentencias de la sala de lo civil.

Por el contrario, la tesis opuesta parece también bastante compleja de asumirse dado que se le está pidiendo al empresario que responda por aquello que es inevitable, imprevisible y/o extraordinario.⁸⁵⁹ Es por ello que algunos autores han juzgado la culpabilidad como la *exigibilidad de otra conducta*⁸⁶⁰ a la que realizó y que dio como resultado el ilícito, si es que ésta era posible y exigible.

La conclusión que debe extraerse es que, aun en supuestos donde, como en el caso que ahora se trata, se menciona expresamente la fuerza mayor, el ordenamiento tiende hacia la objetivación del sistema⁸⁶¹, tratando de no atender tanto a la culpa como al verdadero daño causado. Con ello se obtiene una mayor seguridad jurídica a la hora de determinar que supuestos son y cuáles no, susceptibles de ser resarcidos y en qué términos facilitando así la reparación del daño. Ello no es óbice para que no se impute ilícito alguno en situaciones en que no hubiera podido preverse.

⁸⁵⁹ Sobre las características de la fuerza mayor, SOTO NIETO, F.: *El caso fortuito y la fuerza mayor : los riesgos en la contratación*. Ed. Nauta. 1965. Barcelona. Pág.22. y GIANFELICI, M.C.: *Caso fortuito y caso de fuerza mayor en el sistema de responsabilidad civil*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1995. Págs. 78-83

⁸⁶⁰ DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*. Ed. Dykinson S.L. Madrid. 2003. Pág.215

⁸⁶¹ BARRERO, RODRÍGUEZ, C.: *Fuerza Mayor y Responsabilidad Administrativa Extracontractual*. Ed. Thomson Reuters. Pamplona. 2009. Págs.53-54

**CAPÍTULO XIV: ASPECTOS PROCESALES RELATIVOS A LA
EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL POR VOLUNTAD DEL
TRABAJADOR**

CAPÍTULO XIV: ASPECTOS PROCESALES RELATIVOS A LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR

1. El procedimiento laboral en relación con la extinción por voluntad del trabajador

El capítulo que ahora comienza supone el final de este proyecto de investigación y trata los aspectos procesales relativos a la extinción del contrato de trabajo. Hasta el momento se ha venido distinguiendo, por una parte, entre supuestos concernientes a la finalización de la relación laboral fundamentada en causas atribuibles a los incumplimientos empresariales y, por otra, a aquellos en que el negocio jurídico resolutorio respondía única y exclusivamente a la voluntad del trabajador.

En este último capítulo, no obstante, serán tratadas ambas figuras, si bien haciendo más hincapié en la extinción causal, por ser la figura que más controversia suscita.

La importancia de los aspectos procesales en cualquier análisis jurídico es indiscutible pero más aun cuando, como en este caso, media una reforma legislativa del calado de la operada por la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Semejante reforma responde, en parte, a la voluntad del legislador de continuar dando autonomía a la *rama social del derecho*. Y ello porque, como es bien sabido, las relaciones laborales parten de *desiguales posiciones negociadoras influidas por el contexto socioeconómico*. Con dicha afirmación, la exposición de motivos de la Ley justifica la importancia de una profunda reforma que, si bien, reconoce, va a suponer grandes sacrificios para el trabajador, trata, por una parte, de mejorar la competitividad del tejido empresarial español y, por otra, de no

olvidar la naturaleza de los contratos laborales en que la posición del trabajador en la negociación es visiblemente más débil que la del empresario.

En realidad, la promulgación de esta Ley había sido ya anunciada, como recuerda GOERLICH PESET⁸⁶², por la Ley 35/2010 de 17 de septiembre, que en su DA15ª instaba al Gobierno a realizar modificaciones en la legislación procesal, a fin de transferir al orden social materias que hasta el momento pertenecían al ámbito administrativo, referidas a los artículos 47-51ET.

Sin embargo, en lugar de una reforma de la LPL lo que se realizó y, con bastante premura tanto en su redacción como en su aprobación, fue un nuevo cuerpo jurídico, si bien puede decirse que, pese a los destacables y numerosos cambios, se está ante una actualización y mejora de la anterior normativa.

Así, entre los principales objetivos de la nueva norma, destacaría:

- La concentración en el orden social, por su mayor especialización, de todas aquellas materias que puedan calificarse como sociales.
- Una voluntad modernizadora.
- Dar respuesta a las exigencias de la STC de 17 de diciembre de 2007⁸⁶³.

En cualquier caso, y pese a la importancia de la nueva legislación en el ámbito laboral, la conclusión que ha de sacarse es que, en lo relativo a la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, la regulación resulta más bien parca. Ello se demuestra en las innumerables remisiones a la legislación civil y administrativa. Esta situación se manifiesta especialmente en las disposiciones finales en que resulta patente que el legislador aun no puede garantizar la completa operatividad del ordenamiento laboral. Es decir, aquello que pretendía evitar.

⁸⁶² BLASCO PELLICER, A. Y GOERLICH PESET, J.M. (DIRS.), VV.AA.: *La reforma del proceso laboral. La nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social*. Tirant lo Blanch-Reformas. Valencia. 2012. Pág.18.

⁸⁶³ STC de 17 diciembre (AC.2007/250), en consonancia con las SSTC de 11 de septiembre de 2007(AC.2007/195); de 20 de noviembre (AC.2006/329) y de 11 de septiembre de 2006 (AC.2006/256)

Respecto del tema que ocupa, pocos pero de diversa importancia son los cambios introducidos. Y ello resulta curioso teniendo en cuenta la magnitud que se le da a la figura del despido, de indudable importancia, pero que, a fin de cuentas no es más que la conducta análoga, operada por la contraparte.

Por tanto, el ordenamiento laboral ha perdido una nueva oportunidad para hacer frente a este supuesto tan controvertido que, a pesar de no ser utilizado de manera tan asidua como el despido, sí cuenta con la suficiente profusión⁸⁶⁴ como para ser tratado de forma pormenorizada.

Esta situación producirá que, en muchas ocasiones, se haya de acudir a cláusulas de cierre y artículos dedicados a subsanar lagunas jurídicas.

No obstante, en este capítulo serán analizados todos los aspectos que el proceso laboral en materia de extinción ofrece, destacando las cuestiones relativas a plazos, posibles soluciones judiciales o extrajudiciales, y contenido de la sentencia.

Finalmente, se tratarán aspectos más específicos como las peculiaridades que contienen ciertas causas, tales como la defensa de derechos fundamentales o la acumulación procesal con otras figuras, en especial el despido. Tampoco se obviarán, por último, los efectos que todas estas situaciones producen.

2. Solución judicial y extrajudicial (la evitación del proceso)

En el ordenamiento jurídico en general, y en el social en particular, el legislador trata siempre de preservar el principio de economía procesal y, en la medida de lo posible, de evitar siempre que sea posible, que las partes hayan de dirimir sus diferencias en el ámbito judicial.

⁸⁶⁴ Entre otros DURÁN LÓPEZ, F., “*Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido*”, en Relaciones Laborales, 1990. Nº11. P.18 y VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*. Ed. Civitas. Madrid. 1993. Pág.91

Los efectos de una sentencia raramente contentan por completo a una o ambas partes, además de producir un gasto, no sólo para los que en él participan, sino también para la Administración. Es por ello que, a fin de evitar tales consecuencias existen organismos como el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación (SMAC) además de otras fórmulas para llegar a acuerdos que eviten un juicio.

La cuestión reside, no obstante, en si existe la posibilidad de que el trabajador extinga su contrato sin necesidad de que el juez lo autorice.

Si se hace una lectura detenida del artículo 50ET, se observará que se hace mención a la expresión “*se solicita*”, razón que lleva a pensar que, al menos por sí solo no puede obtenerse la indemnización que se requiere.

En realidad, resulta ciertamente obvio que, por una parte, el empleado tiene un derecho, que no es condicional, a dimitir sin más exigencia que el preaviso al amparo del 49.1.d). De otra, resulta imposible pensar que el trabajador posea un derecho de autotutela que le permita obtener una cantidad como penalización al empresario por su conducta. Pensar lo contrario sería admitir que el empleado posee una facultad punitiva respecto del empresario.

Es cierto, no obstante, que el precepto no indica ante quién se ha de solicitar la extinción, si bien como se verá con posterioridad, el carácter constitutivo de las sentencias en materia de extinción causal es indiscutible.

Uno de los más claros ejemplos de autotutela que expone el ordenamiento laboral es el contenido en los artículos 40 y 41ET. En el primero de ellos, la legislación laboral da al trabajador “*el derecho de optar*” entre el traslado acompañado de una indemnización por gastos o la extinción del contrato de trabajo junto con una indemnización de veinte días por año. En este caso, a diferencia de lo que ocurre en el art.50ET el trabajador no ha de obtener permiso alguno. En estos casos se reconoce que hay un perjuicio para con el trabajador, pero que la decisión entra dentro del poder de dirección del empresario. El empleado no requerirá de una decisión judicial para ejercer sus derechos.

El 41.3ET es aún más clarificador al recoger “*el derecho a rescindir el contrato*”, en contraposición al anteriormente mencionado derecho “*a solicitar*” del art.50. En este último caso, no obstante, lo que se pretende es una extinción de tipo cualificado, esto es, la del despido improcedente por un daño producido igualmente sustancial.

Así, y si bien el Estatuto de los Trabajadores nada especifica al respecto, sí es posible acudir a la interpretación dada por la LGSS. En su artículo 208, dicha norma expone la necesidad de la resolución judicial a la hora de valorar si un trabajador es beneficiario de la prestación por desempleo.

Tal diferenciación semántica ha sido la que ha llevado a diversos autores a manifestar la judicialidad de la extinción causal.⁸⁶⁵

Por tanto, ha de concluirse que no se está ante un derecho ejercitable de forma directa, sino ante la potestad de solicitar del órgano judicial la extinción del contrato. La jurisprudencia, en este sentido, se ha mostrado ciertamente reacia a admitir acuerdos extrajudiciales. En este caso, es importante resaltar la gran diferencia que existe en relación con el ordenamiento civil, contrariamente a lo que sucede en otros aspectos.⁸⁶⁶

De este modo, y pese a que tiempo atrás algún autor⁸⁶⁷ ha reconocido la posibilidad de la extinción por vía extrajudicial, debe resaltarse que, a estos

⁸⁶⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Aranzadi. Navarra. 2001. Pág.46. GOERLICH PESET, J.M.: *La extinción causal por voluntad del trabajador (I): la extinción indemnizada por modificación sustancial o movilidad geográfica*. En ALBIOL MONTESINOS, I. (Director) y otros autores. *Extinción del contrato de trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. Pág.756. Muy interesante resulta también la reflexión de LUJÁN ALCARAZ en *La falta de pago o retrasos en el abono del salario, como causa de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Revista Doctrinal Aranzadi Social vol. I parte Presentación. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 1997. En ella, el autor realiza un análisis de la STSJ de Castilla y León, de 21 de enero de 1997, en que la judicialización de la extinción se lleva al extremo al punto de hablar de una finalización causal de un contrato que expiró once días antes del juicio, y en que el Tribunal apreció la imposibilidad de extinguir una relación ya extinta.

⁸⁶⁶ SSTs de 29 de diciembre de 1994 (RJ.1994/10522) y de 13 de marzo de 1996 (RJ.1996/1871)

⁸⁶⁷ GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: *La terminación del contrato por voluntad del trabajador*, Universidad de Palma de Mallorca, 1983. Págs.114-115. En dicha obra, el autor recoge expresamente que “la

efectos, la doctrina es casi unánime⁸⁶⁸ y la legislación, pese a no ser explícita, no deja lugar a dudas respecto del hecho de que, para obtener la extinción indemnizada, en su modalidad cualificada, habrá de estar la relación en vigor y ser concedida por el órgano jurisdiccional.

Aceptando la dificultad de obtener la tutela requerida en los supuestos de extinción por una vía ajena a la sentencia judicial, tal posibilidad se presenta en la conciliación previa o ante órganos administrativos que operen en el mismo sentido. En este sentido, los artículos 63-68LRJS versan sobre las medidas de evitación del proceso y, más concretamente, acerca de la conciliación o mediación previas y de los laudos arbitrales. Así, si bien es cierto que el art.63 viene exigiendo la conciliación ante órgano administrativo previa a la tramitación del proceso, también debe apuntarse que el art.64 de la misma norma, viene exceptuando de tal requisito, entre otras, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

Parece además bastante claro que el legislador tiene un indudable interés en mantener dichas conductas fuera de la exigencia del requisito previo, dado que, tanto la reforma laboral operada por Ley 3/2009, pero sobre todo, por la 3/2012 de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, en su artículo 22.1, han modificado el precepto dejando intacto este supuesto.

En cualquier caso, y teniendo en cuenta que las modificaciones de las que habla son calificadas únicamente de “*sustanciales*” y son redactadas junto al supuesto de movilidad geográfica, me inclino a pensar que en este caso, el legislador se refiere más concretamente a las conductas recogidas en el art.41, que a la

resolución extra-judicial” es posible. En estos casos, lo que se pediría al juez sería únicamente la cantidad en concepto de despido improcedente, esto es, la indemnización.

⁸⁶⁸ Por todos, ÁLVAREZ GIMENO, R.: *La extinción causal por voluntad del trabajador*. Ed. Comares. Granada. 2012. Pág.198. SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Aranzadi. Navarra. 2001. Pág.47. VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*. Ed. Civitas. Madrid. 1993. Pág.106. DE MIGUEL LORENZO, ANA M^a. : *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Estudios de Derecho Laboral. Madrid. 1993. Pág.118. RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. *La voluntad del trabajador en la extinción del Contrato de Trabajo*. Ed. La Ley-Actualidad. Madrid. 1998

extinción contemplada en el 50ET. Más aun cuando el art.84LRJS dice explícitamente que el Secretario Judicial “*intentará la mediación*”.

A estos efectos, la solución extrajudicial a la que lleguen las partes ante el órgano administrativo debe ser separada radicalmente de otra figura extintiva como lo es la del mutuo disenso.

En esta última, lo que se produce es un acuerdo entre dos individuos, empresario y trabajador, cuya voluntad conjunta es la de la extinción del contrato de trabajo, sin que se alegue causa alguna por ninguna de las partes, más allá de su simple voluntad.

En la conciliación, sin embargo, de lo que se trata es de que las disputas entre trabajador y empresario puedan solventarse sin llegar a juicio, pero conservando las características en cuanto a efectos y posibles pactos se refiere.

De este modo, las partes solicitan un mediador imparcial⁸⁶⁹ que trata de acercarles al acuerdo, pero que del mismo modo, vela porque no se opere en fraude de ley o alguna de las partes vea conculcados sus derechos.

La consecuencia de dicha avenencia es la celebración de un acuerdo cuya naturaleza es asimilable a la de un nuevo contrato, si bien paradójicamente, se trata de un contrato de extinción.

No se trata de una solución nueva para el ordenamiento jurídico. En realidad, se aplica el 1809CC que define este tipo de acuerdos como de transacción, en que las partes *dando, prometiando o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado*.

Al contrario, en palabras de TAMAYO HAYA⁸⁷⁰, se trata de un nuevo vínculo destinado a evitar pleitos y obtener una solución “*armónica y avenida mediante el acuerdo de voluntades*”. Uno de sus objetivos es, en este sentido, la paz social

⁸⁶⁹ Art.6 del Real Decreto Ley 5/1979, de 26 de enero, sobre creación del Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación.

⁸⁷⁰ TAMAYO HAYA, S.: *El contrato de transacción*. Ed. Thomson-Civitas. Primera edición. Madrid. 2003. Pág.27

pero, básicamente, el evitar que la actuación del más poderoso, en aquellas relaciones en que las partes no partan en situación de igualdad, haga valer sus pretensiones o provoque indefensión respecto de acciones que quedarían sin accionar dada la debilidad de quien ostenta tales derechos. Si bien esta tesis tiene mayor relación con el ordenamiento civil, no es menos cierto que la situación de desigualdad de partes es propia del ámbito laboral, y puede suponer una ventaja para el empleado el no haber de someterse a largos procesos en que, además, tiene la obligación de mantenerse en su puesto de trabajo, siéndole imposible el buscar otras opciones laborales, y habiendo de padecer una situación, cuando menos compleja, dentro del seno de la empresa. Así, la solución extrajudicial aparece como una opción realmente útil a fin de decidir sobre supuestos en que convivan posiciones irreconciliables o tesis del todo divergentes respecto de una disputa laboral.

Como ventaja más relevante que puede destacarse de este tipo de finalizaciones está, obviamente, la evitación del proceso. Los procedimientos judiciales poseen siempre un componente económico, en incluso de índole personal, que los acuerdos previos evitan en gran medida. Más aun cuando la ejecución del mismo, a instancias del 68LRJS queda equiparada *a las sentencias firmes a efectos de ejecución definitiva*.

3. El derecho opcional del trabajador a exigir la resolución judicial de la relación laboral

El artículo 50 ET señala las causas que facultan al trabajador a ejercer el derecho rescisorio, acompañado, además, en tales casos, de *“las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente”*.

La indemnización se sustenta, como se ha visto, en la base del perjuicio causado al trabajador que, debido a la conducta anormal del empresario, se ve obligado a finalizar su relación laboral. Sin embargo, parece claro que esta solución ha de

suponer, en la práctica, un último recurso pues el bien jurídico protegido, el derecho al trabajo (35CE), es de gran importancia.

En este punto cabe plantearse si, antes de acudir a la resolución causal, existe alguna otra actuación menos perjudicial para el trabajador que suponga la subsanación del problema. Me refiero, evidentemente, a la posibilidad de exigir al empresario el cumplimiento de las obligaciones no satisfechas.

El fundamento jurídico de esta premisa se encuentra, como en tantos otros casos, en el ordenamiento civil. En efecto, el artículo 1124CC que, en su párrafo segundo, habilita al perjudicado a *escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación*. No cabe duda de que, entre un precepto y otro, se interponen diversos obstáculos a la hora de aplicar una interpretación analógica, derivados de la naturaleza de ambos ordenamientos, de sus inherentes características o de las propias modalidades contractuales, por poner algunos ejemplos. La doctrina laboralista se ha manifestado a favor y en contra en numerosas ocasiones. En este apartado, por tanto, se analizará cuáles son esas diferencias y en qué medida es aplicable el ordenamiento civil a este caso.

El primer matiz que ha de hacerse es el hecho de que, cuando se habla de la exigencia del cumplimiento del contrato, se está hablando de una exigencia judicial. No cabe pensar, aunque ello tampoco supondría problema alguno, que el trabajador, antes de ejercitar la acción, no se ha dirigido a su empleador o superior jerárquico a fin de solucionar la situación sin necesidad de recurrir a medidas tan drásticas.

Hecha esta apreciación, analizaré dicha disyuntiva. En este sentido, autores como PENDAS DÍAZ⁸⁷¹ argumentan que, salvo incumplimiento muy grave, que impida el normal desarrollo del vínculo laboral o basado en el 50.1.c) ET, la acción que debe ejercitarse es la que lleva a la exigencia del cumplimiento y no la extintiva. Este razonamiento tiene su origen en el principio de conservación

⁸⁷¹ PENDAS DÍAZ. B *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Madrid: ed. ACARL. Segunda edición. 1992. Pág.32

del contrato que inspira, no sólo el ordenamiento civil (en relación con el 1124CC), sino también el laboral. Dicha posición tiene un gran sentido, no únicamente desde el punto de vista del trabajador, sino también del empresario, puesto que la comisión de incumplimientos puntuales podría derivar, en caso contrario, en extinciones abusivas o excesos de la facultad resolutoria⁸⁷², a fin de percibir la máxima indemnización posible que ofrece el ordenamiento. Así lo observa también la jurisprudencia que habla de “*una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de las obligaciones*”⁸⁷³ a la hora de exigir el cumplimiento sobre la extinción⁸⁷⁴.

En definitiva, el artículo 50ET, en consonancia con lo establecido en el Código Civil, habilita al trabajador a exigir el cumplimiento de lo pactado o la extinción. Ello no quiere decir no obstante que ambas opciones sean excluyentes, ni siquiera preceptivas. Sin embargo, el ordenamiento laboral entiende que, una vez constatada la conducta ilícita susceptible de extinción, no existe obligación de exigir el cumplimiento en forma alguna antes de acudir a los tribunales. Por ello, y para diferenciar ambos preceptos, que si bien observan una similar naturaleza, proceden de ordenamientos jurídicos que les confieren importantes matices, se hace necesario su estudio pormenorizado.

Desde el punto de vista jurisprudencial, es necesario resaltar el hecho de que, si existe esta disyuntiva, es porque, a diferencia del 1124CC, en el 50ET, nada se dice acerca de la procedencia o no del ejercicio de ambas acciones. Esta omisión legislativa se plantea sobre si ambas son compatibles, incompatibles o alternativas. Como apunta GOERLICH PESET⁸⁷⁵, los problemas interpretativos son básicamente dos:

⁸⁷² JORDANO FRAGA, F.: *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código Civil*. Ed. Cívitas. 1992. Madrid. Pág. 98.

⁸⁷³ STS de 15 de noviembre de 1986 (RJ.1986/6350) y otras como las STS (Sala de lo Social) de 28 octubre 1989. (RJ.1989/7455), de 25 de septiembre 1989 (RJ.1989/6487); de 11 abril 1988 (RJ.1988/2944) y STSJ de Madrid, de 6 de octubre de 2008 (AS.2009/482).

⁸⁷⁴ STS de 16 de mayo de 1986 (RJ.1986/2565).

⁸⁷⁵ GOERLICH PESET, J.M.: “*Acción resolutoria y exigencia del cumplimiento forzoso*”. En *Extinción del Contrato de Trabajo*. Tirant lo Blanch. 2011. Valencia. Págs. 768-770

- La posibilidad o no de interponer la acción de cumplimiento forzoso
- En caso de ser viable, cuál es la relación entre ambas acciones

En el primer caso, lo cierto es que una interpretación restrictiva de la Ley haría pensar que la única alternativa por parte del trabajador es la resolución del contrato de trabajo vía judicial, dado que en el artículo 50 nada se dice acerca del cumplimiento de las obligaciones no satisfechas.

No obstante, si se entiende que el objetivo del ordenamiento es el mantenimiento de los contratos no parece descabellado pensar que, previa la resolución, cabe la posibilidad de reconducir la situación judicialmente. Pero esta interpretación no deja de ser una valoración subjetiva, si bien apoyada en jurisprudencia⁸⁷⁶ que la avala.

Respecto a la relación de ambas acciones lo cierto es que la legislación ha variado en sentido dispar en los últimos años. En el año 2009, la modificación de la Ley de Procedimiento Laboral⁸⁷⁷ (art.27.3) permitía la acumulación de acciones *siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir*, esto es, cuando estuvieren basadas en los mismos hechos.

En la nueva Ley de la Jurisdicción Social⁸⁷⁸ (art.26.1) se excluye expresamente la posibilidad de acumular acciones *de despido y demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo*. Podría parecer que la legislación procesal da un paso atrás en este aspecto. Sin embargo, a continuación (26.3LJS) la normativa incluye expresamente, entre los supuestos especiales de acumulación de acciones, la

⁸⁷⁶ STS de 28 abril 2009 (RJ.2009/3844); STS DE 17 junio 2008 (RJ.2008/4229). STS de 27 mayo 2002 (RJ.2002/9893); STS de 14 marzo 2002 (RJ.2002/5205); STS 12 marzo 2002 (RJ.2002/5139); STS de 25 junio de 2001 (RJ.2001/7079)

⁸⁷⁷ Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. (Vigente hasta el 11 de diciembre de 2011). Modificada por Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

⁸⁷⁸ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

posibilidad de acumular en una misma demanda las acciones de cumplimiento y resolución.⁸⁷⁹

No es nada nuevo, ciertamente, pero sí la constatación de una práctica que venía llevándose a cabo desde tiempo atrás y que suscitaba muchas polémicas debido a su falta de regulación. Normalmente, solía aceptarse con mayor frecuencia respecto del pago de cantidades adeudadas. En este sentido, la STS de 3 de noviembre de 1988⁸⁸⁰ reconoció *«que el art. 50 del Estatuto de los Trabajadores al establecer que la falta de pago del salario da derecho a pedir la resolución de contrato no significa sino la inserción en el ordenamiento laboral de la norma general del art. 1124 del Código Civil»*. Todo ello reconociendo que ambas acciones son “*independientes*” y “*compatibles*”, no siendo exigible ni preceptiva una para obtener cualquiera de ellas el ejercicio de la otra.

4. Cauce procesal aplicable y características propias del procedimiento derivadas de supuestos específicos

Dadas las posibilidades procesales que ofrece la legislación laboral al sujeto activo, varios cauces asisten al trabajador a la hora de interponer la acción extintiva.⁸⁸¹

Evidentemente, y teniendo en cuenta que la LRJS no establece un cauce específico al que acudir, parece claro que por regla general los supuestos de

⁸⁷⁹ Art.26.3 de la Ley de la Jurisdicción Social (36/2011, de 10 de octubre): *Cuando para la acción de extinción del contrato de trabajo del artículo 50 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores se invoque la falta de pago del salario pactado, contemplada en la letra b) del apartado 1 de aquel precepto, 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.*

⁸⁸⁰ (RJ.1988/8514) Además, de gran importancia son las STS de 6 mayo 1991 (RJ.1991/4169) y de 20 septiembre 1999 (RJ.1999/2621). También se refieren al asunto las STSJ de Extremadura, de 30 abril (AS.1996/1374); y TSJ C. Valenciana, de 21 enero. (AS.1994/363).

⁸⁸¹ Véanse, entre otras, las diferentes opciones que dan las SSTSJ de Galicia de 26 de enero de 2000 (AS.2000/107); de Cataluña, de 9 de febrero de 1999 (AS.1999/5523); de la Comunidad Valenciana, de 24 de septiembre de 1996 (AS.1996/2879); de Navarra, de 31 de mayo de 1996 (AS.1996/1496) y de Andalucía, de 24 de mayo de 1996 (AS.1996/2315).

dimisión causal han de regirse por el procedimiento ordinario. Sin embargo, considero que esta vía es discutible cuando de lo que se habla es de la conculcación de derechos de cierta gravedad. Así, resulta complejo asumir que un trabajador que ha sido discriminado, que padece un caso de maltrato de cualquier tipo, o que ha sido perjudicado por una decisión empresarial que atenta contra sus derechos más básicos, pueda permanecer en el seno de la empresa mientras se sustenta el procedimiento ordinario, incluso teniendo en cuenta las medidas cautelares establecidas por la nueva LRJS.

Por otro lado, ya se ha hablado de forma extensa respecto a la imposibilidad de la autotutela y la necesidad, por regla general, de que el contrato se encuentre en vigor en el momento de ser dictada la sentencia, por lo que la dilación en el tiempo que puede darse en el procedimiento ordinario no parece la situación más adecuada.

4.1. Como derecho fundamental

Los derechos fundamentales vienen recogidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución Española. Muchos de ellos están contemplados a su vez en el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores. Los derechos de esta índole adquieren especial relevancia al ser inherentes al individuo, independientemente del Estado o del ordenamiento en que éste viva. Por ello, su articulación procesal adquiere especial relevancia y posee unas características muy específicas.

A lo largo de este trabajo se han ido analizando conductas que, por su naturaleza, afectan al bienestar o producen perjuicios al trabajador. Se exigía en la mayoría de los casos un comportamiento lo suficientemente gravoso como para producir la consecuencia jurídica, esto es, la extinción indemnizada, de la relación laboral.

Sin embargo, a lo que aquí se enfrenta el ordenamiento es a verdaderos ataques a la esfera más individual de la persona, a derechos que el ser humano posee, independientemente de su condición de trabajador.

No es necesario más que una primera lectura del artículo 50ET para observar que su primer precepto habla de supuestos en que se atente contra la dignidad profesional del empleado. Del mismo modo, la CE regula ciertos derechos aplicables directamente al ámbito laboral tales como la igualdad y el derecho a la no discriminación (art.14), o el derecho al honor (art.18) y, por supuesto, el derecho a la libertad sindical del art.28 al que se une el derecho la huelga.

Por su parte, el artículo 4ET recoge las prerrogativas que corresponden al trabajador por su sola condición de empleado por cuenta ajena. Entre ellos pueden destacarse algunos de los que ya se han comentado en el análisis del artículo 50ET, tales como el derecho a la ocupación efectiva, el respeto a la intimidad, a la integridad física y moral o a la percepción puntual de la remuneración pactada.

Conviene hacer esta distinción de preceptos puesto que, como se verá más adelante, existe una concepción restrictiva acerca de qué se considera derecho fundamental.

4.2. Características

Estudiados los diferentes objetos que pueden darse dentro del artículo 50, podrían plantearse una gran variedad de procedimientos especiales para cada una de las posibles causas. Como se ha dicho, ni la anterior Ley de Procedimiento Laboral ni la actual legislación procesal contienen regulación alguna respecto al cauce a utilizar para los casos de extinción causal.

Por tanto, parece claro que será el procedimiento ordinario el que deba utilizarse. Más aun, ciertos autores han calificado esta opción como carente de excepción⁸⁸². Sin embargo, resulta complejo aplicar el procedimiento ordinario,

⁸⁸² RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. *La voluntad del trabajador en la extinción del Contrato de Trabajo*. Ed. La Ley-Actualidad. Madrid. 1998. Pág.204. En la misma línea. SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Aranzadi. Navarra. 2001. Pág.111. ÁLVAREZ GIMENO, R.: *La extinción causal por voluntad del trabajador*. Ed. Comares. Granada. 2012. Pág.202.

estrictamente hablando, a todos y cada uno de los supuestos que componen la casuística extintiva.

Es por ello que, en ciertas ocasiones deberán hacerse determinadas adaptaciones al procedimiento concreto. El art.182LPL ya establecía que todos los procedimientos relativos a supuestos como el disfrute de vacaciones, la lesión de derechos fundamentales, pero sobre todo, las demandas por despido y por las demás causas de extinción, *se tramitarían inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente*. Similar redacción contiene la LRJS en su artículo 184 que, en relación con el 178.2 de la misma norma establece que, respecto de los derechos fundamentales, cuando haya de aplicarse una de las modalidades procesales contenidas en el primero de los preceptos se aplicarán del mismo modo las reglas y garantías propias de esta modalidad.

Así, es bien conocida la posibilidad de exportación de garantías de los derechos aplicables al amparo ordinario a otros ilícitos que pudieran atacar a derechos fundamentales o libertades públicas. Puede destacarse la intervención del Ministerio Fiscal pero también las notas de preferencia y sumariedad, la reparación de daños o la ejecutividad inmediata de la sentencia. Es la llamada “*tesis integrativa*” cuyo objetivo es salvaguardar las garantías procesales de los derechos fundamentales aun cuando estos hayan de ser defendidos por un cauce distinto al específico del 177 y siguientes de la LRJS.⁸⁸³

Esta interpretación deriva del 53.2CE que obliga al ordenamiento a proporcionar cauces procesales caracterizados por la preferencia y la sumariedad, cuando se trate de la defensa de derechos fundamentales. Por tanto, y teniendo en cuenta que al supuesto de extinción le corresponde el procedimiento ordinario, éste no cumpliría con el mandato constitucional.⁸⁸⁴

⁸⁸³ SSTC de 1 de febrero de 2005 (AC.2005/17); de 30 de octubre de 2000 (AC.257/2000) y de 29 de enero de 2001 (AC.2001/10) SSTSJ de Madrid, de 27 de octubre de 2008 (AS.2008/3210 y de 21 de mayo de 2002 (AS.2002/2045).

⁸⁸⁴ SSTS de 12 de junio de 2001 (RJ.2001/5931) y de 23 de marzo de 2000 (RJ.2000/3121). SSTSJ de Andalucía, de 8 de marzo de 2012 (AS.2012/1359); de Madrid, de 2 de febrero de 2011 (AS.2011/1025); de 10 de noviembre de 2010 (AS.2010/3130); de 27 de octubre de 2008 (AS.2008/3210); de Islas

Y ello a pesar de que, en un principio, la doctrina⁸⁸⁵ era ciertamente restrictiva a este respecto, interpretando el 182LPL de forma excluyente.

Si bien, como se ha dicho, el 184LRJS no cambia el espíritu del anterior precepto, sí es cierto que tanto la doctrina como los tribunales reconocen la posibilidad de extrapolar ciertas garantías propias del procedimiento de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas al ámbito del proceso ordinario.

Así, la jurisprudencia reconoce que *al menos algunas de aquellas particularidades habrían de ser también aplicadas en otras modalidades distintas*⁸⁸⁶ a la de tutela cuando se trata de la defensa de derechos de tal importancia.

Ello es así porque, según la citada STC 257/2000 no puede darse prioridad a la razón formal sobre la material cuando lo que está en juego es un derecho fundamental.

No obstante, resulta controvertida la posible aplicación de la referida doctrina judicial a los casos de extinción causal, puesto que en su mayoría refieren a supuestos de despido y de libertad sindical. Ello es así porque el 184LRJS (cuya redacción es exacta al 182LPL) ya establece que “*el despido y demás causas de extinción*” han de seguir su cauce procesal establecido. Por lo tanto, si la legislación no hace diferenciación entre unas figuras y otras, no parece haber motivo para interpretar que, en los casos de extinción indemnizada no vayan a poder aplicarse las garantías propias de los recursos relativos a derechos fundamentales.

Canarias, de 20 de abril de 2009 (AS.2009/1760); de Cataluña, de 23 de julio de 2008 (AS.2008/2097); de País Vasco, de 7 de noviembre de 2006 (AS.2007/879)

⁸⁸⁵ DURÁN LÓPEZ, F., “*Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido*”, en Relaciones Laborales. T.1 N°11. Madrid. 1990. Pág.372. MONEREO PÉREZ, J.L. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. *en Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*. VV.AA. Tomo II. Ed. Comares. Granada 2001. Pág.1120. También MONTERO AROCA, J.; IGLESIAS CABERO, M.; MARÍN CORREA, J.Mª. Y SAMPEDRO CORRAL, M.: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*. Tomo I. Arts. 1 a 182. Ed. Civitas. Madrid. 1993. Pág. 1008.

⁸⁸⁶ STC de 30 de octubre de 2000 (AC.257/2000)

Así lo han entendido diversos autores, teniendo en cuenta la heterogeneidad de las causas contenidas en el artículo 50ET y la imposibilidad de tratarlas todas por igual en base al procedimiento ordinario.⁸⁸⁷

Más aún cuando, concluyendo, el Tribunal Constitucional ha reiterado que la obtención de la tutela de derechos fundamentales puede obtenerse, bien por la vía específica, o por el procedimiento correspondiente al ilícito concreto de forma potestativa, y teniendo en cuenta los supuestos de reenvío mencionados en el 184LRJS.⁸⁸⁸

4.3. *Otras figuras*

Finalmente, y como quiera que gran parte de las conductas englobadas dentro del artículo 50ET refieren a modificaciones sustanciales o supuestos de impago, conviene plantearse qué ocurre en este sentido pues, por ejemplo, en el primero de los casos, existe un procedimiento concreto regulado en los artículos 138 y siguientes de la LRJS.

La respuesta a esta pregunta será, en cualquier caso, la misma. El 184LRJS obliga a tramitar todas las causas contenidas en el mismo por la vía

⁸⁸⁷ ÁLVAREZ GIMENO, R.: *La extinción causal por voluntad del trabajador*. Ed. Comares. Granada. 2012. Pág.202. BLASCO PELLICER, A. “*La extinción del contrato de trabajo por voluntad de la mujer trabajadora*”. AL. N°18. 2010. Pág. 2142. En el artículo se refiere a la posibilidad de incluir las notas de preferencia y sumariedad, especialmente en los procedimientos relativos a la extinción del contrato de la trabajadora, en supuestos de discriminación, haciendo un repaso desde las primeras visiones jurisprudenciales en que no era viable tal extrapolación, hasta las más actuales en que se viene reconociendo tal posibilidad. Este extremo ha sido valorado en innumerables ocasiones por el Tribunal Supremo, pudiendo destacarse los supuestos relativos a indemnizaciones de reparación de daños en que, puede destacarse que, como indica el 183.3LRJS, además de las cantidades derivadas de las modificaciones o extinciones del contrato de trabajo corresponde al juez fijar las compensaciones por daños cuando se probara la vulneración de derechos fundamentales. Así las SSTs de 28 de febrero de 2000 (RJ.2000/2242); de 2 de febrero de 1998 (RJ.1998/8917); de 20 de enero de 1997 (RJ.1997/620) o de 22 de julio de 1996 (RJ.1996/6381).

⁸⁸⁸ Muy destacable en este sentido la STC de 6 de mayo de 1997 (AC.90/1997), pero también, las SSTC de 20 de octubre de 2008 (AC.2008/125); de 24 de abril de 2006 (AC.2006/120); y de 12 de diciembre de 2005 (AC.2005/326) en su mayoría referidas a situaciones de inversión de la carga de la prueba y libertad sindical. Del mismo modo, van en esta dirección las SSTSJ de las Islas Canarias, de 30 y 19 de noviembre de 2004 (AS.2004/3810 y 2004/3805), de Cataluña de 15 de junio de 2004 (AS.2004/2648) y de la Comunidad Valenciana, de 14 de mayo de 2004 (AS.2004/3538)

correspondiente, ya sea procedimiento ordinario o especial. En la lista de causas se incluye expresamente, aparte de los supuestos extintivos, en los que ya podrían englobarse todos los supuestos del artículo 50ET, los relativos a modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, conciliación de la vida familiar y personal⁸⁸⁹, vacaciones...

A estos efectos, y realizando una interpretación literal de la normativa procesal, las expresiones “*no obstante*” y “*sin perjuicio de*”, ya hacen pensar que la tesis integrativa no está muy lejos del espíritu de la norma. Es decir, cuando el 184LRJS reenvía ciertas materias a su cauce específico, no lo hace, al menos a mi modo de ver, con la intención de desentenderse del supuesto, ya que en cualquier caso entra en juego la defensa de una clase de derechos de gran relevancia jurídica.

Esta idea no es ni mucho menos reciente⁸⁹⁰, ya que muchos autores la han defendido con anterioridad. No obstante, resulta ahora indiscutible su vigencia teniendo en cuenta que, la posible laguna jurídica creada por el legislador y subsanada por el TC, no ha sido corregida a pesar de las numerosas modificaciones.

Concluyendo, por tanto, en base a la LRJS el procedimiento a aplicar será el contenido para cada supuesto en la legislación procesal, con las singularidades de

⁸⁸⁹ Muy interesantes en este sentidos las SSTS de 25 de marzo de 2013 (RJ.2013/5121) y de 24 de abril de 2012 (RJ.2012/5881)

⁸⁹⁰ Muy interesante en mi opinión la interpretación de PEDRAJAS MORENO, A. en: *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*. Ed. Trotta, Madrid, 1992. Pág.133. En ella realiza una visión literal, sistemática, histórica y teleológica que apoya la tesis integrativa en base a los criterios de interpretación del 3.1CC. No obstante, pueden destacarse otras obras tales como CRUZ VILLALÓN, J. Y VALDÉS, F.: *Lecturas sobre la Reforma del Proceso Laboral*. Ministerio de Justicia. Madrid.1991. Pág.371-373. ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A.: *Proceso de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales*. Ed. Tirant lo Blanch. Colección Laboral. Valencia. 1997. Págs.56-57 SALA FRANCO, T.: “*De la tutela de los derechos de libertad sindical*”. En *VV.AA. Ley de Procedimiento Laboral. Análisis y comentarios al RD Legislativo 521/90 de 27 de abril*. Ed. Deusto. Bilbao. 1990. Pág.387ss. También SERRANO OLIVARES, R: *El acoso moral en el trabajo*. Consejo Económico y Social. Colección Estudios. Madrid. 2005. Pág.169 y ss.

la tutela del procedimiento para la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas cuando exista posible ataque a un derecho de tal naturaleza.⁸⁹¹

4.4. *Una especial referencia al supuesto contenido en el 49.1.m)*

Los supuestos relativos a la extinción de la trabajadora víctima de violencia de género son, en ocasiones, generadores de cierta controversia. La regulación de la Tutela Judicial de este supuesto se encuentra contenida en el Título V de la LOVG y ofrece una visión bastante genérica del supuesto, aunque enfatiza primordialmente, como recuerda SEMPERE NAVARRO⁸⁹², en los ámbitos civil y penal al punto de no referirse en caso alguno al ámbito laboral y excluyéndose la posibilidad de la creación de nuevos juzgados o de la asunción de otros de las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, que son además creados por esta norma.

El hecho es que ni la anterior LPL ni la actual LRJS han hecho referencia alguna al supuesto, ni existe una atribución expresa más allá del contenido genérico indicado, a los Juzgados de Violencia de la Mujer.

De este modo las dificultades son indudables, si bien parece que el procedimiento a seguir será el concerniente a los supuestos de defensa de libertades públicas y derechos fundamentales.

No obstante, sí existe una breve referencia al procedimiento laboral en el 37.7ET entendiéndose que podrán solicitar, *los trabajadores que tengan la consideración de víctimas de violencia de género o de víctimas del terrorismo, reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se*

⁸⁹¹ PEDRAJAS MORENO, A.: *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*. Ed. Trotta, Madrid, 1992. Pág.131-132.

⁸⁹² SEMPERE NAVARRO, A.V.: *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales*. En *comentario a la Ley Orgánica de protección integral contra la violencia de género: aspectos jurídicos penales, procesales y laborales*. Ed. Thomson-Aranzadi. Pamplona. 2005. Págs. 87-167 (110)

utilicen en la empresa. Si bien es cierto que, para su ejercicio se dice que deberá acudir al cauce concreto establecido, por lo que la referencia al procedimiento por derechos fundamentales perdería fuerza en estos supuestos.

En conclusión, y teniendo en cuenta que el legislador ha decidido dar prioridad a los ámbitos civil o penal, o simplemente entiende que su silencio supone la continuidad del análisis de estos temas en el ámbito social, mientras no exista regulación al respecto serán estos últimos los que deberán pronunciarse sobre los asuntos relativos a las víctimas de violencia de género.

5. Plazos

Todos los institutos jurídicos, a excepción de aquellos a los que la legislación considera imprescriptibles, están limitados en el tiempo. Esta situación que ha suscitado tanta controversia, quizás más en la propia sociedad que en el mundo del derecho, responde paradójicamente, al principio de seguridad jurídica del artículo 9.3.CE.

Ello se da principalmente por el hecho de que la tutela judicial ha de responder a una voluntad de resarcir un daño causado, a restituir una situación o a obtener un pronunciamiento constitutivo, por ejemplo. Por el contrario, una imprescriptibilidad infinita traería consigo una situación bastante compleja en que el sujeto causante del daño quedaría a merced del sujeto pasivo *sine die*. Podrían incluso plantearse situaciones de retraso desleal.

El artículo 7.1.CC expone que “*los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*”. Así, cabe en mi opinión extrapolar el criterio de inmediatez, comúnmente aplicado a los supuestos de despido disciplinario, también para los casos de extinción causal, aunque con muchos matices puesto que los supuestos incluidos en el art.50ET suelen referirse a conductas reiteradas en el tiempo o, como en los supuestos del apartado b), que requieren una periodicidad constante. Puede decirse que, incluso dentro del plazo establecido

por la legislación, deben actuar los principios generales del derecho⁸⁹³, teniendo en cuenta la falta de regulación expresa. Con ello, se evita que el causante del ilícito quede a expensas de la voluntad arbitraria del sujeto pasivo.

Se ha planteado en ocasiones si la prescriptibilidad de los derechos, en este caso de los laborales, supone una violación flagrante a la irrenunciabilidad de derechos enunciada en el artículo 3.5.ET. Sin embargo, la doctrina⁸⁹⁴ coincide al indicar que ambos conceptos responden a realidades diversas. Puede decirse que un derecho es irrenunciable mientras no haya prescrito. Es más, conviene en mi opinión hacer una diferenciación clara de ambas conductas.

Al hablar de la renuncia de derechos, se está definiendo una conducta activa, en que el trabajador decide no ejercer las prerrogativas que le da el ordenamiento jurídico. Pero además, lo hace de una forma expresa, mediante una declaración en que su voluntad, comúnmente viciada, se hace pública y notoria.

Por el contrario, la prescripción y la caducidad son elementos que responden a una conducta pasiva del individuo, que ha decidido no ejercitar sus derechos en tiempo y forma.

Es lo que ALONSO OLEA Y CASAS BAHAMONDE⁸⁹⁵ denominan “*decadencia de derechos por el transcurso del tiempo*”.

No obstante, y pese a lo expuesto, considero importante resaltar que el hecho de que una conducta haya prescrito no significa que haya dejado de desplegar todos sus efectos. Piénsese por ejemplo, en los supuestos de hecho relativos al campo de la Seguridad Social, cuya regulación se encuentra en la LGSS, y cuyos efectos trascienden en ocasiones el ámbito de la prescripción.

⁸⁹³ GIL Y GIL, J.L.: *La prescripción de las faltas laborales*. Informes y estudios. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1993. Pág. 67.

⁸⁹⁴ OJEDA AVILÉS, A: *La renuncia de derechos del trabajador*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1971. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I.: *La renuncia a los derechos*. Ed. Bosch S.A. Barcelona. 1986. Pág.232. Si bien en este último caso, desde un punto de vista claramente civilista, en que se expone que, prácticamente, es necesaria la prueba en contrario de la renunciabilidad de derechos.

⁸⁹⁵ ALONSO OLEA, M. Y CASAS BAHAMONDE, M.E.: *Derecho del Trabajo*. Ed. Thomson Civitas, Vigésima Primera Edición. Madrid. 2003. Pág.528.

En cualquier caso, y dejando a un lado aspectos tan específicos, a continuación analizaré las características y efectos desde el punto de vista temporal, en relación con la extinción del contrato de trabajo, considerando con gran atención el contenido de los artículos 59 y 60ET, reguladores de la prescripción y la caducidad en el ámbito laboral. Baste a título introductorio recordar que la prescripción puede interrumpirse cuantas veces sea necesario mientras que la suspensión de la caducidad viene determinada por supuestos concretos determinados por la Ley.⁸⁹⁶

5.1. Prescripción

Como se ha venido diciendo con anterioridad, la nota distintiva en el ámbito procesal de la extinción por voluntad del trabajador es, precisamente, la falta de regulación. El artículo 50ET nada indica al respecto por lo que, razonablemente, ha de acudirse a lo estipulado en el 59ET.

Según dicho artículo, *las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación.*

Otras opciones han sido valoradas a este respecto, tales como la utilización por analogía de otras figuras como el despido disciplinario o incluso el procedimiento especial para modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

En el primer caso se advierte de la posibilidad de aplicar el plazo de caducidad de 20 días. Tal afirmación responde a la naturaleza del ilícito. Despido disciplinario y extinción causal son consideradas figuras análogas, no sin ciertas reticencias. Para que se produzca la infracción cada una de las partes ha de cometer un incumplimiento de suficiente entidad para que la extinción sea justificada. No se trata de una simple interpretación doctrinal, sino que ha venido

⁸⁹⁶ MOLERO MANGLANO, C. (D), VV.A.: *Prescripción y caducidad de acciones en el proceso laboral*. Ed. Mc Graw Hill. Madrid. 1999. Pág.3

siendo sustentada, en ocasiones, por la propia jurisprudencia⁸⁹⁷. No obstante, opino que si bien ambas conductas pueden ser comparables en otros sentidos, no ocurre lo mismo en ámbito del proceso.

Entre otras cosas porque, básicamente, los efectos que despliegan una conducta y otra y su forma de ser tutelados jurídicamente son bien distintos. Mientras que el despido disciplinario entra dentro del poder punitivo del empresario, que ejerce tal derecho y comienza a surtir efectos desde ese preciso instante, en el caso de la extinción causal la finalización del contrato no se produce, al menos en los términos que el trabajador pretende, hasta que se pronuncien los tribunales. Cierto es que posteriormente el despido disciplinario puede impugnarse, pero ello no obsta a que tales efectos se produzcan.

Respecto a la comparación con las impugnaciones por modificación sustancial del contrato de trabajo, la complicación es incluso mayor. Y ello porque, en este caso, lo que se hace no es impugnar una decisión empresarial, pues lo que intenta el trabajador no es ser restituido en sus anteriores condiciones, sino finalizar la relación laboral. Del mismo modo ocurre en el apartado c) del artículo 50ET donde pueden encontrarse otras conductas que no hayan podido ser incardinadas en el apartado a).

En los supuestos de hecho relativos a los artículos 40 y 41ET, esto es, de movilidad geográfica y de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, se establece ex art.59.4ET el período de veinte días. Procede, por tanto, el mismo plazo que para los casos de despido. Y ello básicamente por dos razones:⁸⁹⁸

- Porque existe una identidad en la actuación de ambos ilícitos. En los dos casos una de las partes actúa de forma contraria, si no a derecho, porque

⁸⁹⁷ STS 22-12-88 (RJ.9897) indica expresamente que, a los supuestos relativos al artículo 50ET *no (les) puede afectar el plazo de caducidad del art. 59,3, de éste, previsto únicamente para las acciones contra el despido o la resolución de contratos temporales, sino el plazo de prescripción de un año de su art. 59, 1.* Del mismo modo las SSTSJ Andalucía, de 15 julio de 1999 (AS.1999/3038); de Cataluña, de 9 febrero de 1999 (AS.1999/5523) y de Madrid, de 18 marzo de 1994. (AS.1994/1171).

⁸⁹⁸ ALBIOL ORTUÑO, M.; ALFONSO MELLADO, C.L.; BLASCO PELLICER, A.; GOERLICH PESET, J.M.: *Derecho Procesal Laboral*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. Pág.305

en el supuesto empresarial puede no ser una conducta ilegal, sí a las condiciones pactadas en el contrato.

- Para evitar la indefinición que supone la nueva situación y la espera de una tardía decisión judicial.

Dicho esto, cabe plantearse por qué no se aplica tal procedimiento a los supuestos enunciados y contenidos en el artículo 138LRJS. A primera vista dicha aplicación podría resultar muy conveniente. Se trata de un procedimiento caracterizado por las notas de urgencia y preferencia, cuya vista se celebra dentro de los cinco días siguientes a la admisión de la demanda y cuya sentencia ha de dictarse en el plazo de diez días.

Podría decirse que, con la aplicación de este tipo procesal se evitarían dilaciones innecesarias y, por supuesto, todos los problemas de casuística que se han expuesto y que, efectivamente tienen lugar, relativos a la obligación de permanencia en el puesto de trabajo hasta la sentencia judicial. De hecho, el plazo de un año que exige la legislación laboral es, precisamente, el que produce tal dilación y los problemas que de ella se derivan.

No obstante, la dificultad que produce tal analogía es ciertamente constatable. En primer lugar porque, tanto despido como modificación sustancial, son conductas fácilmente identificables y reguladas específicamente. Por el contrario, las causas extintivas del artículo 50ET son infinitas. Pueden, desde luego, existir modificaciones sustanciales que, por su mera aprobación, faciliten la finalización del contrato laboral sin realizar grandes juicios de valor. Sin embargo, en otros supuestos se exige una continuidad en el tiempo que excede, y mucho, a los veinte días. Piénsese, por ejemplo, en los retrasos e impagos del salario, en que la jurisprudencia viene exigiendo no menos de cuatro mensualidades para considerarlo suficientemente grave.

En cualquier caso, y teniendo en cuenta esta posición doctrinal, el plazo de prescripción de las faltas cometidas por los trabajadores no es único, sino que, en base al 60.2ET, existen tres posibilidades respecto del despido disciplinario. Por

ello, teniendo en cuenta que los ilícitos de los que se habla han de ser cualificados o graves, tal plazo pudiera incluso extenderse a los 60 días.⁸⁹⁹

En conclusión, la doctrina mayoritaria recoge como plazo generalizado para la extinción causal del contrato de trabajo, el de un año de prescripción. Y ello por diferentes motivos:

- En primer lugar porque las acciones derivadas de modificaciones sustanciales comunes y graves tienen una gran diferencia. Mientras en el primer caso la actuación del empresario podrá ser cuestionable pero es completamente legal, es decir, está dentro del *ius variandi*, en el segundo de los casos se refiere a conductas que, más que por la decisión empresarial tomada, en ocasiones lo que se persigue es el trasfondo de la medida y su afectación al trabajador. Se exige, por tanto, un daño cualificado.
- Además, en segundo lugar, al hablar de los supuestos de los artículos 40 y 41ET lo que pretende el trabajador, normalmente, es ser restituido en sus anteriores condiciones, más allá de la propia extinción de la relación laboral, mientras que en los supuestos del artículo 50ET la finalidad de la acción es siempre la finalización del contrato.
- En este sentido, otra diferencia que puede hallarse entre un caso y otro es la forma de obtener tutela judicial. Mientras que en las modificaciones sustanciales ordinarias el trabajador tiene derecho, sin necesidad de acudir a al juez, a rescindir su contrato de trabajo con derecho a una indemnización de veinte días, es decir, existe un derecho que podría denominarse autotutelado, en el caso de la extinción causal será siempre el juez el que determine la conveniencia o no de la finalización contractual o, al menos, las consecuencias de la misma.

⁸⁹⁹ ALONSO OLEA, M. *Un problema cada vez más complejo: la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Universidad de Coimbra, 1989. Pág.19 y, sin defender tal postura, ÁLVAREZ GIMENO, R.: *La extinción causal por voluntad del trabajador*. Ed. Comares. Granada. 2012. Pág.215

Resulta necesario el análisis, tal y como he comentado antes, acerca de si el plazo de un año resulta excesivo para el planteamiento de la acción. Ciertamente, si se defendía que el motivo de un plazo de caducidad tan reducido en los supuestos de despido disciplinario venía marcado por la situación de incertidumbre en que quedaba el trabajador y la cuestionable situación en que quedaría el vínculo laboral mientras el empresario “se decidía” a ejercitar o no la acción, del mismo modo puede argumentarse en este caso haciendo un paralelismo entre ambas figuras.

En este sentido, y pudiendo estar de acuerdo con dicho planteamiento, lo cierto es que, por las razones que ya he expuesto antes, considero absolutamente inviable un plazo de caducidad de entre 20 y 60 días.

Se ha planteado, ya más concretamente, que el apartado a) pudiera asimilarse a los supuestos de modificaciones sustanciales. Ante esta posibilidad la mayoría de autores ponían como objeción el hecho de que, si bien la dignidad del trabajador era más fácilmente reconocible y no precisaba una conducta sucesiva, la afectación a la formación profesional del trabajador sí ofrecía más problemas⁹⁰⁰. Pues bien, tras la reforma operada por la L3/2012 de 10 de febrero, tal requisito ha desaparecido, motivo por el cual el debate puede volver a plantearse.

Sí existe no obstante una excepción al plazo de un año para el caso concreto contenido en el 50.1.c) ET en los supuestos en que el empresario se niegue a reincorporar al trabajador en las condiciones anteriores tras ser declarada injustificada una modificación sustancial. Dado que este supuesto es tan específico y no está sujeto a grandes valoraciones, pues se trata del incumplimiento de una sentencia, se acude, según el 138.8LRJS, a los artículos 279, 280 y 281 de la misma norma para los supuestos de ejecución de sentencias firmes de despido.

⁹⁰⁰ DURÁN LÓPEZ, F., “Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido”, en Relaciones Laborales, 1990. Nº11. Pág.372. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *La acción extintiva en el contrato de trabajo: un estudio sobre los plazos de su ejercicio en el derecho español*. Thomson-Aranzadi. Navarra. 2007. Pág.99

Concluyendo, la doctrina es claramente mayoritaria a la hora de afirmar que la prescripción en los casos de extinción causal es el plazo general de un año⁹⁰¹. Puede plantearse que, tal vez, se trate de un plazo excesivo, pero lo que está claro es que el supuesto de caducidad tasado en veinte días resulta absolutamente inviable, más aún si se tiene en cuenta la heterogeneidad de conductas recogidas en el este precepto. Por tanto, y si bien podría argumentarse la posibilidad del establecimiento de otros plazos para supuestos específicos, lo cierto es que el hecho de que exista un único plazo para todos los supuestos, otorga a mi modo de ver mayor seguridad jurídica. De este modo, la solución al respecto es en este momento pacífica y no plantea mayor discusión.

5.2. *Cómputo del plazo*

Dando pues por sentado que el plazo de prescripción de las causas extintivas del artículo 50 es de un año, cabe plantearse cuál es el *dies a quo* de la acción resolutoria.

A estos efectos, la legislación laboral acostumbra a dar pautas a la hora de establecer, exactamente, en qué momento comienza el plazo de prescripción o caducidad. Baste como ejemplo el artículo 60.2ET relativo a las faltas cometidas por los trabajadores.

Sin embargo, en ocasiones las previsiones legislativas son difícilmente aplicables. En este caso, sin ir más lejos, si quisiera aplicarse de manera estricta el artículo 59, en el que se establece el citado año de prescripción, surgirían

⁹⁰¹ PENDAS DÍAZ, B *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Madrid: ed. ACARL Segunda edición. 1992. Pág.62. RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. *La voluntad del trabajador en la extinción del Contrato de Trabajo*. Ed. La Ley-Actualidad. Madrid. 1998. Pág.207 SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Aranzadi. Navarra. 2001. Pág.112. VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*. Ed. Civitas. Madrid. 1993. Pág.96. ÁLVAREZ GIMENO, R.: *La extinción causal por voluntad del trabajador*. Ed. Comares. Granada. 2012. Pág.216 FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *La acción extintiva en el contrato de trabajo: un estudio sobre los plazos de su ejercicio en el derecho español*. Thomson-Aranzadi. Navarra. 2007. Pág.93 GONZÁLEZ DE PATTO, R.M^a.: *La dimisión provocada*. Ed. Comares. Granada. 2009. Pág.38. MOLERO MANGLANO, C. (D), VV.A.A.: *Prescripción y caducidad de acciones en el proceso laboral*. Ed. Mc Graw Hill. Madrid.1999. Pág.15.

ciertos problemas de aplicación. Y ello porque, según este precepto, las acciones derivadas del contrato de trabajo prescriben en el año siguiente a su terminación. Evidentemente, tal supuesto es inviable puesto que el objetivo principal del trabajador es, precisamente, que tal relación finalice. De este modo, la acción se convertiría única y exclusivamente en una reclamación de cantidades. Más aun cuando, como se ha estudiado, la jurisprudencia exige, en la mayoría de los casos, que la relación permanezca vigente hasta el momento en que se dicte sentencia judicial. Pero sobre todo, aceptar esta idea supone darle al supuesto un carácter imprescriptible. Porque si se acepta que el cómputo se inicia con la finalización del contrato y el trabajador mantiene las condiciones laborales, a su modo de ver ilícitas, por un asunto de conveniencia, se produce un retraso desleal y se crea una situación de absoluta inseguridad jurídica, dejando el procedimiento en manos de la arbitrariedad del trabajador.

Tampoco caben, en este sentido, asimilaciones a otras figuras que han sido nombradas anteriormente, especialmente con el caso del despido, ya que en este caso es muy sencillo saber en qué momento el hecho causante ha tenido lugar y, por tanto, a partir de cuando comienza el cómputo.

Sentada la heterogeneidad de las conductas a analizar, voy a tratar de discernir entre algunos de los casos más importantes, destacando finalmente, y de modo unitario, cuál es desde mi punto de vista, la solución más conveniente.

En primer lugar, el apartado a) viene referido a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de la dignidad profesional del trabajador. En este sentido, podría argumentarse que el plazo comienza una vez notificado el cambio en la situación contractual del empleado. Se trata de un hecho objetivo y pudiera tener cierta viabilidad.

Una segunda hipótesis podría ir encaminada al plazo de preaviso que exige el 41.3 para que la medida sea efectiva. Habría que comenzar el cómputo del plazo a partir de los 15 días siguientes a la comunicación de la modificación.⁹⁰²

Ambos plazos, si bien no son idénticos, ofrecen el mismo problema. En ocasiones las medidas empresariales tomadas no suponen un perjuicio en un primer momento. Es más, pueden incluso ser bien recibidas por el trabajador. Sin embargo, el empleado puede comenzar a sufrir las consecuencias de su nueva situación una vez iniciados los cambios contractuales. Por tanto, opino que tal suposición resulta compleja, y más teniendo en cuenta que la apreciación del daño es, a menudo, controvertida, y requiere de cierta continuidad en el tiempo para ser constatada.

Por una parte, puede pensarse que lo ideal sería que la prescripción comenzará a contar a partir del momento en que se considere que el empresario ya ha descrito un comportamiento lo suficientemente grave y culpable como para obtener la tutela judicial de los tribunales. Se trata de una posición acorde con el artículo 59.2ET. No obstante, surgen ciertas dificultades interpretativas al respecto.

No se trata, en cualquier caso, de una novedad dentro del ordenamiento laboral, sino de una aplicación analógica del 1969CC que, para casos en que no existe regulación, entiende que la prescripción y caducidad de las acciones “*se contará desde el día en que pudieron ejercitarse.*”

Y ello se justifica por el hecho de que, aceptando esta tesis, cabe la posibilidad de que en el momento del juicio no sean tenidos en cuenta hechos posteriores, que no podrían ser adheridos a la causa. Del mismo modo, puede pensarse que el no accionar contra el empresario supone una aquiescencia con la decisión tomada. Esta visión es a mi modo de ver incorrecta, puesto que no es posible

⁹⁰² RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. *La voluntad del trabajador en la extinción del Contrato de Trabajo*. Ed. La Ley-Actualidad. Madrid. 1998. Pág.207. También en FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *La acción extintiva en el contrato de trabajo: un estudio sobre los plazos de su ejercicio en el derecho español*. Thomson-Aranzadi. Navarra. 2007. Pág.96. No obstante, en este caso es simplemente un comentario acerca de las diferentes hipótesis existentes, en ningún caso una defensa de la misma.

aceptar que, por el hecho de no demandar al empresario, se está de acuerdo con él, al menos de forma generalizada. Normalmente, y más en el ámbito del derecho del trabajo, es bastante común que las partes de un contrato no partan en igualdad de condiciones y, en el caso del trabajador por cuenta ajena, su salario acostumbra a ser su fuente principal de ingresos.

Por otra parte, existe quien piensa que⁹⁰³, dados los problemas planteados con la anterior postura, lo más correcto sería comenzar a computar el plazo desde el último acto cometido ilícito cometido por el empresario. No cabe duda de que tal posición subsana la eventualidad de que los hechos posteriores a la demanda pudieran quedar excluidos del procedimiento. En realidad, dicha postura puede basarse también en la redacción del 59.2ET, puesto que el precepto se refiere a supuestos de “*tracto único*”, por lo que teniendo en cuenta tal afirmación, podría quedar avalada su aplicación.

No obstante, los problemas aplicativos serían de gran calado. Esto es debido a que, si se acepta el posponer el comienzo de la prescripción al último suceso causado por el empresario, se está aceptando el extender “*sine die*” el plazo de prescripción. Debe decirse, por ejemplo, que cuando un trabajador sufre tratos vejatorios tal conducta no puede prescribir interpretándose que el empleado está conforme con dicha conducta empresarial.

Sin embargo, y teniendo en cuenta la coyuntura económica, es este el caso más probable. Piénsese en el supuesto en que un empresario se retrase en los pagos y posteriormente se ponga al día para, un año después volver a retrasarse. En mi opinión, ofrece mayor seguridad jurídica la primera postura pues, una vez constatado (por el trabajador eso sí) que los incumplimientos del empresario son notorios y cualificados, es cuando debería comenzar el cómputo prescriptivo.

⁹⁰³ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *La acción extintiva en el contrato de trabajo: un estudio sobre los plazos de su ejercicio en el derecho español*. Thomson-Aranzadi. Navarra. 2007. Pág.101

Así lo entiende parte de la doctrina⁹⁰⁴ y jurisprudencia⁹⁰⁵ aunque, como se ha dicho, ambas visiones tienen sus lagunas. El principal problema es precisamente que no existe una regulación concreta y por tanto, no se trata de una cuestión carente de controversia.

Por último, y a diferencia de los casos anteriores, puede encontrarse un supuesto extremadamente específico y que, además, cuenta con específica regulación. Es el supuesto de voluntad extintiva por no haber sido reintegrado en el puesto de trabajo en las anteriores condiciones tras haber sido declarada injustificada una modificación sustancial como injustificada por un tribunal.

En este caso, el 279LRJS indica exactamente el plazo y el *dies a quo* que asisten al trabajador incluso diferenciando entre si la readmisión tuvo lugar o no, y si se hizo pero de forma irregular, estableciendo en cada caso el día de inicio del cómputo.

Finalmente, considero el precepto del artículo 1969CC como base para establecer el inicio del cómputo prescriptivo. Así, el plazo comenzará a contar cuando la interposición de la acción sea viable en cualquiera de los casos del art.50ET. Es cierto que ello puede suponer que tal cómputo se inicie en distinto momento según el supuesto citado⁹⁰⁶, pero la realidad es que la naturaleza de dicho cómputo seguirá siendo la misma. En conclusión, la acción tendrá visos de

⁹⁰⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Aranzadi. Navarra. 2001. Pág.113.

⁹⁰⁵ SSTs de 6 de abril de 1990 (RJ.1990/3124); de 20 (RJ.1987/87) y 15 de enero (RJ.1987/38) de 1987. SSTSJ de Madrid, de 14 de enero de 2003 (AS.2003/1469); de Galicia de 16 de mayo de 1996 (AS.1996/1479) y de la Comunidad Valenciana, de 11 de noviembre de 1994 (AS.1994/4565). Sin embargo, en estos pronunciamientos se da como motivo de la prescripción la aquiescencia del trabajador en supuestos de retrasos en el pago y modificaciones sustanciales. Motivo que, a mi modo de ver, no puede ser extrapolable a otros supuestos de hecho ciertamente mucho más traumáticos para el trabajador.

⁹⁰⁶ En el 50.1.a) la decisión puede devenir contraria a la dignidad del trabajador tiempo después de haber sido tomada, mientras que respecto de los impagos, ya se ha estudiado que la jurisprudencia considera que existe será grave cuando existan cuatro o más incumplimientos de naturaleza salarial. Finalmente, en el supuesto de no readmisión, el cómputo se iniciará cuando, tras la sentencia que la declare, el empresario no haya cumplido con los plazos preestablecidos. Si bien los cómputos se inician en momentos distintos, su categorización en torno a la figura de la producción efectiva del hecho ilícito es innegable.

prosperar cuando el perjuicio sea efectivamente susceptible de ser considerado suficientemente relevante por parte del juez.

6. Casos de concurrencia de diferentes supuestos de extinción del contrato de trabajo

En los supuestos habituales de extinción causal por voluntad del trabajador se produce una situación compleja que transcurre desde la exteriorización de la voluntad extintiva hasta la firmeza de la ulterior sentencia. En este lapso de tiempo se produce una situación similar a la de otras figuras en que interviene el preaviso como la dimisión *ad nutum* ex art.49.1d) o cualquiera de las causas de despido en que exista obligación de comunicación previa. En todas ellas ambas partes de la relación conocen la voluntad de al menos una de las mismas de poner fin al vínculo contractual.

No obstante, conviene recordar que, como ya se ha dicho en este mismo trabajo, todos los derechos y deberes derivados del contrato de trabajo permanecen vigentes e inalterados. Esta situación genera la posibilidad de que ocurra cualquiera de las vicisitudes posibles del contrato de trabajo. No importa que la relación pueda tener fecha de finalización, hecho que al contrario de la dimisión no es seguro aquí, pues la relación permanece, al menos hasta el momento en que se pronuncie el juez, tan viva como en cualquier otro momento.

Sin duda, la figura más interesante a estos efectos es la del despido ejercido por el empresario previo a la celebración del juicio por extinción instada por el trabajador. Sin embargo, y como a continuación se analizará, no es ni mucho menos el único motivo.

6.1. Extinción y despido

La posibilidad de acumular las acciones de extinción causal y despido viene recogida en el art.32LRJS. de forma expresa, quedando patente la obligación de que, en caso de rescisión fundada por parte del trabajador y posterior despido, la

demanda promovida posteriormente sea acumulada, ya sea de oficio o a instancia de parte.

Si bien tal posibilidad no resulta novedosa, sí es cierto que la evolución de la legislación laboral proviene de una primera etapa donde no cabía la acumulación. En efecto, el art.16LPL (1980) dejaba al criterio del juez el juzgar si convenía la unificación de ambas demandas.

Razones de economía procesal y de simple lógica invitaron al legislador a modificar tal precepto que se manifiesta hoy en el citado art.32LRJS. Piénsese que, de lo contrario se estaría ante situaciones de lo más inexplicables. Ejemplo de ello eran los supuestos en que el trabajador manifestaba su voluntad de finalizar su relación laboral por cualquiera de las causas del art.50ET y en el lapso que discurría hasta la obtención de la sentencia era despedido. Si resultaba indiscutible el valor constitutivo del fallo judicial, el empleado se veía obligado a interponer una acción para conservar su puesto de trabajo, esto es, contra la decisión empresarial de despedirle, y otra distinta para, precisamente, pedir exactamente lo contrario.

Si exige, no obstante, la norma, que el trabajador indique al interponer la demanda la pendencia del anterior procedimiento y el juzgado que conoce del asunto. Además, dentro del propio artículo el legislador realiza una doble lectura, sobre la que más tarde profundizaré. Por una parte, exige que cuando las acciones juzgadas tengan su razón de ser en las mismas causas, sean examinadas conjuntamente, mientras que, por otra, de ser acciones independientes, el tribunal deberá optar por un criterio cronológico.

Sin embargo, lo que en mi opinión resulta más importante recordar es la diferencia entre los efectos del fallo judicial en uno y otro caso. Así, mientras en el caso del despido la sentencia será en cualquier caso declarativa, en la extinción causal se estará ante una de tipo constitutivo. Las diferencias son notables teniendo en cuenta que en el caso de la finalización ex. Art.50ET surtirá efectos

únicamente desde la decisión judicial, mientras que la decisión empresarial lo hará desde el momento en que haya sido emitida y recibida por el trabajador.

6.1.1. La extinción causal como acción precedente

Teniendo en cuenta la diferencia que acabo de exponer entre los efectos de una y otra sentencia, lo cierto es que cuando un trabajador exterioriza su voluntad de finalizar su relación laboral lo que, en puridad realiza, es precisamente eso, expresar una voluntad. Tal deseo ha de ser autorizado posteriormente por el juez, y sólo desde que esto ocurra podrá hablarse del fin de la relación laboral. Así, durante el período que antecede a la decisión judicial, el trabajador continúa bajo el poder de dirección del empresario que mantiene intacta la potestad disciplinaria.

Por tanto, no cabe duda de que el empleado puede ser despedido en cualquier momento durante el período de litispendencia. Conviene recordar, no obstante, que en cualquier caso, para que el juez pueda resolver sobre la extinción causal, el trabajador deberá impugnar la decisión empresarial pues, de lo contrario, estaría mostrando su aquiescencia y no existiría ya relación laboral vigente sobre la que tomar una decisión. Al contrario, si el trabajador acciona en tiempo y forma contra la decisión empresarial tendrá derecho al examen conjunto de ambas causas y a la obtención de un pronunciamiento único.⁹⁰⁷ Más aun, en la STS citada al pie se expone que, en este caso, debe darse preferencia a la decisión primeramente planteada, si bien habilita, por si existía duda alguna, al empresario a interponer demanda de despido durante el periodo de litispendencia ya que la vigencia del contrato es indiscutible.⁹⁰⁸

6.1.2. El despido como acto previo a la extinción causal

Corresponde ahora determinar qué ocurriría en el supuesto contrario al analizado anteriormente, esto es, si la acción resolutoria por parte del trabajador fuera

⁹⁰⁷ STS 30 abril de 1990 (RJ.1990/3509)

⁹⁰⁸ También STS de 4 de febrero de 1986 (RJ.1986/703) SSTSJ de La Rioja, de 20 de diciembre de 2002 (AS.2002/4171); de Cantabria, de 14 de diciembre de 2001 (AS.2002/262); y de la Comunidad Valenciana, de 4 de noviembre de 1999 (AS.1999/7475)

posterior a la decisión de despedirle. La solución es exactamente la misma con algún matiz. Evidentemente, continúa siendo obligatoria la impugnación de la decisión empresarial⁹⁰⁹ por parte del trabajador, hecho que, de no darse, haría inútil cualquier otra acción pues, cabe recordar que, a diferencia de la extinción causal, el despido sí posee efectos inmediatos.⁹¹⁰

Por otra parte, en este supuesto, a diferencia del caso anterior, la exigencia de permanencia en la empresa queda debilitada y dependiente de la modalidad rescisoria escogida por el empresario. Así, en el supuesto del despido por causas objetivas el preaviso mínimo es de 15 días según el 53.1.c) ET. Por el contrario, el despido disciplinario vía art.54ET no contempla plazo alguno. En cualquier caso, dejarán de regir aquí las normas de cese prematuro a pesar de que, en caso de existir preaviso y no haber algún tipo de acuerdo liberatorio, el empleado habrá de continuar en sus funciones durante los días de trabajo que resten hasta la fecha de finalización de la relación laboral.

6.1.3. Acción preferente

Expuestas las dos situaciones posibles respecto de la acumulación de acciones de despido y resolución causal a instancia del trabajador, es necesario analizar cómo atenderá el tribunal a la petición de tutela de ambas partes.

No es ni mucho menos un tema sin importancia si se tiene en cuenta que la decisión sobre una de ellas puede derivar en la enervación de la acción posterior. Además, será necesario analizar qué ocurre en caso de que ambas demandas correspondan a supuestos de hecho coincidentes o, por el contrario, a casos en que una y otra eventualidad sean completamente independientes.

En primer lugar, y teniendo en cuenta el cambio legislativo mencionado, mientras que en un primer momento se imponía la obligación al juez de acumular

⁹⁰⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Aranzadi. Navarra. 2001. Pág.120

⁹¹⁰ SSTs de 19 de mayo de 1988 (RJ.1988/4261) y de 27 de julio de 1989 (RJ.1989/5927). SSTSJ de Extremadura de 16 de junio de 1997 (AS.1997/2647) y de las Islas Baleares, de 17 de noviembre de 1995 (AS.1995/4074)

los autos sin criterio alguno de ordenación, la actual normativa añade un nuevo párrafo estableciendo una prelación según la interdependencia o no de ambas acciones. De este modo, si los supuestos a juzgar son exactamente los mismos procederá un análisis conjunto *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*. Sin embargo, si no existe relación entre ambas debe darse prioridad a la acción que nació antes. Aun así, la situación no es sencilla si se atiende a ciertas circunstancias.

- Despido previo

Procede plantearse en primer lugar qué sucedería en caso de que el despido precediera a la resolución causal. En principio, y sin hacer una reflexión más profunda, lo cierto es que dado el carácter constitutivo de la decisión empresarial, la resolución causal no habría de ser examinada puesto que versaría sobre una relación laboral ya inexistente. No obstante, y como recuerda ÁLVAREZ GIMENO⁹¹¹, tal situación no parece desprenderse del art.81LRJS, que no faculta al juez a tal inadmisión. Tiene sentido esta reflexión pues supondría, y así lo entiendo, el dejar en una situación de indefensión al trabajador despedido. Más aun cuando, de no prosperar el despido puede darse la indemnización por improcedencia, resultado idéntico al que se daría de avalar los tribunales la extinción causal.

Respecto a la discusión doctrinal, algunos autores⁹¹² han abogado por la primera de las tesis, defendiendo que la falta de vigencia de la relación laboral impedía la admisión a trámite en todo caso. No obstante, subyace la incógnita de, con arreglo a esta teoría, qué ocurriría si el juez desestima la decisión empresarial. Sería sin duda una situación claramente ventajosa para con el empresario que, de no ver satisfecha su pretensión, al menos, conseguiría tener la opción de readmisión o pago de indemnización, pero siempre a su criterio (salvo en casos

⁹¹¹ ÁLVAREZ GIMENO, R.: *La extinción causal por voluntad del trabajador*. Ed. Comares. Granada. Pág.228. 2012.

⁹¹² RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. *La voluntad del trabajador en la extinción del Contrato de Trabajo*. Ed. La Ley-Actualidad. Madrid. 1998. Pág.215.

extraordinarios como aquellos en que intervinieran representantes de los trabajadores) quedando enervada la acción resolutoria del trabajador.

Por tanto, parecía más razonable el pensar que, una vez juzgada la procedencia del despido, procedía la estimación o no de la extinción indemnizada. A estos efectos, el fallo relativo al despido ofrece tres posibilidades: procedencia, improcedencia o nulidad.⁹¹³

En el primero de los casos, y si ambas pretensiones versaban sobre el mismo supuesto de hecho, poco hay que decir, la relación quedará extinguida con efectos desde su exteriorización por parte del empresario, puesto que la sentencia únicamente posee efectos declarativos.

Si el despido fuera declarado improcedente, existían ciertos problemas ya que correspondía la decisión al empresario de optar entre el despido, con una indemnización asimilable a la del art.50ET y la readmisión al puesto de trabajo.

Esta última opción es ciertamente compleja. De una parte se encuentra el trabajador, con una acción por resolución interpuesta y otra por despido desestimada. De otra el empresario que, pese a no haber conseguido su objetivo, ha manifestado su voluntad de extinguir la relación laboral. Era en estos casos donde los tribunales intervenían con mayor frecuencia. En cualquier caso, no parece que ni doctrina ni jurisprudencia⁹¹⁴ hayan tenido en cuenta la posible readmisión, pues es obvio que ninguna de las partes desea la pervivencia del vínculo, más aún cuando el art.56.1ET obliga al empleador a tomar dicha decisión en los cinco días posteriores a la notificación de la sentencia.

Finalmente, existía menor problemática cuando la resolución judicial devenía en despido nulo, en cuyo caso no se daban mayores impedimentos para proceder a la valoración de la segunda acción.

⁹¹³ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a L.EN VV.AA.: *Ley de Procedimiento Laboral. Análisis y comentarios al RD Legislativo 521/90, de 27 de abril*. Ed. Deusto. Bilbao. 1990. Pág.128

⁹¹⁴ GONZÁLEZ DE PATTO, R.M^a.: *La dimisión provocada*. Ed. Comares. Granada. 2009. Pág.62. SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Aranzadi. Navarra. 2001. Pág.120

Si bien en la actualidad estas posturas resultan difícilmente comprensibles por la indefensión que producían para con una de las partes, lo cierto es que estaba bastante extendida⁹¹⁵. No se trataba de una opción arbitraria de la doctrina o de la jurisprudencia. En realidad, y como expone FITA ORTEGA⁹¹⁶, desde la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1568/1980, de 13 de junio, en que la posibilidad acumulativa estaba expresamente prohibida⁹¹⁷, y hasta el actual artículo 26.1.LRJS ha existido una clara evolución.

- Extinción causal previa al despido

No se daban problemas legislativos o de posibilidad de acumulación de acciones en este sentido dado que, sí el hecho que generó la causa de la rescisión se produjo con anterioridad al despido, el no atenderlo violentaría el derecho a la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, sí existían ciertas divergencias acerca de qué acción había de ser tratada en primer lugar. Dando por sentado que la decisión del trabajador no producía efectos inmediatos y que la resolución judicial no tiene efectos retroactivos, puede pensarse que la primera opción a considerar es la del despido. Y ello por el hecho de que, durante el período de litispendencia la relación laboral mantiene todos sus efectos, y el empleado puede ser sancionado tal y como sucedería en cualquier otro caso. El despido, que sí tiene efectos constitutivos, se produciría antes de la decisión judicial.

En el extremo opuesto se encontraba la teoría según la cual lo que debía juzgarse en primer lugar era la extinción causal amparada en el art.50ET. Esta teoría, basada en un criterio cronológico se amparaba en el hecho de que, habiéndose

⁹¹⁵ Además de los ya mencionados, DE MIGUEL LORENZO, ANA M^a. : *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Estudios de Derecho Laboral. Madrid. 1993. Pág.133

⁹¹⁶ FITA ORTEGA, F.: *Acumulación de actuaciones procesales*. En *El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social*. VV.AA. TOMO I. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. Pág.296

⁹¹⁷ En su artículo 16 se establecía que "no serán acumulables a ninguna otra las acciones de despido, las de extinción del contrato de trabajo a que se refieren los artículos 50, 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores". Es más, se instaba al juez a requerir al actor para que subsanase el defecto en los cuatro días siguientes y, en caso de no hacerlo debía procederse al archivo de la demanda.

aceptado la finalización por voluntad del trabajador, poco sentido tenía ya pronunciarse sobre el despido. En mi opinión, se trataba de una visión equivocada, dado que, salvo los supuestos excepcionales de cese prematuro de la relación laboral, la obligación del trabajador, de acuerdo con la legislación laboral, era la de prestar servicios hasta el momento en que la sentencia le diera la razón.

En cualquier caso, si, como antes se decidía optar por la atención de la demanda de despido en primer lugar, el problema volvía a subyacer en los casos de despido improcedente, ante la opción de readmisión, con las consecuencias que antes se han mencionado.⁹¹⁸⁹¹⁹

En conclusión, ante tal pluralidad de posibilidades interpretativas la jurisprudencia adoptó la teoría del conocimiento en base al criterio cronológico⁹²⁰. Sin embargo, tal posición no está exenta de controversia puesto que ninguna de las sentencias citadas indica qué ocurre con la acción por despido, cuyos efectos son en todo caso previos a la sentencia que declare la extinción, incluso habiendo sido estimada la acción del trabajador, ya que los efectos de una posible estimación posterior del despido provocarían una situación controvertida.

⁹¹⁸ En un primer momento se optó claramente por el criterio cronológico, como observan las SSTS de 30 de abril de 1990 (RJ.1990/3509) 5 de febrero de 1990 (RJ.1990/820); de 7 de noviembre de 1989 (RJ.1989/8019) y de 4 de febrero de 1986 (RJ.1986/703). En la doctrina, optaron por esta opción VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*. Ed. Civitas. Madrid. 1993. Pág.156 y GARCÍA MURCIA, J.: *Acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Cuadernos Cívitas. 1ª Edición. Madrid. 1991. Pág. 186.

⁹¹⁹ En el otro extremo, SSTS de 14 junio 1990. (RJ.1990/5079) y de 7 de febrero de 1990 (RJ.1990/1905), que abogan por el análisis previo de la acción por despido. Es ésta la opinión de DE MIGUEL LORENZO, ANA M^a. : *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Estudios de Derecho Laboral. Madrid. 1993. Págs.140 y 142.

⁹²⁰ Muy interesante, en mi opinión, la STS de 7 noviembre 1989 (RJ.1989/8019), antes citada, que lleva al extremo el criterio cronológico, para acciones por despido y extinción interpuestas el mismo día. Así, expone que “*si el trabajador se estima perjudicado en sus derechos puede ejercitar la acción resolutoria, y si el empresario estima concurre causa de despido puede adoptar tal decisión, mas si ésta se produce cuando «ya está en tramitación una reclamación sobre resolución del contrato, hay que dar preferencia a la decisión de la cuestión primeramente planteada»*”.

En este sentido, y desde mi punto de vista, tiene gran importancia el análisis de la STS de 25 de enero de 2007 (2141)⁹²¹, en que se aceptó el criterio de la temporalidad, pero desde un punto de vista sustantivo. Es decir, se atendía al supuesto producido con anterioridad, y no a la acción interpuesta en primer término. Me parece en este caso más correcta la interpretación jurisprudencial, pues de lo contrario, se estaría ante una “carrera procesal” en que primaría el “quién llegó primero”, por encima de la lógica procedimental. Así, parece obvio que si, por ejemplo, un trabajador ha dejado de cobrar su salario de forma reiterada, este hecho sea observado con anterioridad a las posibles contravenciones que se dieron en el lapso de tiempo previo al juicio.

De igual forma pareció entenderlo también el legislador a la hora de redactar el 32.1LRJS. Sin embargo, vuelven a obviarse los efectos que producen las sentencias sobre las acciones destinadas a ser analizadas en segundo lugar.

De este modo, existen opiniones en uno y otro sentido. De un lado están quienes sostienen que la declaración de procedencia de un despido enervaría la acción resolutoria⁹²² y, de otro, quienes opinan que tal situación, unida a la estimación de la resolución causal simplemente adelantarían la fecha del despido⁹²³.

Considero pues que, si bien la segunda opción parece la más justa, ya sea simplemente desde un punto de vista social, resulta más ajustada a derecho la opinión de quienes conciben la procedencia del despido como razón suficiente para enervar la acción resolutoria. Se puede argumentar el criterio temporal si se quiere, incluso puede considerarse injusto puesto que el empresario quedaría en cierto modo impune respecto de los incumplimientos que hubiera acometido con carácter previo. Sin embargo, si se acepta, y en este sentido no ha habido hasta hace muy poco discusión alguna, que la decisión del trabajador no tiene efectos

⁹²¹ También la STS de 10 de junio de 2007 (RJ.2007/8299); SSTSJ de Madrid, de 22 de junio de 2012 (AS.2012/2741); de Galicia, de 11 de junio de 2012 (AS.2012/233443); de Madrid, de 15 de junio de 2011 (AS.2011/265895); y de Castilla y León, de 9 de junio de 2012 (AS.2010/2137).

⁹²² GOERLICH PESET, J.M.: *La extinción por libre desistimiento del trabajador: dimisión y abandono*. En: *Extinción del contrato de trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. Pág.870

⁹²³ ÁLVAREZ GIMENO, R.: *La extinción causal por voluntad del trabajador*. Ed. Comares. 2012. Granada. Pág.235

constitutivos, pero la del empresario sí, no existe duda alguna de que la relación laboral seguirá completamente en vigor en el momento del despido y, por tanto, puede ser extinguida en base a los mismos criterios que en cualquier otro momento.

Es cierto que puede resultar sospechoso que, en el período previo a la sentencia se acometa un despido por causas objetivas, más allá del disciplinario que obedece a criterios menos controvertidos. No obstante, será misión del juez el determinar si tal extinción obedecía efectivamente, a cualquiera de las causas alegadas en el art.52ET, o simplemente era una estrategia para reducir los costes de la finalización contractual.

Así lo ha entendido la jurisprudencia, aunque no sin controversia. Por tal motivo adquieren mayor importancia las nuevas medidas cautelares contempladas en la LRJS, encaminadas a la evitaciones de tales eventualidades dentro del tiempo de espera de la sentencia.

6.1.4. Aspectos técnicos

Resulta necesario ahora detenerse en los matices procedimentales inherentes a la acumulación de estas dos figuras. De este modo, lo primero que cabe plantearse es cuál es el objeto del art.32LRJS. Teniendo en cuenta que su redacción refiere a cualquiera de las causas previstas en el artículo 50ET “*y por despido*”, lo más lógico sería pensar que, dado que el legislador ha sido tan parco en descripciones y no ha hecho diferenciación alguna, cualquier modalidad debe estar incluida dentro del precepto.

Si bien es cierto que, en ocasiones, se identifica esta acumulación con la operada en casos de despido disciplinario⁹²⁴, la realidad es que no encuentro motivos para pensar que un despido objetivo no pudiera ser tenido en cuenta aquí. A estos efectos, ya he explicado antes que resulta cuando menos controvertido el aceptar

⁹²⁴ VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*. Ed. Civitas. Madrid. 1993. Pág.140. GARCÍA MURCIA, J.,: *Acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato por voluntad del empresario*. Ed. Civitas. Madrid. 1991. Pág.125

un despido por causas técnicas durante el período litispendente, y puede invitar a pensar que lo que realmente hay es una intención empresarial de abaratar el despido. En cualquier caso, la plena vigencia de la relación contractual es indiscutible por lo que, salvo prueba en contrario, no parece que haya de ser excluida.

Si resulta más complicada la acumulación en casos de despido colectivo. El hecho de que la modalidad recogida en el 51ET tenga un procedimiento específico pero, principalmente, que la sentencia haya de afectar a una pluralidad de sujetos, plantea sin duda mayores dificultades.

Por lo que al procedimiento a utilizar se refiere, las opiniones al respecto son dispares. Al igual que ocurría a la hora de determinar la prelación en el examen de las causas, diversas son las versiones que se pueden encontrar. De una parte, no es discutida la doctrina respecto de la cual, los supuestos relativos a la extinción del contrato por voluntad del trabajador han de ser examinados con arreglo al procedimiento ordinario⁹²⁵, dado que no se establece otra opción específica. De otra, sin embargo, el despido sí tiene su propia modalidad procedimental. Incluso existe diferenciación entre extinciones empresariales de carácter objetivo y disciplinario.

Así, pueden encontrarse diferentes visiones. Mientras una parte de la doctrina opina que el hecho de que se unan en un único procedimiento más de una causa, es razón suficiente para pensar que no ha de utilizarse ninguna de las propiamente estipuladas para alguna de ellas, abogando por el procedimiento ordinario,⁹²⁶ de otra, existe la visión bastante extendida que invita a pensar que,

⁹²⁵ Entre otros, GONZÁLEZ DE PATTO, R.M^a.: *La dimisión provocada*. Ed. Comares. Granada. 2009. Pág.49. SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Aranzadi. Navarra. 2001. Pág.111. Además, resulta muy ilustrativa la STSJ de Galicia de 26 de enero de 2000 (AS.107), en que se distingue entre dos de los casos más llamativos, en cuanto a procedimiento a seguir, como es el de el especial para modificaciones sustanciales, en comparación con el correspondiente a la extinción causal. En este sentido, el TSJ de Galicia manifiesta que el cauce *procedimental adecuado es (el) del proceso ordinario de los arts. 76 y siguientes de la LPL, y no el especial del art. 138 de la misma Ley Procesal Laboral*. (Hoy LRJS)

⁹²⁶ DE MIGUEL LORENZO, ANA M^a. : *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Estudios de Derecho Laboral. Madrid. 1993. Pág.141

una vez iniciado el proceso, la realidad de los tribunales hace que exista una apariencia de juicio por despido más que por extinción causal, a pesar de que se estén valorando ambas acciones, razón suficiente para pensar que podría ser más acertado utilizar el procedimiento específico.

Finalmente, una tercera opción, a primera vista menos controvertida y ciertamente menos extendida, es la de que se emplee el procedimiento de la primera acción interpuesta, argumentando que, al fin y al cabo, se trata de una acumulación a la primera de las causas.⁹²⁷

En mi opinión, y dejando claro que esta última opción es la que más seguridad jurídica ofrece, puesto que desde el primer momento las partes sabrían a qué tipo de procedimiento se van a acoger, considero que no se puede ser completamente categórico al afirmar su idoneidad.

Y ello porque asumir esta tesis sería aceptar la elección del cauce procesal por parte del juez como una decisión justificada en la velocidad en que una u otra parte solicitar la tutela judicial.

Más aun cuando, como se ha visto anteriormente, incluso en casos en que cabe el procedimiento ordinario, han de serle añadidas características de otros cauces, tales como el de derechos fundamentales. De lo contrario, serían vulnerados innumerables derechos de defensa, principalmente del trabajador.

En conclusión, considero acertado el criterio cronológico, en orden al supuesto acaecido en primer lugar y no a la primera demanda interpuesta, como método de decisión del cauce procesal a utilizar, con las salvedades ya expuestas y el respeto a las garantías más básicas respecto de los derechos de una y otra parte.

Menos problemas presenta el saber ante qué órgano ha de presentarse la acumulación, pues si se entiende que ambas demandas han de ser examinadas de forma conjunta, tal y como indica el 32LRJS, deberá ser el juez que recibió la primera el que adquiera también competencia sobre la segunda. En cualquier

⁹²⁷ ÁLVAREZ GIMENO, R.: *La extinción causal por voluntad del trabajador*. Ed. Comares. Granada. 2012. Pág.224

caso, según el art.51LOPJ será el órgano superior el que decida, en caso de conflicto.

6.1.5. Momento procesalmente oportuno

Para conocer el momento oportuno en que la acumulación ha de ser instada es necesario acudir al art.34LRJS que expone que *deberá formularse y acordarse antes de la celebración de los actos de conciliación, en su caso, y de juicio, salvo que se proponga por vía de reconvención*. Evidentemente, y como ya han señalado otros autores⁹²⁸, la reconvención queda excluida en este ámbito, dado que el empresario no podrá ser en caso alguno demandante de su propio despido, o de una resolución instada por el trabajador.

Respecto de los actos de conciliación y juicio como referente temporal parece haber menos dudas. Es cierto que el término “*en su caso*”, sugiere alguna discrepancia respecto de si se refiere a la conciliación judicial o extrajudicial. En un primer momento podría concluirse que se trata de esta última, dado que el precepto aboga por un carácter optativo, mientras que la conciliación judicial es en todo caso preceptiva.

Por tanto, y teniendo en cuenta que la conciliación extrajudicial no forma parte del proceso, parece bastante claro que, pese a la ambigüedad del legislador, el hecho de que la englobe junto al acto del juicio, máximo exponente del ámbito judicial procesal, ha de entenderse como referencia clara a la conciliación dentro del proceso.

6.2. Extinción y reclamación de otros conceptos

Como ya se ha comentado con anterioridad, la promulgación del RDLeg 521/1990⁹²⁹, de 27 de abril supuso un notable cambio en el enfoque de la

⁹²⁸ GARCÍA MURCIA, J.: *Acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Cuadernos Cívitas. 1ª Edición. Madrid. 1991. Pág.168

⁹²⁹ Respecto de este texto normativo, es curioso reflejar el hecho de que, de acuerdo con el 27.1LPL no cabía la acumulación de los supuestos de despido y los de extinción por la vía de los artículos 50 y 52ET, si bien el art.32 de la misma norma recogía el hecho de que “*cuando el trabajador formule demandas por alguna de las causas previstas en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores (...) la acción que se*

acumulación dentro del procedimiento laboral. Así, en un principio resultaba imposible acumular a los supuestos de extinción accionados vía art.50ET la acumulación de otro tipo de acciones. Sin embargo, razones de economía procesal e incluso de congruencia entre diversas sentencias, dieron lugar a la modificación operada por la Ley 3/2009, de 3 de noviembre que hoy en día queda en cierto modo reflejada en el 26.3LRJS. Así, se dispone expresamente que en caso de que *se invoque la falta de pago del salario pactado (...)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.*

6.3. Extinción y finalización de contratos temporales

La dificultad que plantea la finalización de un contrato que, de por sí, ya nace con fecha de caducidad, es exactamente el problema que atañe a los contratos temporales. Así, resulta lógico el pensar que, en una gran cantidad de supuestos, cuando los tribunales entran al estudio del caso la relación laboral ya no existirá.

Atendiendo a este criterio, debería decirse que la acción interpuesta por los trabajadores sujetos a esta modalidad contractual quedará enervada. Algunos autores, como ÁLVAREZ GIMENO⁹³⁰, opinan que ésta es la opción más correcta. La teoría se sustenta en la ya consabida circunstancia de que las sentencias por extinción son de tipo constitutivo, y pierden su valor cuando la relación ya no existe.

promueva posteriormente se acumulará a la primera de oficio o a petición de cualquiera de las partes.” Parece claro pensar, no obstante, que cabía la acumulación a pesar de la posibilidad de que hubieran de satisfacerse en procedimientos diversos. Así, VV.AA. *Ley de Procedimiento Laboral*. Análisis y comentarios al RD Legislativo 521/90 de 27 de abril. Ed. Deusto. Bilbao. 1990. Pág. 121

⁹³⁰ ÁLVAREZ GIMENO, R.: *La extinción causal por voluntad del trabajador*. Ed. Comares. Granada. 2012. Pág.236. Dicha teoría se basa en el art.8.1 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, que desarrolla el art.15ET relativo a los contratos de duración determinada. Tal precepto establece las causas de denuncia del contrato y, además, parece hacerlo en forma de *numerus clausus*, por lo que no cabría interpretar una extensión del artículo 50ET a este supuesto.

Sin embargo, otra visión doctrinal es la que argumenta que, ya sea porque la relación continúa vigente o porque el contrato se mantiene en vigor, sí existe dicha posibilidad para los trabajadores contratados por tiempo determinado.

Efectivamente, considero que excluir, única y exclusivamente por un criterio que atiende a la duración de los contratos a todo un colectivo de trabajadores, de un derecho como el que se está analizando es, cuando menos, discutible. Si se acepta que, en determinadas ocasiones el cese prematuro no obsta para la obtención de una resolución favorable, y ello se hace, siendo el trabajador el que pone fin a su actividad laboral, cuanto más debiera aceptarse si la finalización no está en manos de la voluntad del trabajador.

Puede aceptarse, en este sentido, y tal y como indican SEMPERE NAVARRO y SAN MARTÍN MAZZUCCONI⁹³¹, que una posible indemnización sea computada hasta el día en que, efectivamente, dejó de prestar servicios, pero no el excluir categóricamente el derecho.

Afirmar lo contrario sería tan arriesgado como dotar al empresario de impunidad ante cualquiera de sus actos previos a la finalización del contrato temporal, ya de por sí más precario que los de tipo indefinido.

Por tanto, opino que, si bien resulta imposible extinguir aquello que ya ha sido extinguido, y por tanto la acción por extinción causal no podrá prosperar, no existe motivo por el cual no pueda reconocerse una indemnización en favor del trabajador, tal y como han reconocido algunas sentencias.⁹³²

⁹³¹ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Aranzadi. Navarra. 2001. Pág.110.

⁹³² En este sentido es muy relevante la STSJ de Andalucía de 15 de febrero de 1999 (AS.1999/943) en que se aboga por la aceptación a trámite dado que la relación persistía en el momento de interponerse la demanda y, en consonancia con el 1124CC, deben subsanarse los daños y perjuicios sufridos por el acreedor. Pero también las SSTSJ de Castilla la Mancha, de 20 de diciembre de 2012 (AS.2013/666); de Extremadura, de 17 de marzo de 2011 (AS.2011/1538); de Madrid, de 25 de abril de 2006 (AS.2006/2041); y de Galicia de 4 de octubre de 2003 (AS.2004/48370). En ellas no siempre obtiene su propósito el trabajador, pero en base a criterios distintos a su condición de temporal dentro de la empresa, no siendo óbice tal situación para que el tribunal entre a valorar los hechos.

7. La sentencia y sus efectos

Una vez sustanciado el proceso y tras la celebración del juicio, el tribunal competente procederá a dictar sentencia. Respecto al contenido de la misma, el fallo deberá determinar si existen motivos suficientes para calificar la conducta empresarial como antijurídica, y de esta forma declarar extinguido el contrato o, si por el contrario, tal comportamiento es legítimo o, en su caso, no lo suficientemente gravoso como para estimar la finalización del contrato de trabajo por esta vía.

En el primero de los casos la consecuencia inmediata será la extinción del vínculo, a través de un fallo que, cabe recordar, es en principio de tipo constitutivo, y la condena al pago de la indemnización correspondiente al despido improcedente en favor del trabajador. Tal resarcimiento no es exactamente el contenido en el art.56.1ET, pero en esencia sí existe la identidad que el propio art.50ET le da a ambos conceptos.

En el segundo escenario posible, en el que el juez dé la razón al empresario y considere la decisión conforme a derecho o no susceptible de la acción por esta vía, el contrato habrá de considerarse vivo a plenos efectos, ya que nunca se llegó a extinguir y, por tanto, procede la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo, si es que dejó de ocuparlo en algún momento.

7.1. Carácter constitutivo de la resolución judicial

Si existe una razón que justifique el estudio de la resolución judicial que permite la extinción causal por parte del trabajador, ésta es, sin duda, el carácter constitutivo de que goza la resolución judicial.

No cabe otra apreciación respecto a la naturaleza de la resolución. Mientras que en la dimisión *ad nutum* la decisión última acerca de la permanencia en la empresa corresponde únicamente al trabajador, lo cierto es que en este caso el trabajador únicamente goza de la iniciativa. Ello explica el requisito de permanencia en la empresa, puesto que la relación laboral permanece vigente en

todos sus términos, salvo en los casos especificados anteriormente, que responden a situaciones límite en que el trabajador puede dejar de acudir a su puesto de trabajo. No obstante, incluso en estos casos, la decisión final corresponde al juez, que habrá de constatar si la conducta llevada a cabo por el empleado es conforme a derecho o, por el contrario, se ha excedido en su apreciación.

Precisamente esta apreciación judicial es la que determina el carácter constitutivo de la sentencia. Efectivamente, de la misma dependerá que el trabajador pueda ejercitar su derecho a la rescisión o, por el contrario, haya de desistir en sus pretensiones. Es más, si el trabajador decidiera por su cuenta y riesgo abandonar el puesto de trabajo y el juez determinara que se ha producido una conducta no ajustada a derecho, entraría en juego el poder punitivo del empresario que puede derivar en, incluso, el despido por repetidas faltas de asistencia.

La jurisprudencia expresa claramente este extremo al exponer que *“en los casos de incumplimiento contractual por parte del empresario, sólo está facultado para solicitar del órgano competente la extinción de la relación laboral, pero en manera alguna para decidir en tal sentido por sí mismo y en ejecución de tal medida abandonar su puesto de trabajo”*⁹³³

Esta realidad se justifica en el hecho de que para extinguir una relación, ésta ha de existir, esto es, la relación laboral ha de permanecer vigente. Es por ello que la definitiva decisión judicial tendrá los *“efectos limitados a la fecha de notificación de su sentencia”* tal y como expone el fallo expuesto en el párrafo anterior.

Más aún, el carácter constitutivo de la sentencia llega al punto de que, dicho *principio no se ve alterado por el hecho de que el trabajador haya sido despedido, después de presentada la papeleta de conciliación y antes de celebrarse el juicio, como ha ocurrido en el presente supuesto. Durante el*

⁹³³ STS de 23 junio 1983 (RJ.1983/3041) STSJ C. Valenciana, de 20 enero de 2006 (AS.2006/874) y del TSJ de Cataluña de 15 de septiembre de 2011 (AS.2011/2833).

*período que media entre la presentación de la demanda de extinción y la fecha del juicio el trabajador puede ser despedido si ha realizado actos que merezcan tan grave sanción.*⁹³⁴

7.2. La ejecución

En el ámbito de la ejecución, tres son las posibilidades que pueden darse respecto de títulos ejecutivos en que no hay intervención judicial o, habiéndola, no se hace uso de la potestad jurisdiccional.⁹³⁵

- En primer lugar se encuentra la conciliación judicial, recogida en el 84.5LRJS. Dicho intento de avenencia es llevado a cabo, como se ha dicho anteriormente, por el Secretario Judicial, que observará el cumplimiento de la ley y los posibles abusos o fraudes. De lograrse el acuerdo, se redactará acta del mismo tramitándose por la vía de ejecución de sentencias.
- En segundo lugar cabe la conciliación o mediación extrajudicial. Amparada en los arts.63-64LRJS, un claro ejemplo es el SMAC y constituyen del mismo modo títulos ejecutivos. Si bien se trata de un contrato bilateral, lo cierto es que la obligación de que el órgano decisorio sea única y exclusivamente el que, administrativamente se determine, hace reducir las opciones y evita posibles acuerdos fraudulentos.
- Finalmente se encuentran los laudos arbitrales. En este sentido, la equiparación es similar a las anteriores. Simplemente destacar que, como resulta lógico, el Árbitro tendrá la potestad de decidir respecto de las disputas que se le presenten, si bien corresponderá al órgano judicial la ejecución del Laudo.

Así, puede concluirse que existe una equiparación, en cuanto a ejecución se refiere, en los supuestos enumerados anteriormente, situación que ha sido recogida por diversos autores.⁹³⁶

⁹³⁴ STS de 22 mayo 2000 (RJ.2000/4623)

⁹³⁵ BLASCO PELLICER, A.: *La ejecución laboral*. En *Derecho Procesal Laboral*. VV.AA. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. Pág.516.

Respecto a su naturaleza jurídica, queda igualmente intacta en cuanto a que sigue siendo un negocio jurídico resolutorio en que una de las partes insta la finalización del contrato en base a unas causas que dificultan el objeto o suponen un gran perjuicio para la misma. De este modo, la prestación por desempleo continúa operando en beneficio del trabajador. Debe tenerse en cuenta que, en realidad, la conciliación previa responde, en los supuestos de extinción causal, al reconocimiento por parte del empresario de la falta cometida, si bien el acuerdo suele minimizar las consecuencias que para él tiene tal extinción. Por tanto, sería del todo injusto que el empresario diera por buenas las causas alegadas por el trabajador, ya sea en su totalidad o parte, y éste perdiera el derecho a la prestación.

La situación legal de desempleo viene recogida en el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo⁹³⁷. En su artículo 1.1. j) se establece como causa habilitante para ser beneficiario de la prestación por desempleo *la resolución judicial definitiva declarando extinguida la relación laboral por algunas de las causas previstas en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. Teniendo en cuenta su redacción desde un punto de vista estricto, no cabría aceptar la conciliación prejudicial a estos efectos. Sin embargo, la STS de 14 de julio de 1994⁹³⁸ entiende que el artículo 1 ha de ser necesariamente interpretado de forma extensiva, de forma que las resoluciones administrativas puedan ser incluidas junto a los demás supuestos en que el trabajador pasa a ser beneficiario de la prestación, equiparándolas a las sentencias judiciales. Al fin y al cabo, es el propio ordenamiento el que, por razones de economía procesal y con la intención de evitar el proceso, insta a las partes a una avenencia previa.

⁹³⁶ VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*. Ed. Civitas. Madrid. 1993. Pág.135

⁹³⁷ Si bien ha sido modificado de forma sustancial por el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

⁹³⁸ RJ.1994/6663

Sí conviene recordar, como efecto negativo, y tal y como indica DE MIGUEL LORENZO⁹³⁹, que el Fondo de Garantía Salarial no se ocupa de supuestos en que no exista sentencia o resolución administrativa⁹⁴⁰. Tiene todo el sentido teniendo en cuenta que no deja de ser un contrato privado en que pueden pactarse indemnizaciones con total libertad, y estas pueden exceder de lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, el empleado debe valorar la inseguridad, y más en el período recesivo que acontece, que supone el no tener garantizada dicha indemnización.⁹⁴¹

7.3. Nueva situación tras la LRJS en relación con la ejecución provisional.

Tanto los artículos 207 y 208 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como el 245.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁹⁴² indican que será firme aquella sentencia que no pueda ser recurrida o, en caso contrario, cuando hayan transcurrido los plazos de prescripción y caducidad de los mismos. De este modo, lo que ahora resulta necesario analizar es qué ocurre cuando una sentencia es definitiva, pero no firme. Así, el art.303 de la antigua LPL especificaba que *las sentencias favorables al trabajador o beneficiario que no puedan ser ejecutadas provisionalmente conforme a esta Ley podrán serlo en la forma y condiciones establecidas en la legislación procesal civil*. Así, si se atendía a los supuestos

⁹³⁹ DE MIGUEL LORENZO, ANA M^a. : *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Estudios de Derecho Laboral. Madrid. 1993. Pág.130

⁹⁴⁰ Ex. Art.33.2 en supuestos en que no medie sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50, 51 y 52 de esta Ley, y de extinción de contratos conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio relativa a situaciones de concurso de acreedores.

⁹⁴¹ Por todas, SSTS de 23 de noviembre de 2005 (RJ.2006/1206); de 23 de abril de 2004 (RJ.2004/3699); de 18 de diciembre de 1991 (RJ.1991/9084); de 30 de julio (RJ.1990/6493) y de 4 de julio de 1990 (RJ.1990/6052). Del mismo modo SSTSJ de Madrid, de 27 de junio de 2007 (AS.2007/3142); de Andalucía, de 8 de mayo de 2003 (AS.2003/3273); de Castilla y León, de 20 de marzo de 2002 (AS.2003/37265); de Galicia, de 4 de mayo de 2001 (AS.2001/212268); de Aragón, de 17 de abril de 2001 (AS.2001/172368); de País Vasco, de 31 de octubre de 2000 (AS.2001/46300); de Navarra, de 30 de noviembre de 1999 (AS.1999/4189); y de Asturias, de 8 de octubre de 1999 (AS.1999/3116).

⁹⁴² Tanto la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, como la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, tienen en principio vigencia hasta el 22 de julio de 2014.

excluidos por el 525LEC cabía concluir que la ejecución provisional de sentencias por extinción causal era viable, al no estar expresamente prohibida.

Además, trataba de establecerse un paralelismo con el art.295LPL que se refería a los supuestos de despido en que se había determinado la improcedencia de un despido. En estos casos, la ejecución provisional suponía la vuelta a sus funciones del trabajador si se optaba por la readmisión. No obstante, no puede suceder lo mismo en el supuesto en que es el trabajador el que solicita la extinción y le es concedida en primera instancia. En primer lugar porque, en este caso, la ejecución provisional es solicitada por aquel que ha sido amparado por los tribunales, esto es, el trabajador, y en segundo, porque su voluntad expresada externamente es, precisamente esa, finalizar la relación laboral.

Además, en el caso de que hubiera querido hacerse uso del artículo 303LPL como cláusula abierta que diera pie a otros supuestos, lo cierto es que bien podía haber hecho uso del 301 de la misma norma, que se refiere a ejecuciones para otros procesos, y en que se mencionan exclusivamente casos de naturaleza colectiva o sindical y demás derechos fundamentales.

Por tanto, ha de concluirse que, en el pasado, la posibilidad de ejercer la ejecución provisional respecto de la extinción del contrato de trabajo era bastante complicada. En realidad, el ordenamiento jurídico español consideró, hasta la LEC 34/1984, de 6 de agosto, que las únicas sentencias ejecutables eran aquellas que devenían firmes y, además, tal afirmación se complementaba por el hecho de que no existía legislación al respecto.⁹⁴³

No obstante, en el caso de la resolución causal por voluntad del trabajador, la unanimidad de la doctrina⁹⁴⁴ y la jurisprudencia⁹⁴⁵, y la falta de legislación al

⁹⁴³ MONTERO AROCA, J; MARÍN CORREA, J.M.: *La ejecución provisional de sentencias en el proceso laboral*. Ed. Tirant lo Blanch. Abogacía práctica. Valencia.1999. Pág.13.

⁹⁴⁴ Por todos, ÁLVAREZ GIMENO, R.: *La extinción causal por voluntad del trabajador*. Ed. Comares. Granada. 2012. Pág.240. DE MIGUEL LORENZO, ANA M^a. : *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Estudios de Derecho Laboral. Madrid. 1993. Pág.123. RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. *La voluntad del trabajador en la extinción del Contrato de Trabajo*. Ed. La Ley-Actualidad. Madrid. 1998. Pág.221. SEMPERE

respecto cuando sí se trató expresamente un supuesto como el del despido, con tal paralelismo, indican que, efectivamente, el legislador obvió la posible ejecución provisional de forma voluntaria.

No ocurre lo mismo al hablar de la nueva LRJS, que sí ha tratado el tema concreto de la resolución causal dando una nueva solución al supuesto. De hecho, el artículo 303.3. viene dedicado única y exclusivamente a los supuestos en que el trabajador haya obtenido sentencia favorable en primera instancia. En este caso, el empleado podrá optar por continuar prestando servicios hasta que el fallo adquiera firmeza o pasar a la situación de desempleo involuntario. Es más, tal situación será considerada de ocupación cotizada a efectos de un posterior cómputo.⁹⁴⁶

Esta decisión no obsta a la interposición de otras medidas cautelares, si bien habrá de ejercitarse en los *cinco días desde la notificación de que la empresa ha recurrido*. Sin duda este precepto viene a solucionar todos los problemas de inseguridad jurídica que se habían planteado hasta el momento. Más aun cuando en el mismo se establecen las consecuencias posibles de una ulterior resolución que devenga firme.

De este modo, en caso de que el fallo judicial revocara la sentencia de instancia y diera la razón al empresario, éste deberá comunicar al trabajador, en el plazo de diez días, la fecha de reincorporación. Así, si el trabajador no atendiera a tal

NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Aranzadi. Navarra. 2001. Pág.122. VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*. Ed. Civitas.Madrid. 1993. Pág.120.

⁹⁴⁵SSTS de 20 de julio de 2012 (RJ.2012/9609) y de 3 de junio de 1988 (RJ.1988/5210). SSTSJ de Cataluña, 19 de octubre de 2000 (AS.2000/3770) y de 27 de mayo de 1992 (AS.1992/2776). Especialmente relevante la primera de ellas puesto que, como se analizará a continuación, la aparición de la LRJS supone un cambio radical respecto a la posible ejecución provisional en los supuestos del art.50ET, motivo por el cual se expone un interesante voto particular de DE CASTRO FERNÁNDEZ. Así, pese al cambio en la ejecución provisional, existen numerosas y recientes sentencias que aun aplican el criterio anterior, si bien, como en el caso del citado voto particular, tal vez sea sólo por un criterio temporal. Así, las SSTs de 5 de abril de 2001 (RJ.2001/4885); de 11 de julio de 2011 (RJ.2011/672); de 13 de abril de 2011; (RJ.2011/3951); de 26 de octubre de 2010 (RJ.2010/1345); de 8 de noviembre de 2000 (RJ.2000/1419); de 22 de mayo de 2000 (RJ.2000/4623).

⁹⁴⁶ ALBIOL ORTUÑO, M.; ALFONSO MELLADO, C.L.; BLASCO PELLICER, A.; GOERLICH PESET, J.M.: *Derecho Procesal Laboral*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. Pág.613.

requerimiento, su contrato se vería extinguido de acuerdo con los artículos 278 y siguientes de la LEC.

Se ha debatido qué ocurre cuando el recurso se sustenta en motivos accesorios tales como la reclamación de cantidades⁹⁴⁷. No obstante, parece claro que el legislador se refiere exclusivamente a supuestos en que las divergencias giran en torno a la propia extinción en sí, ya que lo que se decide en realidad es si el trabajador tiene o no el deber de mantener la prestación de servicios, y no parece que exista esa identidad, cuando las discusiones son de tipo monetario.

7.4. Otras consecuencias

Pese a que el artículo 50ET se refiere en exclusiva a la indemnización monetaria y fija que va a obtener el trabajador con motivo de la extinción del contrato de trabajo, los efectos de una eventual sentencia firme van mucho más allá. Además, debe tenerse en cuenta que, salvo ausencia de recurso, para que tal situación sea posible ha debido existir una sentencia previa que ha provocado una situación provisional hasta la decisión judicial última.

Es por ello que no cabe ceñirse únicamente a lo contenido en el precepto, cuando incluso la responsabilidad dineraria reflejada en el mismo podría no ser la única de índole económico. En este sentido, es importante analizar qué otras consecuencias pueden derivarse del fin del proceso.

7.4.1. La indemnización

La contraprestación económica prevista para la extinción causal en caso de ser amparada por los tribunales es la establecida por el art.56ET para el despido improcedente.⁹⁴⁸ De este modo, hasta la RD3/2012, de 10 de febrero, de medidas

⁹⁴⁷ BLASCO PELLICER, A. Y GOERLICH PESET, J.M. (DIRS.), VV.AA.: *La reforma del proceso laboral. La nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social*. Tirant lo Blanch-Reformas. Valencia. 2012. Pág.496

⁹⁴⁸ No es novedad que el ordenamiento laboral utilice la vía indemnizatoria del despido improcedente para aquellos supuestos que, no estando contemplados de tal manera, respondan a situaciones anómalas que pueden ser de lo más diversas. Quede como ejemplo el supuesto de cese de interinos indefinidos cuando su plaza es ocupada por el titular definitivo. Parte de la doctrina entiende que debe ser esta la

urgentes para la reforma del mercado laboral, la cuantía ascendía a cuarenta y cinco días por año trabajado con un límite de cuarenta y dos mensualidades. En la actualidad, tal cantidad queda tasada en treinta y tres días por año con un límite de veinticuatro mensualidades.⁹⁴⁹

En este sentido, la cantidad será la contenida en la sentencia de instancia si ésta fue confirmada por el tribunal superior, no computándose el período transcurrido entre una y otra a efectos de antigüedad. Del mismo modo, tampoco se computará el tiempo transcurrido entre la finalización de un contrato temporal y el fallo judicial.

Para su cálculo, se tendrá en cuenta el salario realmente percibido por el trabajador, que puede no ser el de la última nómina, a fin de evitar posibles fraudes del empresario, incluso pudiendo ser el del contrato ya extinguido.⁹⁵⁰

7.4.2. Prestación por desempleo y salarios de tramitación

Si bien es cierto que el art.208.2LGSS contempla el cese voluntario como una de las situaciones en que el trabajador no será beneficiario de la prestación por desempleo, lo cierto es que no existe duda alguna, en base al 208.1.e), de que en los casos de extinción causal, el trabajador sí será receptor de esta prestación⁹⁵¹.

solución, si bien no unánimemente. Así, sobre dicha discusión incide GARCÍA BLASCO, J. en NICOLÁS BERNAD, J.A.: *La duración del contrato de trabajo en el empleo público*. Ed. Comares. Granada. 2002. Prólogo. Págs. XV-XVIII (XVI)

⁹⁴⁹ Si bien es verdad que para contratos formalizados con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto, y en base a su disposición transitoria quinta, “*la indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad a la entrada en vigor del presente real decreto-ley se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha de entrada en vigor y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior.*” De lo contrario, obviamente, se estaría ante una aplicación normativa de efectos retroactivos difícilmente justificable.

⁹⁵⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *La indemnización por Daños y Perjuicios en el Contrato de Trabajo*. Thomson Aranzadi. Segunda edición. Navarra. 2011. Pág.110. También, en la jurisprudencia, por SSTs de 28 de febrero de 1998. (RJ.1998/2220) y de 23 de julio de 1996 (RJ.1996/6389). SJS de Pamplona, de 4 de febrero de 1999 (AR.1999/985).

⁹⁵¹ Por todos, pero especialmente, CABEZA PEREIRO, J.: *Situaciones Legales de Desempleo por Extinción del Contrato de Trabajo*. Aranzadi Edictorial. Pamplona. 1996. Pág.131. VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*.

Al igual que en los supuestos ordinarios de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, entiende el legislador que, si bien la iniciativa extintiva ha correspondido al empleado, ésta se ha debido a causas imputables a la empresa, por lo que sería ciertamente injusta la pérdida del derecho a la prestación por desempleo.

Además, la reciente modificación de la LRJS ha profundizado en la importancia de la percepción de esta ayuda en el marco de la ejecución provisional. De este modo, los trabajadores que se hayan visto beneficiados por una sentencia en primera instancia, podrán optar entre la continuación en la prestación de servicios o su cesación con derecho a la prestación por desempleo.

La cuestión se plantea a la hora de determinar qué ocurre cuando se dicta sentencia firme. En este punto, si el trabajador ha optado, vía art.303LRJS por permanecer en sus funciones, no existe problema alguno, volverá su puesto de trabajo en las nuevas condiciones tal y como venía haciéndolo hasta ese momento.

El problema puede suscitarse en el caso de que el fallo devenga firme y la extinción quede confirmada, habiendo el trabajador optado por la prestación por desempleo durante el período de litispendencia.

Si se atiende a una parte de la doctrina y se hace un paralelismo con el artículo 295LRJS⁹⁵², la prestación por desempleo habrá de ser devuelta por ser indebidamente percibida. No obstante, en el precepto citado, el trabajador tendrá derecho a percibir los salarios de tramitación, dado que su contrato no ha quedado extinto, y la obtención de ambas cantidades constituiría un enriquecimiento injusto. Al contrario, si el citado artículo 303LRJS faculta al trabajador a obtener dicha prestación, quedando en suspenso las obligaciones de trabajar y remunerar, considero que lo correcto sería mantener tales prestaciones dado que el trabajador, no sólo no se ha enriquecido, sino que ha perdido poder

Ed. Civitas. Madrid. 1993. Pág.120. DE MIGUEL LORENZO, ANA M^a. : *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Estudios de Derecho Laboral. Madrid. 1993. Pág.151.

⁹⁵² Si bien este precepto concierne a los casos de despido y readmisión.

adquisitivo, ya que la prestación por desempleo será en todo caso inferior al salario percibido.

Respecto a la posibilidad de que exista un acuerdo en la conciliación previa, lo cierto es que tampoco parece razón suficiente para la negación de la prestación. Como ya se ha dicho, no se trata de un supuesto de mutuo disenso, sino del reconocimiento por parte del empresario del incumplimiento y de la evitación de un posterior procedimiento. Lo contrario sería ilógico, dado que es el propio ordenamiento el que fomenta este tipo de acuerdos. Únicamente podría entenderse dicha exclusión en caso de acuerdos fraudulentos o casos en que el empresario no reconociera su culpa, en cuyo caso lo que existiría no sería más que un acuerdo extintivo.

En otro orden de cosas, resulta complejo el discernir si existe el derecho a la percepción de los salarios de tramitación. En puridad, el art.50ET se refiere a la percepción de las “*indemnizaciones previstas para el despido improcedente*”. En este sentido, el hecho de que el concepto esté redactado en plural indica que, toda cantidad que tenga naturaleza indemnizatoria⁹⁵³ y esté contemplada en la legislación relativa a este tipo de extinciones, ha de ser extrapolada a la finalización causal. Además, en este caso existe una diferencia sustancial. Mientras que en el despido, la extinción opera desde el momento en que es recibida por el trabajador, en el caso de la dimisión motivada ésta lo hace desde que la sentencia, con carácter constitutivo, así lo indica.

⁹⁵³ La naturaleza jurídica de los salarios de tramitación ha sido discutida y discutible desde un primer momento, si bien parece claro en la actualidad que, paradójicamente, tiene un origen más indemnizatorio que salarial. Así, y pese a algunas sentencias discrepantes, SSTS de 12 de junio de 2012 (RJ.2012/8122); de 10 de junio de 2009 (RJ.2009/5016) de 21 de octubre de 2004 (RJ.2004/7029) y SSTSJ de Andalucía, de 3 de abril de 2008 (AS.2009/18); de la Comunidad Valenciana, de 8 de enero de 2008 (AS.2008/1148); de Castilla y León, de 27 de marzo de 2006 (AS.2006/1485); y de Madrid, de 25 de abril de 2005 (AS.2005/928). Ello se da por el hecho de que la cuantía acostumbra a ser menor que la original remuneración. Hasta el punto de que se la ha considerado una *indemnización muy especial*, respecto de la cual hace falta un *esfuerzo conceptual máximo* para poder ser considerado salario. Términos utilizados por FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *Indemnizaciones tasadas por daños con ocasión de la extinción del contrato de trabajo*. En Revista de Derecho Social. Nº29. Ed. Bomarzo. Albacete. 2005. Pág.59. de la misma opinión, aunque reconociendo la dificultad interpretativa que ha existido en la historia reciente del Derecho Laboral, ESTEVE SEGARRA, A.: *Los Salarios de Tramitación*. Ed. Aranzadi-Thomson Reuters. Pamplona. 2009. Pág.34.

Por tanto, hasta que no exista pronunciamiento judicial, en principio, el contrato permanece plenamente en vigor. No obstante, y por motivos diversos, opino que el legislador no ha tenido la intención de hacer al trabajador beneficiario de la prestación por dos motivos:

- En un primer momento no existía o sólo se daba en supuestos muy concretos avalados por la jurisprudencia, pero no por norma alguna, la posibilidad de cesar en las obligaciones laborales hasta el fallo judicial. Por tanto, los salarios de tramitación no eran una opción ya que el empleado percibía su remuneración por el hecho de que continuaba desempeñando sus labores. No obstante, si la situación insostenible hacía que el trabajador cesara en sus funciones con anterioridad a la sentencia y el juez fallaba a su favor, sí procedía el abono de estas cantidades.⁹⁵⁴
- Hoy en día sin embargo, ha quedado patente que existen gran cantidad de supuestos en que el trabajador, por la situación en que realiza su trabajo, no puede permanecer más tiempo en su centro de trabajo, dado que el hacerlo es claramente perjudicial para sí mismo al resultar insoportable o insostenible tal relación. A fin de no dejar en manos del trabajador esta decisión y poner en riesgo las posibles prestaciones o indemnizaciones posteriores, se estableció, sin necesidad de alegar causa alguna, la posibilidad de que el empleado cesara en sus funciones percibiendo la prestación por desempleo. Aceptando que la posibilidad de que los salarios de tramitación sean reconocidos para estos casos en el futuro, la ausencia de jurisprudencia al respecto hace imposible el cierre del debate.

⁹⁵⁴ DE MIGUEL LORENZO, ANA M^a. : *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Estudios de Derecho Laboral. Madrid. 1993. Págs.147-148. ALONSO OLEA, M. Y CASAS BAHAMONDE, M.E.: *Derecho del Trabajo*. Ed. Thomson Civitas, Vigésima Primera Edición. Madrid. 2003. Pág.507. En ambas obras se especifica que no caben los salarios de tramitación, debido a la obligación que existe de que el trabajador permanezca en su puesto de trabajo, siendo la excepción los supuestos en que fuera inviable la continuidad en la empresa. Pese a las reticencias de la jurisprudencia, sí existen supuestos en que tales razonamientos han sido amparados. Véanse por ejemplo las SSTs de 1 de marzo de 2004 (RJ.2004/3398); de 18 de febrero de 2003 (RJ.2003/3806) y de 13 de mayo de 1991 (RJ.1991/3907), pero sobre todo la STS de 30 de abril de 1990. (RJ.1990/3511).

7.4.3. Otras indemnizaciones

Una vez analizadas las indemnizaciones que sí se desprenden de la lectura del artículo 50ET, cabe preguntarse si es posible ir más allá, esto es, si existe la opción de solicitar compensaciones de otro tipo a consecuencia de la extinción causal.

El primer paso es, tal y como apunta GONZÁLEZ DE PATTO⁹⁵⁵, el destinado a discernir si la indemnización contenida en la normativa laboral tiene o no una función reparadora suficiente como para aglutinar todos los daños causados por la conducta empresarial. De acuerdo con la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, parece deducirse que la contraprestación tasada establecida para los casos de despido y que aquí se exporta es suficiente para cubrir todos los daños que puedan haberse producido. De ahí que la jurisprudencia únicamente exija la prueba de que ha existido el daño, y no su cuantificación, entendiéndose que su importe es más que suficiente⁹⁵⁶.

A mayor abundamiento, existe la teoría de que aceptar más de una indemnización sería aceptar la posibilidad de juzgar en dos ocasiones un mismo ilícito, atentando contra el principio *non bis in idem*.⁹⁵⁷

Respecto del primer problema, efectivamente, los tribunales no vienen exigiendo la cuantificación del daño. No obstante, esto ocurre, desde mi punto de vista, porque el bien jurídico protegido es en este caso, el puesto de trabajo, que el legislador ha tasado de forma objetiva asignándole las indemnizaciones correspondientes al despido improcedente. Sin embargo, resulta trascendente el observar qué ocurre con aquellas otras consecuencias que derivan de la conducta empresarial pero son distintas a la pérdida del empleo. Opino que, en realidad, la

⁹⁵⁵ GONZÁLEZ DE PATTO, R.Mª.: *La dimisión provocada*. Ed. Comares. Granada. 2009. Pág.65

⁹⁵⁶ De vital importancia las SSTs de 11 de marzo (RJ.2004/3401) y de 25 de noviembre de 2004 (RJ.2004/1058). Pero también, y en la misma línea SSTs de 31 de mayo de 2006 (RJ.2006/6399, 2006/6351 y 2006/6133); de 25 de noviembre de 2004 (RJ.2005/1058); y de vital importancia, por ser unificadora de doctrina, de 3 de abril de 1997 (RJ.1997/3047).

⁹⁵⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *Indemnizaciones tasadas por daños con ocasión de la extinción del contrato de trabajo*. En Revista de Derecho Social. Nº29. Ed. Bomarzo. Albacete. 2005. Pág. 69

solución sería tan sencilla como probar esos daños efectivamente causados y que no fueron causa de la extinción, sino consecuencia de la actuación empresarial.

Es más, no es cierto que la jurisprudencia no haya reconocido la posibilidad de otras indemnizaciones además de la expresada en el art.50ET. La citada STS de 11 de marzo de 2004 (RJ.3401), es absolutamente crítica con la posibilidad de una adicional condena por daños y perjuicios, sí reconoce sin temor al doble enjuiciamiento, que en supuestos en que haya vulneración de derechos fundamentales sí es viable tal resarcimiento.⁹⁵⁸ Resulta paradójica esta afirmación cuando sólo unas líneas más arriba manifiesta su oposición a la utilización de normativa civil supletoria existiendo una más concreta de tipo laboral.

El hecho de que los derechos fundamentales sean tomados en consideración de forma distinta es especialmente singular. Puede argumentarse que la relevancia de dichos supuestos es tal que excede a la ordinaria interpretación. Sin embargo, lo que demuestra es, en mi opinión, que la indemnización contenida en el art.50ET únicamente repara la pérdida del empleo.

Con la evolución jurisprudencial y legislativa, se observa cierta reticencia a la extrapolación del 1124CC al orden laboral, si bien en innumerables ocasiones se ha establecido cierto paralelismo con el art.50ET desde el punto de vista del incumplimiento de vínculos de obligación recíproca. En algunos casos se niega categóricamente esta posibilidad.⁹⁵⁹ No obstante, aunque es verdad que con cierta timidez, cada vez se aceptan más supuestos tales como el acoso moral en el

⁹⁵⁸ Como ejemplo la STS de 12 de junio de 2001 (RJ.2001/5931)

⁹⁵⁹ Respecto de la doctrina, sin duda cabe destacar a SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Aranzadi. Navarra. 2001. Pág.110. Respecto de la jurisprudencia, destacar la STS de 22 de enero de 1990. (RJ.1990/183) así como las SSTSJ de Cataluña de 15 de noviembre de 2004 (AS.2005/2005/51); de Castilla y León, de 6 de mayo de 2002 (AS.2002/2102); y también de Cataluña, de 5 de mayo de 1999 (AS.1999/6061).

trabajo, los daños físicos y morales y, en definitiva, el amplio abanico de derechos fundamentales que completa nuestro ordenamiento.⁹⁶⁰

Sin duda uno de los ejemplos más relevantes de la evolución legislativa puede encontrarse en la LO3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que en su art.10.1. habla de un sistema de *reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido*. Teniendo en cuenta las constantes referencias de la norma a situaciones discriminatorias de tipo laboral, es complejo el afirmar que, ante una situación de violencia de género, la indemnización por despido improcedente, estuviera ideada para la satisfacción de semejantes daños y, más aun, el aceptar de forma genérica y en todo caso, que existe una proporcionalidad entre el daño producido y la compensación tasada en el 50ET.

Así, normalmente la doctrina civilista suele distinguir entre daños materiales, cuya compensación va destinada a paliar los perjuicios padecidos y responde a una operación de cálculo, y daños morales o no patrimoniales, en cuyo caso se sustituye al reparación específica *por su equivalente*⁹⁶¹.

Más aun, si es indubitado que el empresario es responsable en los supuestos de prevención de riesgos laborales cuando estos suponen un riesgo para el trabajador, parecería completamente desproporcionado el decir que la indemnización del daño queda completada con la única compensación tasada que ofrece la legislación laboral.

Por ello, la jurisprudencia comienza a hacer uso del principio de integridad reparadora, afirmando que *no sólo deben ser valorados los daños y perjuicios*

⁹⁶⁰ De vital importancia la STS de 7 de febrero de 2007 que, si bien no acepta que se esté ante un cambio de doctrina, sí supone una adaptación de la misma. (RJ.2007/2195). Pero también las SSTs de 20 de septiembre de 2007 (RJ.2007/8304); de 17 de mayo de 2006 (RJ.2005/1058); y de 25 de noviembre de 2004 (RJ.2005/1058)

⁹⁶¹ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L.: *Derecho de Daños*. Ed. Bosch. 3ª Edición. Barcelona. 2009. Pág.45. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil*. Ed. Civitas-Universidad de Deusto. Bilbao. 1993. Pág.904

*derivados de la extinción contractual (...), sino, también, los daños materiales y morales.*⁹⁶²

Concluyendo, la jurisprudencia es ciertamente reacia al reconocimiento de una indemnización adicional a las previstas para el despido improcedente. No obstante, dicha reticencia se ha ido atenuando con la evolución jurisprudencial. En un principio no se contemplaba la inclusión de los salarios de tramitación, si bien la flexibilización en lo relativo al cese prematuro de la prestación de trabajo suavizó dicha posición. Del mismo modo, en las sentencias que se han ido citando se excluía cualquier tasación adicional puesto que se consideraba que la compensación del 56.1ET era suficiente para subsanar los daños causados cualesquiera que fuera su naturaleza.

Hoy en día sin embargo, comienza a ser mayoritaria la visión de esta cantidad como reparadora, únicamente, de la pérdida del empleo. Así, algunas sentencias han considerado ya que negar daños adicionales a los producidos por la mera finalización de la extinción sería como decir que, *sólo deben ser valorados los daños y perjuicios derivados de la extinción contractual.*⁹⁶³

7.5. Tramitación del recurso

Las dudas surgen a la hora de determinar qué ocurre cuando la sentencia dictada no es firme. Ambas partes tienen, en el ejercicio de sus derechos, la opción de interponer recurso de suplicación en los cinco días siguientes a la notificación de la resolución judicial.⁹⁶⁴

Así, durante la tramitación del recurso la relación laboral se encuentra en una situación interina en que es complejo dilucidar si el vínculo ha quedado extinto y cuáles son los derechos y obligaciones de ambas partes.

⁹⁶² Especialmente importante la STS de 17 de mayo de 2006 (RJ.2006/7176). Pero también las SSTS de 20 de septiembre de 2011 y de 2007 (RJ.2011/7057 y RJ.2007/8304) y de 7 de febrero de 2007 (RJ.2007/2195).

⁹⁶³ STSJ del País Vasco de 24 de octubre de 2007 (AS.2007/1000).

⁹⁶⁴ Arts.191.3.a) y 194LRJS

En primer lugar, si la sentencia desestimó la pretensión del trabajador, las dudas son menores ya que en ningún momento la relación laboral ha finalizado y se mantienen vigentes todas las premisas de la relación. Así, el trabajador deberá retornar a sus funciones y esperar a que el procedimiento llegue a su fin y obtenga una decisión definitiva, salvo que exista un acuerdo con el empresario o este de manera unilateral impida al trabajador ejercer sus funciones.⁹⁶⁵

Mayores dudas plantea el hecho de que la resolución judicial en primera instancia estime las pretensiones del trabajador.

En este caso, la evolución judicial ha sido ciertamente errática y, en ocasiones incomprensible.

Lo primero que debe constatarse es que la sentencia que no adquiere firmeza en ningún caso produce, por sí sola, la extinción del contrato.⁹⁶⁶ Así, en un primer momento la jurisprudencia entendía que, a pesar de lo expuesto, el hecho de que hubiera una sentencia judicial habilitaba al empleado a cesar en la prestación de servicios y, de ser revocada posteriormente la sentencia, debía volver a su puesto de trabajo.⁹⁶⁷

⁹⁶⁵ Situación ésta que no exime al empresario del cumplimiento de todas las obligaciones, especialmente el pago del salario, que estén pactadas en el contrato. Del mismo modo, puede optar el trabajador por no acudir a su puesto de trabajo en supuestos en que la relación resulte insostenible, si bien resulta complejo que se dé este supuesto dado que ya existe un primer fallo que desautoriza la extinción. Parece lo más correcto, y sensato teniendo en cuenta la nueva LRJS, el solicitar medidas cautelares que aseguren la situación del trabajador y no dificulten su ulterior situación laboral en caso de no obtener la tutela que solicita.

⁹⁶⁶ DE MIGUEL LORENZO, ANA M^a. : *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Estudios de Derecho Laboral. Madrid. 1993. Pág.123. SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Aranzadi. Navarra. 2001. Pág.122

⁹⁶⁷ Expuesto así por STS de 3 de junio de 1988 (RJ.1988/5210) de gran relevancia, en que un trabajador dejó de asistir a su puesto de trabajo durante la tramitación del recurso, motivo por el cual la empresa procedió al despido del mismo por repetidas faltas de asistencia. La ulterior sentencia dio la razón al trabajador y declaró la extinción por parte del empresario sin efecto. Cabe resaltar no obstante, que para que esta situación se dé, el trabajador ha de impugnar el despido pues este tiene efectos constitutivos y, de aquietarse, no existiría relación laboral que analizar llegado el momento de la decisión sobre el recurso. Si bien esta posición era, a mi modo de ver, bastante lógica, lo cierto es que los tribunales era ciertamente reacios a su aplicación, como a continuación se verá. No obstante, sigue citándose hoy en día y ha recuperado su importancia tras las recientes reformas procesales. Así, STS de 20 de julio de

Sin embargo, su aplicación en la práctica no era unánimemente extendida y la jurisprudencia llegó a una conclusión bien distinta. Así, el trabajador estaría en su derecho de cesar en sus funciones durante la tramitación del recurso, aunque una posterior sentencia desestimatoria podría habilitar al empresario a su posterior despido por faltas reiteradas de asistencia.

Las críticas de la doctrina fueron de lo más duras y ciertamente comprensibles⁹⁶⁸. No cabe o resulta complejo de entender que un trabajador tenga derecho a cesar de sus funciones y después haya de asumir un posterior despido por el ejercicio de tal derecho. La seguridad del trabajador devenía inexistente pues, en cierto modo, se estaba ante el mismo supuesto que en el de los supuestos excepcionales de cese prematuro de la relación. El empleado tenía derecho a la cesación en sus obligaciones, pero quedaba supeditado a la decisión judicial a la hora de padecer las consecuencias de tales actos. En este sentido, sólo cabe pensar que lo que pretendían los tribunales era exonerar al trabajador de mayores responsabilidades que las previstas en el artículo 54ET, tales como una adicional acción por daños y perjuicios, como si el despido no fuera suficiente dañino para el empleado.

Más aun, la jurisprudencia llegó a considerar que la manifestación expresa de la voluntad de no continuar prestando servicios tras la obtención de una sentencia no firme que aceptara las tesis del trabajador *se valora, en sí misma, como una dimisión, causa extintiva del contrato de trabajo a tenor de lo dispuesto en el art. 49.4 del Estatuto de los Trabajadores, derivada directamente de la voluntad unilateral del trabajador.*⁹⁶⁹

2012 (RJ.2012/9609); de TSJ de Cataluña de 19 de octubre de 2000 (AS.2000/3770), y de Galicia, de 27 de mayo de 1992 (AS.1992/2776).

⁹⁶⁸ Entre otros, VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*. Ed. Civitas. Madrid. 1993. Pág.123. RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. *La voluntad del trabajador en la extinción del Contrato de Trabajo*. Ed. La Ley-Actualidad. Madrid. 1998. Pág.221.

⁹⁶⁹ STS de 12 de julio de 1989. (RJ.1989/5461). En el mismo sentido la STSJCV de 7 de junio de 2000 (AS.2000/4345). Sin embargo, esta situación sólo se da para supuestos en que el trabajador, deliberada y unilateralmente decide dejar de prestar servicios a la empresa. Se excluyen los supuestos de mutuo acuerdo tales como la suspensión o los casos en que es el propio empresario el que niega al trabajador tal

Por razones obvias, esta postura no podía mantenerse por tiempo prolongado dada su inseguridad jurídica. Así, las posibilidades eran básicamente dos: o se compelia al trabajador al mantenimiento de la prestación de servicios o se le exoneraba de los mismos. La jurisprudencia⁹⁷⁰ optó por la primera de las opciones, creo que la más lógica, teniendo en cuenta que, como a continuación se verá, la ejecución provisional era inviable en este caso. La explicación es que los efectos constitutivos de la sentencia harán que ésta no despliegue efectos hasta que devenga firme.

8. La extinción causal y la declaración del concurso de acreedores

El concurso de acreedores constituye siempre una situación de incertidumbre para aquellos que la padecen, no sólo para trabajadores, propietarios o empresario, sino también para cualquier persona física o jurídica que tenga relación con la empresa en concreto. Por ello, es imprescindible detenerse en las peculiaridades que se desprenden de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio.

Como apunta VIQUEIRA PÉREZ, normalmente la situación de crisis en la empresa acostumbra a traer consigo un incumplimiento de carácter colectivo del pago del salario. Sin embargo, esta situación no autoriza al empresario a exigir el cumplimiento del contrato sin contraprestación alguna, sino más bien a ejercer medidas de alcance colectivo tendentes a suavizar la situación de la empresa o a hacerla lo más viable posible favoreciendo su supervivencia.⁹⁷¹

posibilidad hasta el punto de incluso despedirlo, tal y como refleja la STS de 23 de abril de 1996 (RJ.1996/3403).

⁹⁷⁰ SSTS de 8 de noviembre (RJ.2001/1419) y de 24 de mayo de 2000 (RJ.2000/4629); y de 23 de abril de 1996 (RJ.1996/3403). SSTSJ de Madrid, de 6 de febrero de 2009 (AS.2009/894); de las Islas Canarias, de 27 de febrero de 2006 (AS.2006/1306); de la Comunidad Valenciana, de 5 de mayo de 2005 (AS.2005/1483) y de 7 de junio de 2000 (AS.2000/4345); y de Andalucía, de 1 de julio de 1997 (AS.1997/3178).

⁹⁷¹ VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La resolución colectiva del contrato de trabajo por irregularidades en el abono del salario en la Ley Concursal*. Thomson-Civitas. Pamplona. 2007. Pág.17.

Es claro, no obstante, que dado el carácter económicamente adverso que padece la compañía la mayoría de incumplimientos susceptibles de ser accionados por la vía de la extinción causal van a tener relación con el retraso o impago de salarios.

8.1. Evolución normativa de la situación concursal en relación con la extinción indemnizada

La LC, que ha sufrido varias modificaciones, refiere en su aspecto procesal al artículo 50ET en el 64.10. Se trata de un precepto ciertamente discutido y discutible que no existía en los primeros debates acaecidos en el Congreso de los Diputados⁹⁷². Así, se trata en realidad de un desdoble del 64.9 en el que, en un primer momento, se exigían dos requisitos para la colectivización del procedimiento:

- En primer lugar debían versar sobre el apartado b) del artículo 50ET.
- En segundo lugar, debían reunir el requisito cuantitativo de que afectara al menos a diez trabajadores en empresas de hasta cien empleados, al diez por ciento en las que se empleara hasta trescientos y, finalmente, a treinta en los casos en que se superara tal cantidad.

Sin duda, el hecho más destacable fue la inclusión única y exclusivamente de la falta o retrasos en el pago en este precepto. Ciertamente es que el legislador entendió que en situaciones de crisis empresarial, lo más lógico es que los incumplimientos empresariales provengan, precisamente, del impago económico más clásico, el salario. No obstante, ya se ha estudiado que, aun reduciendo las contravenciones empresariales única y exclusivamente al ámbito de lo económico, éstas pueden versar sobre infinidad de conceptos, tales como aquellas cantidades consideradas extrasalariales, pagos a la Seguridad Social... Más complejo aun resultaba el entender que la violación de derechos fundamentales o el atentado a la dignidad profesional del trabajador fueran, directamente, obviados.

⁹⁷² RÍOS MESTRE, J.M.: *Despido Colectivo y Concurso de Acreedores*. Ed. Civitas-Thomson Reuters. Pamplona. 2012. Pág.626

Por este motivo la modificación que tuvo lugar en base a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, transformó el artículo dejando su utilización abierta para todos los motivos del artículo 50, considerados ahora de carácter colectivo desde el momento en que se acuerde la iniciación del expediente para la extinción de los contratos.

8.2. Tribunal competente para conocer de la extinción

Respecto de la competencia para juzgar, mucho se criticó al respecto puesto que llego a plantearse que aquellos que quisieran obtener la tutela debían dirigirse en primer lugar al juzgado de lo Social para que éste se declarase incompetente, y así acudir al mercantil. Sin embargo, en la actualidad no existe duda a la hora de afirmar que, en caso de que exista un número relevante de extinciones, la competencia será del juez de lo mercantil y el procedimiento a seguir el del artículo 64LC.⁹⁷³

Es necesario recordar que, según el artículo 61 de la Ley Concursal, la mera declaración de concurso no es suficiente para instar la resolución del contrato de trabajo. Piénsese que, en caso contrario, se perdería el propósito de la solución concursal, que no es otro que el de dar una opción de viabilidad a la empresa y, sobre todo, se estaría tratando de forma diferente a unos trabajadores u otros, en función de la celeridad con que acudieran al juzgado.

No obstante, de la regulación de las obligaciones de contenido recíproco se desprende que la declaración concursal tampoco elimina dicha posibilidad si existen motivos para ello. Normalmente, y principalmente en los supuestos de falta o retrasos en el pago, el trabajador trata de adelantarse a la declaración de concurso interponiendo acción por extinción causal para obtener una mayor indemnización. En este sentido, la acción mantendrá su carácter de individual y, por tanto, será atendida por el juez de lo social, siempre y cuando el número de acciones sea insuficiente para instar el procedimiento colectivo.

⁹⁷³ BLASCO PELLICER, A.: *El expediente concursal de regulación de empleo*. En Anuario de Derecho Concursal. Ed. Civitas. Nº14. 2008. Pág.62

En este sentido, debe decirse, en primer lugar, que en principio, la apertura de un procedimiento colectivo suspende las solicitudes de extinción individuales. Cobra en este caso mayor importancia el momento de suspensión pues, así como en el pasado era la declaración de concurso el punto de partida, ahora es el inicio del expediente por parte del juez, el que determina tal suspensión de los procedimientos abiertos en vía laboral que no hayan producido sentencia firme.⁹⁷⁴

Así, el juez mercantil, de oficio o a instancia de parte, deberá dictar resolución suspendiendo los procesos individuales hasta el fin de la extinción colectiva concursal y los créditos serán reconocidos como contingentes.

Finalmente, el expediente culminará con auto del juez de lo mercantil que estimará o desestimará la solicitud inicial⁹⁷⁵. En caso de que finalmente se estime la pretensión, la resolución tendrá efectos de cosa juzgada sobre los procedimientos individuales. Así, el juez de lo social dictará resolución que habrá de ser congruente con lo dispuesto por la vía mercantil.

8.3. *El procedimiento*

En el ámbito procedimental varios son los aspectos que deben ser tratados, desde los sujetos legitimados para la iniciación del expediente, pasando por la situación de las acciones ex art.50ET, así como el tiempo y forma de la misma.

8.3.1. Sujetos legitimados

Respecto de los sujetos activos legitimados para instar el expediente, es el 64.2 de la Ley Concursal quien responde a la pregunta, entendiendo que pueden

⁹⁷⁴ Art.64.3LC modificado por el 12.2 del RD Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.

⁹⁷⁵ En este sentido, el auto del juez producirá las mismas consecuencias que la anterior autorización administrativa de la autoridad laboral, cuando se hablaba de los ya cuasi extintos EREs. Por tanto, será necesario un ulterior acto ejecutivo para producir el efecto extintivo. Así lo indica ALTÉS TÁRREGA, J.A. en: *La competencia del Juez del Concurso en Materia Laboral. Una revisión crítica a la luz de las últimas reformas laborales y concursales*. Ed. Tirant lo Blanch. Colección Laboral. Valencia. 2013. Pág.92. Deben exceptuarse, no obstante, los supuestos en que el procedimiento hubiera sido iniciado a instancias del trabajador.

solicitar al juez el expediente de extinción los administradores concursales, el empresario, los representantes de los trabajadores, y aquellos empleados que hayan demandado por la vía del 50.1.b) ET cuando, por ellos mismos, constituyan número suficiente para ello. En realidad, este último colectivo no está recogido en el articulado de la LC, si bien no parece haber divergencia doctrinal al respecto, por lo que en la práctica así es.⁹⁷⁶

De este modo, una vez iniciado el procedimiento todas las acciones individuales quedarán en suspenso pasando a ser de carácter colectivo, momento en el cual el juez del concurso pasará a conocer de todas ellas.

8.3.2. Tiempo y forma de la solicitud

Por lo que al modo en que debe iniciarse el expediente se refiere, el 64.4LC exige que queden expuestas *las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con éstas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo.*

No se trata sino de una extensión del 51.2ET, aunque con algunos matices. Además, en aquellos casos en que la empresa sea de más de cincuenta trabajadores deberá incluirse un plan contra la incidencia que pueda causar la tramitación del concurso y, en caso de ser instado por el empresario o la administración concursal, además debe comunicarse a los representantes legales de los trabajadores la fecha de inicio del período de consultas.⁹⁷⁷

Respecto del tiempo, y en base al 64.3LC, expone que tan solo podrán instarse medidas de carácter colectivo una vez haya sido remitido el informe por la Administración Concursal. Dicho informe ha de realizarse en el plazo máximo de dos meses a contar desde la aceptación de los administradores concursales.

⁹⁷⁶ VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La resolución colectiva del contrato de trabajo por irregularidades en el abono del salario en la Ley Concursal*. Thomson-Civitas. Pamplona. 2007. Pág.91. ORELLANA CANO, A.M.: *Aspectos laborales del concurso. El expediente de regulación de empleo en la administración concursal*. En *En torno a la Reforma Concursal. Congreso Concursal y Mercantil Salamanca 2012*. Ed. Civitas-Thomson Reuters. Pamplona. 2012. Págs. 55-88 (63)

⁹⁷⁷ ORELLANA CANO, N.A.: *El concurso laboral*. Ed. La Ley. Nº15. Madrid. 2012. Pág.109

Excepcionalmente, el juez podrá ampliar el plazo en un mes más. Lo que se pretende no es otra cosa que conocer realmente la situación de la empresa y que una medida del carácter de una extinción colectiva no suponga en sí misma un mal mayor tanto para la empresa como para los trabajadores.

Concluyendo, la modificación operada por la Ley 38/2011 supuso una notable mejora en lo que a la complementariedad de concurso y extinción se refiere. Resultaba criticable el que únicamente el apartado b) del artículo 50ET estuviera recogido en la Ley Concursal, cuando fuera quedaban supuestos de hecho de vital importancia. Así, el único requisito que se mantiene es el de que exista crisis económica dentro de la empresa, un requisito que no es tal dado que los procesos concursales se abren, precisamente, por este hecho.

Dejando a un lado que el hecho de entrar en un concurso siempre va a ser perjudicial para los intereses del trabajador, lo cierto es que, al menos, el procedimiento gana en claridad y la ulterior resolución será congruente, desde el punto de vista de que entran en juego dos órdenes jurisdiccionales distintos.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

Una vez finalizada la labor investigadora propiamente dicha, considero imprescindible acometer un último capítulo a modo de conclusión, con el objetivo de resaltar las características más importantes que subyacen de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador en las formas estudiadas con anterioridad. De este modo, y respetando el orden sistemático del trabajo, trataré de extraer las ideas que constituyen, por su relevancia, el núcleo de la institución.

1. Respecto de la evolución histórica de la extinción por voluntad del trabajador

La figura extintiva, como se ha visto, ha sufrido una paulatina y progresiva evolución que no se aleja en demasía de la que el propio derecho del trabajo ha observado desde el inicio de las relaciones laborales. Es por ello que, a través de las diferentes situaciones históricas y de la variación normativa que se ha experimentado, se ha podido observar un cambio desde la esfera más privatista del ordenamiento civil, a las actuales concepciones en que trata de protegerse a la parte más débil.

Este cambio de mentalidad comenzó con los primeros intentos codificadores ya que, con anterioridad, las relaciones de tipo gremial quedaban muy apartadas de las relaciones laborales al uso, y en las cuales, los conceptos de dependencia y ajenidad quedaban ciertamente difuminados.

Con la aparición de los primeros intentos codificadores la posibilidad extintiva respondía únicamente a supuestos de incumplimiento en lo que hoy asemejaría a la extinción causal, a pesar de que todos los contratos se presumían temporales, como ejemplifica el proyecto de Código Civil de 1821. La extinción sin causa quedaba, como hasta ese momento, fuera de toda regulación, siendo observada por el ordenamiento con total escepticismo.

En realidad, tanto en la regulación civil de las relaciones de trabajo como en los primeros intentos de legislación laboral, se suscitó el problema de la colisión de la figura dimisoria con el 1256CC, respecto de la posibilidad de dejar al arbitrio de una de las partes, el futuro de un vínculo con obligaciones recíprocas. A estos efectos se realizaron los primeros conatos de legislación laboral, como el proyecto de Ley de Contrato de Trabajo de 1905, en que, con el término propiamente civil de “rescisión” se valoró por vez primera la posibilidad de una opción extintiva *ad nutum*.

Pero sobre todo, y como forma de soslayar los problemas con la legislación civil planteados, se introdujo la figura del preaviso, que iba acompañada de una penalización equivalente a los días preaviso incumplidos por el trabajador como forma de resarcir al empresario por los perjuicios causados por la abrupta finalización de la relación laboral.

Además, en el ámbito de la extinción causal, los sucesivos gobiernos trataron de legislar atendiendo a la casuística intentando abarcar todos los supuestos posibles y negando la posibilidad de que existieran otros diferentes a los expresamente regulados en la Ley. Pero sin duda, el cambio más significativo se produjo con la entrada en vigor de las Leyes de Contrato de Trabajo de 1931 y 1944. La primera de ellas constituyó una singular apertura del ordenamiento para con los derechos de los trabajadores en general y la extinción del contrato de trabajo en particular.

El artículo 78LCT puede ser considerado hoy en día como la antesala de la regulación extintiva del contrato de trabajo a instancias del trabajador. Y como resultado de dicha legislación se encuentran los dos cuerpos normativos más relevantes en materia laboral dentro del período democrático.

La Ley de Relaciones Laborales fue concebida como una “*Ley de coyuntura*” y supuso el primer reconocimiento expreso de la dimisión, si bien ésta no se contemplaba para los supuestos de contratos temporales o de obra y servicio. Asimismo, se introdujo el plazo de preaviso de quince días, plazo que, pese a ser

omitido en el Estatuto de los Trabajadores, ha sido frecuentemente utilizado por la jurisprudencia como referencia en supuestos dimisorios.

En definitiva, la evolución histórica de la extinción del contrato por voluntad del trabajador ha pasado por diferentes fases:

- Una primera en que el ordenamiento negaba la posibilidad del abandono del puesto de trabajo o de la extinción acausal, puesto que ello suponía una visión contraria a los posicionamientos propios del derecho privado.
- Una segunda etapa en la que existe una aceptación de la institución dimisoria, que se produce principalmente tras el inicio del proceso codificador
- Una última en que la legislación laboral ha procedido, pese a que tal vez de forma sucinta, a la regulación de los supuestos causal y *ad nutum*.

De igual manera, la figura del preaviso ha sufrido una transformación desde visiones que lo conceptualizaban como una penalización para el trabajador y prácticamente un derecho del empresario, a las más actuales en que se concibe como una expresión de buena fe contractual que opera en favor de ambas partes.

Así, y pese a los cambios sufridos en la legislación y en la opinión doctrinal, todavía hoy siguen planteándose debates que van, desde lo conceptual a lo procedimental, y que se han acentuado con las últimas reformas operadas, principalmente, por la situación económica adversa actual, y por las dificultades que se suscitan en el mercado de trabajo y la necesidad de una mayor flexibilidad interna.

2. Referidas a la dimisión por voluntad del trabajador

Comenzaré, a estos efectos, con el análisis de la extinción *ad nutum*, en la que únicamente interviene la voluntad del trabajador, para después adentrarme en aquellas conclusiones que he podido extraer de lo que podría llamarse dimisión justificada.

Así, dentro de este bloque he incluido figuras que, si bien no correspondían en exclusiva a lo contenido en el 49.1.d) ET, sí tenían en común el hecho de que la decisión última venía exclusivamente dada por una decisión del trabajador cuyos motivos, si es que los había, no guardaban relación con el vínculo laboral que prestaba hasta el momento de ejercer el derecho rescisorio.

Para comenzar el estudio de la figura realicé un estudio de la misma y de su naturaleza jurídica, para concluir que se trata de un negocio jurídico resolutorio cuya principal característica es la unilateralidad. La dimisión es por tanto el acto por el cual el trabajador, por propia decisión y existiendo consonancia con su voluntad interna, manifiesta su intención de finalizar la relación laboral que le unía a la empresa para la que venía prestando servicios hasta ese momento.

Se trata no obstante de una relación sinalagmática que, al igual que otro tipo de contratos más cercanos al ámbito civil, debe observar unos específicos requisitos. Y ello porque la dimisión es sin duda una de las expresiones más claras de la autonomía de la voluntad, autonomía que viene refrendada por el derecho del trabajador a trabajar donde lo desee y a no hacerlo si así lo decide.

En cualquier caso, y pese a que ha quedado claro que la dimisión no constituye una renuncia de derechos, por cuanto se trata de una declaración emitida de forma libre y consciente de las consecuencias que tal decisión conlleva, es necesario conocer cuáles son los requisitos necesarios para la validez del acto.

Para ello, se han tenido en cuenta los posibles factores que pueden incidir en la formación de la voluntad del trabajador, tales como el error, la violencia, la intimidación y el dolo. En este sentido, el principal resultado de la investigación es el hecho de que, aquel que ha sido declarado apto para contratar, lo será también para extinguir, por cuanto no podría entenderse que aquel con capacidad para obligarse no pudiera igualmente cesar en dicha obligación.

Por tanto, la voluntad del trabajador será legalmente exteriorizada siempre y cuando se emita libremente y sin concurrir vicio alguno del consentimiento. Sin embargo, en ocasiones dicha libertad viene coartada por las propias obligaciones

que el trabajador ha consentido en contratar, y en este punto entran en juego supuestos como los del pacto de permanencia.

No obstante, ni siquiera estos aspectos son óbice para que el trabajador ejerza su libertad extintiva, que en todo caso sí puede acarrear responsabilidades por el incumplimiento de los compromisos que haya adquirido, si estos fueron cumplidos por parte empresarial.

Así, el pacto de permanencia operará únicamente en la medida en que haya cumplido los requisitos formativos exigidos y revista la proporcionalidad necesaria entre la formación ofrecida y su aplicación al trabajo a realizar y la empleabilidad del trabajador. Sin embargo, insisto, ni siquiera dichos pactos pueden enervar una acción resolutoria *ad nutum* operando únicamente respecto de las consecuencias que para el trabajador pudiera tener tal decisión.

3. Concernientes al preaviso como principal requisito del trabajador dimisionario

Al margen de dichos pactos, el principal y exclusivo requisito que exige la legislación a la hora de acometer la dimisión es el respeto a un plazo de preaviso. Entiéndase, al igual que en el supuesto anterior, que dicho requerimiento es única y exclusivamente formal, y su utilidad responde al ámbito de la buena fe por lo que su omisión tampoco afectaría a la eficacia extintiva.

Con todo, se trata de una figura de enorme importancia, de escasa regulación y que a menudo se ha visto desarrollada por la jurisprudencia y la doctrina. Como se ha visto en este mismo trabajo su existencia data de los primeros intentos reguladores en los que se establecían plazos de ocho días para la finalización del contrato de trabajo, plazos que habían de ser abonados a la otra parte en caso de incumplimiento. Recogido también en supuestos de despido, inicialmente el preaviso ha sido concebido como una medida que ayudará a aquel que padece la extinción, a sufrir en menor medida los efectos de tal suceso.

Así, el empresario tendrá la posibilidad de reestructurar su plantilla en el tiempo en que el empleado permanece trabajando aun sabiendo que su relación tiene fecha de finalización. Pero principalmente, ha actuado como línea divisoria entre la dimisión y el abandono. Dicha separación no ha sido nunca sencilla por cuanto en ocasiones resulta complicado constatar que un trabajador ha cesado por completo en sus funciones y ha manifestado con ello sus intenciones, al tratarse de expresiones tácitas o que se desprenden de sus actos. Lo que sí queda patente, no obstante, es que aquel trabajador que cumpla con los requisitos formales en general, y el preaviso en concreto, estará realizando una extinción conforme a derecho y no “*torpemente ejercitada*”, quedando exento de ulteriores responsabilidades.

Al respecto, continúa siendo difícil el atender a un específico plazo de preaviso, puesto que ha sido el propio legislador el que ha preferido dejar su regulación al amparo de la costumbre en su afán, quiero suponer, de que éste responda a las necesidades y exigencias de cada sector en particular.

Contrariamente, la verdad es que la jurisprudencia ha tendido a reconocer la operatividad de lo que aprobara la Ley de Relaciones Laborales en 1976, y que fuera posteriormente omitido por el Estatuto de los Trabajadores tan solo cuatro años después. Sí existe regulación en otro tipo de relaciones laborales especiales tales como las del personal de alta dirección pero, en lo que a la costumbre se refiere, los tribunales tienden a reconocer aquellos plazos que puedan considerarse razonables y proporcionales al puesto a cubrir.

En cualquier caso, sin duda la principal novedad operada en los últimos años respecto de la figura del preaviso es la que ha tenido que ver con la revocabilidad de la decisión del trabajador. Hasta la fecha, una reiteradísima jurisprudencia entendía que la exteriorización de la voluntad interna, una vez perfeccionada y en caso de no concurrir vicio alguno, suponía la extinción del contrato de trabajo de manera definitiva. Tal vez la eficacia era de efectos diferidos, pero en definitiva la relación laboral finalizaría tras el cumplimiento del preaviso. Se entendía que esta institución operaba únicamente en favor del empresario, suposición que hoy

resulta más que cuestionable, teniendo en cuenta que, en referencia a pronunciamientos recientes, el período que discurre entre la manifestación extintiva y la efectiva finalización del contrato de trabajo, constituye un período de reflexión para empresario y trabajador, además de la ya consabida razón de buena fe, en que este último puede cambiar su decisión siempre y cuando no se hayan realizado gestiones para su sustitución o su vuelta perjudicara sobremanera los intereses empresariales al haberse llevado a cabo medidas de reorganización empresarial cuyo coste se debiera exclusivamente a su vuelta.

Obviamente, y pese a que el desarrollo jurisprudencial es ya una realidad en este sentido, ha de existir un criterio restrictivo a la hora de valorar las conductas del trabajador, debiendo operar por su parte la mayor diligencia posible, a fin de no incurrir en dimisiones de tipo abusivo en que el ejercicio de un derecho que le es propio se convierta en una forma de perjudicar a la empresa.

La justificación puede deberse principalmente al principio de conservación de los contratos, por una parte, y a la situación crítica del mercado laboral por otro. De igual forma, supone una prueba más del trato preferente que debe dar la legislación laboral a la parte más débil de la relación jurídica. En efecto, supone establecer un paralelismo con la extinción a instancias de la voluntad empresarial que, incluso tras la sentencia de improcedencia, y exceptuando determinados supuestos más que específicos, puede desdecirse de su decisión, reincorporando de nuevo al trabajador despedido.

4. Derivadas de la omisión del preaviso y su repercusión en la acción extintiva

Constatada la importancia del preaviso resulta crucial el preguntarse, por una parte, cuáles son las consecuencias de su omisión y, por otra, en qué situación queda el empleado que ejerce el derecho, especialmente en el lapso de tiempo que discurre desde la emisión de la voluntad dimisoria hasta el efectivo final de la relación laboral, por cuanto se da una situación algo compleja, en que

trabajador y empresario mantienen sus obligaciones de prestación de servicios y remuneración de los mismos, pero conociendo ambos la fecha de finalización del contrato que les une. En realidad, y pese a las dificultades que puedan plantearse, lo cierto es que no se trata de una situación nueva en el mundo laboral. El supuesto más similar es sin duda el del trabajador temporal, contratado por tiempo determinado y cuya situación se asemeja a la del empleado dimisionario.

Por tanto, en principio la única diferencia es que en un caso y otro la iniciativa extintiva parte de orígenes diferentes, pero los derechos y obligaciones adquiridas por ambas partes mantienen su vigencia hasta el último día de trabajo. Lo contrario constituiría sin duda un claro caso de discriminación respecto de sus compañeros.

No obstante, el trabajador, durante el plazo de preaviso mantiene igualmente una serie de obligaciones que, en su mayoría, guardan relación con el requisito de buena fe que le es propio a la institución. Así, parece acertado el acentuar la importancia de que el trabajador observe, con mayor diligencia si cabe, obligaciones como el requisito de no concurrencia del 5.d) ET, que si bien es un tanto ambiguo, supone realizar labores para empresas competidoras o que rivalicen con la propia empresa mientras todavía se prestan servicios para la misma. De igual manera lo entiende el art.21 ET y reitero la relevancia de este hecho porque es de suponer que, en un buen número de casos, el motivo de la extinción *ad nutum*, cuyos efectos en materia de desempleo son ciertamente nocivos para el trabajador, suele deberse a una nueva posibilidad laboral con mejores condiciones.

Por lo que respecta a los efectos del anuncio extintivo, las diferencias son notables entre los supuestos en que se respetó y aquellos en los que no, el plazo de preaviso. Si bien en ambos casos la consecuencia principal es precisamente, la finalización laboral, en la dimisión ex art.49.1d) ET, esto es, aquella que se realiza con escrupuloso seguimiento de la legislación, la costumbre y/o los convenios colectivos, queda en principio excluida la posibilidad de una indemnización por daños y perjuicios por las vicisitudes que hubiera podido

sufrir el empresario, a excepción de los supuestos comentados anteriormente y que básicamente se reducen al pacto de permanencia.

Por este motivo, y hasta la finalización efectiva del contrato de trabajo, el trabajador deberá acudir en las mismas condiciones que venía haciéndolo hasta el momento, observando la misma diligencia y quedando igualmente bajo el poder dirección del empresario.

No obstante, el trabajador puede quedar liberado de esta obligación si el empresario así lo decide, incluso cabe la posibilidad ya apuntada en el trabajo, de que sustituya los días de preaviso por vacaciones ya generadas por el trabajador y que aun no hubieran sido disfrutadas.

A estos efectos, y dentro de las posibilidades que se dan en esta etapa de la relación laboral, todas las opciones quedan abiertas, dada la plena vigencia de la relación. Y cuando digo todas, me refiero incluso a una sobrevenida extinción por voluntad del empresario. Por ello, hasta el día de finalización puede producirse cualquiera de las modalidades de despido contempladas en la legislación laboral. No resulta no obstante lo más lógico teniendo en cuenta que la voluntad del trabajador es extinguir la relación laboral, siendo ésta la mayor sanción posible. Más aun cuando un procedimiento de extinción por voluntad del empresario, además del perjuicio que ello supone teniendo en cuenta el tiempo restante, puede desembocar incluso en mejores condiciones para el empleado. Parece por tanto, una posibilidad más acertada para supuestos en que, como el de extinción causal, pueda prolongarse la situación dañina en el tiempo, a expensas de una resolución judicial.

Por otra parte, sí existen más problemas en los supuestos de abandono o de dimisión ejercitada de manera irregular. En primer lugar, porque cuando no existe una declaración expresa por parte del trabajador, en ocasiones es difícil saber cuál es exactamente la intención de éste. Es por ello que, tan solo podrá considerarse dimisión cuando la conducta del empleado sea unívoca, y de la misma se desprenda un ánimo deliberado de abandonar su puesto de trabajo, que

supere las meras faltas de asistencia o el cumplimiento intermitente de su obligación de asistencia al trabajo.

En tal supuesto las consecuencias son bien distintas. El abandono del puesto de trabajo es un caso que la legislación tradicionalmente ha sido reacia a aceptar, por cuanto anda cercano a la dimisión abusiva y supone una finalización, no sólo acausal, sino también abrupta, de la relación laboral.

A pesar de este hecho, el ejercicio incorrecto del derecho dimisorio lleva aparejado la posibilidad de una indemnización por daños y perjuicios que le pudieran haber sido causados al empresario. Dicho resarcimiento no es ni mucho menos automático, sino que debe haber sido estipulado por un juez. También puede haber sido incluido en convenio colectivo si bien, en ambos casos, debe prevalecer un criterio restrictivo en su análisis.

En un principio la inobservancia del preaviso traía consigo la generación de un derecho resarcitorio equivalente a los días dejados de preavisar. No se trata de una opción descabellada, que aun hoy se aplica a los supuestos de despido sin preaviso. Sin embargo, insisto, para que tal indemnización tenga lugar no sólo debe existir un incumplimiento, sino que además éste debe ir acompañado de un daño al empresario.

Éste deberá probar que la contravención respecto de los plazos de preaviso ha supuesto un perjuicio constatable y cuantificable de sus intereses, y que precisamente dicho incumplimiento ha sido el nexo causal desencadenante.

Este hecho resulta en ocasiones dificultoso teniendo en cuenta que los daños producidos acostumbran a alejarse de lo material siendo compleja su objetivación. En realidad, estas indemnizaciones suelen darse cuando la dimisión del trabajador supone una paralización del proceso productivo, por ser difícilmente sustituible su figura dentro de la empresa.

En definitiva, el ordenamiento es parco a la hora de regular la extinción *ad nutum*, pero lo es aún más cuando se trata del abandono del puesto de trabajo. Es

más, el abandono no es considerado como una de las formas de extinción del contrato de trabajo salvo en un supuesto muy concreto que no es otro que el del 49.1.m) ET, referido a la “*decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.*”

5. Relativas a la condición de víctima de violencia de género como razón extintiva

Y precisamente el abandono por voluntad de la trabajadora víctima de violencia de género mereció, desde mi punto de vista, un capítulo propio, dada la singularidad de la institución. Dicha modalidad extintiva, regulada en el 49.1.m) ET, es en realidad una dimisión sin preaviso, cuyas diferencias radican básicamente en los efectos que se producen.

Efectivamente, y como he avanzado antes, una de las conclusiones principales que pueden extraerse del estudio de esta figura es que, para el ordenamiento jurídico, la diferencia principal que existe entre ambas figuras es el preaviso. Dicho esto, la extinción a instancias de la víctima de violencia de género mantiene la clásica naturaleza jurídica de la dimisión, en tanto en cuanto persiste su concepción de negocio jurídico resolutorio.

La motivación de esta distinción, como en la práctica totalidad de las iniciativas legislativas, responde a una situación social crítica. Tal situación justifica la proliferación de normas como la LOVG, la L3/2007, de 22 de febrero, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que vinieron precedidas de, entre otras, la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica. En el ámbito autonómico puede destacarse la Ley 9/2003, de 2 de abril, para la Igualdad entre mujeres y hombres en la Comunidad Valenciana.

No obstante, y pese a la acumulación legislativa en un período de apenas cuatro años, algunos problemas subyacen de dichos cuerpos legales. Sin ir más lejos, de la LOVG se extrae que únicamente tendrán cabida aquí las agresiones sufridas por la víctima por parte de su cónyuge, dejando de lado cualquier tipo de violencia alternativa. Es cierto que, en ocasiones, los restrictivos conceptos de violencia de género vienen ampliados por las diversas normativas autonómicas, si bien estas redacciones no pueden exceder del ámbito de lo contenido en ellas mismas, por lo que a efectos de regulación laboral acostumbran a incidir sobre las ayudas. Sea ejemplo de ello la normativa de la Comunidad Valenciana, en la cual se potencian la igualdad salarial, la flexibilidad horaria en la conciliación de la vida laboral y familiar y, señalando un ejemplo de violencia ejercida contra la mujer, se menciona la incorporación de la *Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, y en los planes de igualdad elaborados por las empresas*, aspecto éste, no obstante, que por su especificidad tampoco puede ser valorado dentro de las regulaciones en materia de extinción.

En definitiva, y por finalizar con la discusión terminológica, la principal conclusión es que existe una disonancia real y relevante, entre el concepto de víctima de violencia de género acuñado en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de 1995 y en que se entendía como *todos los actos de violencia emprendidos contra la mujer en cualquier ámbito, ya sea público o privado*, y el más estricto concedido por la legislación laboral española.

Por tanto, a la hora de definir quién será el sujeto beneficiario de las ventajas introducidas por el 49.1.m) ET, no hay más que acudir al propio precepto, que indica que será la *“trabajadora, víctima de violencia de género”*. Así, y aun siendo ciertamente simple la descripción, serán necesarios tres requisitos:

- Que sea mujer
- Que trabaje en la empresa de la cual ejerce la dimisión
- Que pueda acreditar su condición de víctima de violencia de género

Dando por sentada la problemática que ofrece la denominación y alcance de la condición de víctima, otras disquisiciones han surgido igualmente en el tratamiento de dicha figura. En este sentido se plantean los supuestos de retrasos en el horario pactado o inasistencias al puesto de trabajo como posible figura en colisión con el despido por causas objetivas. No obstante, queda acreditado en el 37.7ET que las víctimas de terrorismo y violencia de género quedan en principio excluidas por este supuesto.

Sin embargo, la situación no queda exenta de polémica. Principalmente porque la justificación no alcanza a los supuestos de despido disciplinario, pudiendo darse la incoherencia de que fuera viable la procedencia de un despido por esta causa.

Además, y como se ha comentado en el capítulo cuarto de este trabajo, la condición de víctima, a efectos de evitación del despido, queda reducida a supuestos en que se haya causado un daño físico o psicológico a la víctima. Con todo, entiendo que para ser beneficiario de los derechos que a la condición de víctima de género pertenecen, es necesario que se produzca un daño, cuando en realidad debería bastar la constatación del intento de causación del mismo.

Por tanto, la justificación de las faltas de asistencia o retrasos, que debe ser realizada por los servicios sociales correspondientes, sigue planteando dudas ya que debe hacerse a *la mayor brevedad posible*. Y es precisamente esta exigencia la que lleva a ciertas empresas a acometer despidos disciplinarios por falta de justificación, a pesar de que más tarde tales retrasos son convenientemente justificados.

Dejando de lado la disyuntiva que se produce entre la dimisión y el abandono y que, como se ha visto, se plantea en varias ocasiones dentro de este trabajo, conviene ahora detenerse en los aspectos más relevantes que configuran la extinción del contrato en supuestos de violencia de género.

El artículo 49.1.m) ET introducido por el art.2 de la LOVG tiene como objetivo el dar a la trabajadora víctima, todas las herramientas posibles para afrontar la difícil situación personal que vive. Así, en ocasiones las medidas de suspensión,

de flexibilización de horarios o cualquiera de las demás expuestas no son viables, ya sea por la propia estructura de la empresa, por las dificultades que ésta opone o, simplemente, porque la situación de la trabajadora no permite que ésta continúe con su relación laboral.

Para proteger estos derechos, la propia LOVG introdujo modificaciones en el 55.5ET, a fin de que fueran declarados nulos los despidos recaídos sobre víctimas acreditadas de violencia de género. Sin embargo, probablemente sea éste uno de los puntos que más polémica ha suscitado. En su apartado b), se reconoce sin cortapisas la nulidad de los despidos efectuados sobre mujeres embarazadas. Aun así, tan solo se incluyen en el mismo precepto los supuestos de despido de trabajadora por el hecho de estar ejercitando los derechos que se han comentado anteriormente. Pero, si la trabajadora aun no ha hecho uso de ellos podría entenderse que el despido carecería de nulidad.

No obstante, este problema puede subsanarse acudiendo a la cláusula genérica del 55.5 argumentando una posible discriminación por razón de sexo. Para ello, sin embargo, debería acreditarse que la empresa conocía la situación de la empleada dimisionaria pues, de lo contrario, sería imposible aducir tal conducta arbitraria.

Finalmente, la principal disyuntiva existente entre la doctrina laboral respecto del concepto de dimisión por razón de violencia de género reside en su naturaleza jurídica y regulación.

Mientras, por una parte, existe la visión de quienes entienden que se trata de una figura autónoma y que, como tal debe ser regulada, los hay como se ha indicado en el trabajo, que lo consideran una especialidad dentro de la extinción *ad nutum*. Se entendería así que la trabajadora deja de prestar servicios por causa ajena a la voluntad de ambas partes, pero que hace imposible la pervivencia del vínculo.

Mi punto de vista va en consonancia con esta última visión ya que entiendo que al final, la causa de la extinción, a efectos laborales, es simple y llanamente, la voluntad de la trabajadora. Es más, si bien comparto y entiendo las

especificidades que se dan en cuanto a la falta de necesidad del preaviso y el otorgamiento de derechos tales como el de la prestación por desempleo, considero que tales concesiones, no contenidas en el apartado m) del artículo 49, sino en otras disposiciones tales como la LGSS o la LRJS, podrían haberse hecho sin la existencia del mismo, pudiendo simplemente acudir a la cláusula genérica del 49.1.d)ET, y junto con la acreditación de víctima, acceder a todas las posibilidades comentadas.

La razón de su inclusión parece más encaminada a destacar la gravedad de la situación que vive la empleada que a enumerar una nueva causa de extinción, si bien la importancia de su regulación es indiscutible, y de ahí las críticas surgidas y ya mencionadas respecto del alcance del concepto de víctima que el ordenamiento laboral da.

6. Dimanantes de la jubilación como especialidad dimisoria

Para finalizar la segunda parte del trabajo, se planteó una discusión similar a la de la naturaleza de la dimisión a instancias de la víctima de violencia de género, que es la que acontece al tratar la jubilación del trabajador como causa extintiva. Evidentemente los supuestos de hecho no tienen relación alguna, si bien los motivos que conducen a la efectiva finalización trascienden en ambos casos a las vicisitudes ordinarias de una relación laboral.

En este sentido, si antes se protegía la especial gravedad de la situación de la empleada, ahora el sujeto objeto de protección es el trabajador que, por razón de la edad, sufre una rebaja en sus condiciones para el desempleo del puesto de trabajo o que, aun no sufriendolas, merece por su larga trayectoria, una prestación que permita financiar su retiro.

Desde el punto de vista extintivo, el art.49.1.f) ET es ciertamente parco al manifestar como causa de extinción “*la jubilación del trabajador*”. Sin embargo, y a efectos de justificación de su inclusión en este trabajo, no existe duda al

respecto. En el pasado se establecieron edades máximas de jubilación que dificultarían su comprensión como de extinción *ad nutum*, reduciendo este supuesto para los casos en que el trabajador pusiera fin a la relación laboral con anterioridad a dicha fecha.

Hoy en día por el contrario, no existe tal límite temporal, al menos de forma generalizada. Tan solo cabe el establecimiento de máximos de edad para trabajos que entrañen peligro para la salud de los trabajadores y supuestos del todo específicos.

El concepto de prestación por jubilación es algo ambiguo, dado que no se define como tal en la legislación laboral, aunque sí puede constatarse que se trata de una pensión vitalicia para aquel que, habiendo llegado a determinada edad y cumpliendo ciertos requisitos, proceda a la extinción de la relación laboral.

Y es este último hecho el que justifica el enclave de este modo de extinción del contrato de trabajo dentro de este trabajo. Así, cumplir con las exigencias legislativas en materia de cotización o edad no genera *per se*, el derecho a la pensión por jubilación. El trabajador debe cesar voluntariamente de su trabajo, y posteriormente solicitar la prestación.

Por este motivo, se trata de una extinción *ad nutum* ordinaria del 49.1.d) ET tanto en la forma como en el fondo. Y ello porque de nuevo, el motivo por el cual se lleva a cabo la rescisión del contrato es irrelevante a efectos contractuales.

Respecto de la jubilación forzosa, su importancia se ha ido diluyendo con el paso del tiempo al punto que, tras la reforma laboral operada por la L3/2012, en su disp. Transitoria 15ª, serán consideradas nulas todas las cláusulas que incorporen la jubilación forzosa, debiendo entenderse de este modo que tal posibilidad deja de ser negociable por convenio colectivo. En este sentido y respecto de los convenios que hubieran podido ser suscritos con anterioridad, dichas cláusulas se mantendrán mientras dure el primer período de vigencia, y se considerarán nulas en caso de que éste quedara prorrogado o fuera negociado de nuevo.

En definitiva, hoy en día la extinción del contrato de trabajo por causa de la jubilación supone, en esencia, una extensión del 49.1.d) ET teniendo en cuenta que mantiene la condición de negocio jurídico resolutorio de carácter unilateral. Es más, el hecho de que el trabajador tuviera una opinión equivocada acerca de la procedencia o la cantidad de la pensión de que debiera disfrutar no hará que su decisión sea revocable. No podría en este caso alegarse el error, puesto que el cálculo de la pensión está al alcance de cualquier ciudadano, por lo que una equivocación en este sentido respondería más a una falta de diligencia que un verdadero error.

De igual manera, la desaparición de la jubilación forzosa y la penalización de la jubilación anticipada se unen a otras figuras cuyo objetivo es claro. La aparición de la jubilación parcial así como su vinculación a la contratación de nuevos trabajadores persigue el mantenimiento del sistema de pensiones. Para ello, los gobiernos sucesivos han tratado y siguen intentando que el trabajador permanezca el mayor tiempo posible en su puesto de trabajo alargando mientras sea posible su vida laboral.

Como se ha apuntado, la extinción del contrato de trabajo será requisito exigible en cualquier caso, si bien es cierto que puede accederse a la jubilación desde situaciones de alta o asimiladas o de otro tipo, motivo que acentúa aún más si cabe la unilateralidad de la decisión del trabajador.

7. Sobre la extinción causal y su naturaleza jurídica

La tercera parte del trabajo ha ido también encaminada al estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador. Sin embargo, el análisis se ha centrado en aquellas rescisiones que, aunque instadas también como último recurso por el empleado, han venido precedidas de incumplimientos por parte del empresario ya sea en materia contractual o extracontractual.

A pesar de que dicha posibilidad viene recogida de forma genérica en el 49.1.j) que entiende *la voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario*, como causa de extinción, la estructura del análisis ha sido paralela a la regulada en el art.50ET.

En efecto, como se estudió en el primer capítulo de este trabajo, la extinción de un vínculo de obligaciones recíprocas ha planteado pocos problemas a lo largo de la historia, no sólo civil, sino también laboral, reciente. Y ello porque no resulta complejo entender que, si se acepta que un trabajador puede finalizar la relación laboral que le une a su empresa no existiendo causa alguna, cuanto más si ésta no ha cumplido con sus obligaciones.

Por contra, muchos son los puntos que se han analizado dentro de la extinción causal, dado que el enfoque al que obliga la perspectiva del artículo 50ET no puede olvidar las notas de especificidad y alcance restrictivo. Este hecho es debido a que, a través del citado precepto, lo que se obtiene no es únicamente la extinción de la relación laboral, sino una indemnización cualificada derivada de la gravedad de los hechos cometidos por el empresario. En concreto, de darse los requisitos estudiados corresponderá la compensación para los supuestos de despido improcedente.

Es por ello que resulta también necesario hacer una distinción con lo previsto para casos como el de la modificación de las condiciones de trabajo, como más tarde se verá.

Pero en primer lugar, se realizó un estudio de la naturaleza jurídica de la extinción causal. Tal y como ocurría con la dimisión, se trata de un negocio jurídico resolutorio de carácter unilateral cuyo principal objetivo es la extinción del contrato de trabajo. Sin embargo, la diferencia radica en que, en este supuesto, la causa no sólo es relevante sino que el éxito de la finalización de la relación laboral dependerá de la misma.

Algunos autores la han definido como una “*dimisión provocada*”, destacando que la verdadera voluntad no parte del trabajador que, en caso de cumplimiento

de ambas partes, tal vez no hubiera iniciado nunca la acción rescisoria. Con ello se cuestiona si verdaderamente la iniciativa parte del empleado o ésta está de algún modo viciada.

Pese a todo, la unilateralidad de la extinción causal es incuestionable, ya que el empresario no puede obviamente, llevarla a cabo. Las diferencias están precisamente en las consecuencias de la decisión adoptada por el trabajador, con respecto a la extinción *ad nutum*.

En cualquier caso, la divergencia entre los ordenamientos civil y laboral persiste en este caso, al ser el artículo 50ET una extrapolación del 1124CC. No obstante, la naturaleza jurídica de ambos artículos es distinta atendiendo a su procedencia normativa. Por ello, mientras que por una parte el ordenamiento laboral tiende al mantenimiento de los contratos, motivo que convierte a la extinción causal en especialmente restrictiva, el 1124 persigue la igualdad de las partes, manifestada aquí con la exoneración del sujeto cumplidor de sus obligaciones.

Las diferencias son también constatables en cuanto a las consecuencias de uno y otro instituto. Aunque el derecho de obligaciones tiende a la reparación íntegra del daño, los diferentes ordenamientos entienden este principio de forma diferente. Así, mientras en el caso civil debe tasarse el daño efectivamente producido, la rama laboral estipula una indemnización única y tasada para la protección del bien jurídico protegido. Ello no obsta, como se observará con posterioridad, para que se reclamen cantidades por otros conceptos.

Otro aspecto importante es el relativo a los efectos resolutivos de la declaración. Mientras que la dimisión se considera un acto de efectos diferidos, teniendo en cuenta que el verdadero motivo del mismo no tiene lugar hasta la finalización del preaviso, del análisis de la extinción causal se desprende que, al menos hasta ahora, los efectos derivados de dicha figura no se manifiestan hasta después de la firmeza de la decisión judicial. No obstante, y como se recordará a la hora de enumerar las conclusiones en el ámbito procesal, tal manifestación no es hoy tan indiscutible como lo ha sido en el pasado.

Pero si por algo se caracteriza la finalización motivada de la relación laboral a instancias del trabajador es por la figura del incumplimiento, nexo causal con los efectos pretendidos por el empleado dimisionario. No obstante, y teniendo en cuenta la preferencia del ordenamiento por el mantenimiento de los contratos, la contravención producida por el empresario debe revestir una importancia suficiente que justifique, no la extinción, sino la consecuencia que supone la indemnización a percibir.

De este modo, debe exigirse una conducta grave y culpable del empresario. Sin embargo, dichos requisitos dependen también del incumplimiento concreto y se acentuarán o perderán importancia en función del ilícito cometido. De hecho, el requisito de culpabilidad ha ido perdiendo progresivamente su valor, teniendo en cuenta que la mayoría de los incumplimientos recogidos en el art.50ET tienen una difícil desconexión de la voluntad empresarial.

Pero más aun, incluso aceptando que el empresario no tenía voluntad alguna de dañar al trabajador, hecho que hoy en día sería fácilmente constatable en supuestos tales como el de las crisis empresariales, doctrina y jurisprudencia han entendido que ello no enerva las posibles acciones que pudiera llevar a cabo el trabajador, sujeto cumplidor del vínculo jurídico. Por este motivo, y por la diversa naturaleza de los diferentes actos comprendidos en el art.50ET, éstos han sido estudiados de forma separada.

Otro dato importante es el de la necesaria resolución judicial para la extinción. Mientras en la dimisión, o incluso en otras figuras similares como la resolución por modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, el empleado poseía una suerte de autotutela que le permitía extinguir el contrato que le unía a la empresa de forma unilateral, en este caso se hace preceptiva la decisión judicial, ya que no son sino los tribunales los que deben juzgar la gravedad del incumplimiento cometido, hecho que no puede quedar al arbitrio de una de las partes.

Ello va en consonancia con el requisito de permanencia exigido por regla general a la espera de la comentada resolución judicial. Así, en el lapso de tiempo que discurre entre la sentencia y la acción interpuesta, la relación laboral con sus obligaciones y derechos permanece plenamente vigente, hecho que facultaría al empresario a utilizar su poder sancionador ante un eventual incumplimiento.

Pero como puede deducirse del análisis de la figura jurídica, debe valorarse la posibilidad de que existan excepciones a tal requerimiento. En efecto, es constatado y constatable que la jurisprudencia libera de la obligación de ir a trabajar a aquellos empleados cuya relación laboral haya devenido en insostenible o los incumplimientos fueran de tal relevancia que no permitieran el normal desarrollo de las labores cotidianas.

Sin embargo, ello ha producido una inseguridad jurídica manifiesta dado que el riesgo a una ulterior resolución judicial adversa y el que la extinción causal se convirtiera en una dimisión en que el trabajador perdiera el derecho, incluso a la prestación por desempleo, resultaban ciertamente posibles. Todo ello ha tratado de evitarse con el establecimiento de medidas cautelares mediante la LRJS si bien el debate permanece abierto.

En cualquier caso, es seguro que una situación insostenible corresponde a supuestos de, por ejemplo, violación de derechos fundamentales, ejercicio de abusivo de derechos o cualquiera de los motivos del artículo 50, cuando este afecta a la cotidianidad de la relación laboral y ello no permite esperar a la decisión judicial.

No obstante, y pese a las modificaciones introducidas, la inseguridad jurídica antes mencionada pervive en cierto modo, como más tarde se observará. Antes, resulta necesario establecer las principales conclusiones extraídas del estudio específico de cada uno de los supuestos de extinción causal contenidos en el Estatuto de los Trabajadores.

8. Acerca de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo

El primero de los motivos recogidos en el art.50ET es el relativo a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que se hagan sin respetar lo previsto en el art.41ET y en que concurren los requisitos de gravedad y culpabilidad.

En el análisis de dicho precepto consideré de vital importancia tener en cuenta la literalidad del mismo, analizando primero su objeto de un modo genérico y analizando posteriormente la casuística más relevante.

Es por esta razón que en primer lugar cabe diferenciar entre el contenido previsto para el art.41 relativo a las modificaciones sustanciales ordinarias, y aquellas conductas susceptibles de extinción causal. En realidad, ambos ilícitos poseen, en mi opinión, una identidad en cuanto al incumplimiento requerido, si bien existe una diferencia en la gradación del daño causado que justifica la diferencia en las consecuencias de uno y otro precepto.

La automaticidad de las modificaciones ordinarias supone un reconocimiento de la intervención empresarial en que se asume, por la parte actora, que se va a causar un perjuicio en el trabajador, si bien las causas técnicas, económicas, organizativas o de producción amparan las modificaciones sustanciales producidas.

No obstante, el ordenamiento da al trabajador la oportunidad de rescindir el contrato, puesto que el objeto del contrato ha sido modificado. En esta decisión la voluntad del empresario e incluso la intervención judicial no juegan papel alguno. El empleado tiene, por tanto, la posibilidad de impugnar la medida o de extinguir el contrato de trabajo de manera unilateral.

La diferencia con la extinción causal cualificada no es, como he dicho anteriormente, necesariamente relativa al objeto. Es más, puede existir una clara identidad entre ambas conductas. No obstante, en este caso la ilegalidad de la

actuación es controvertida, por cuanto el empresario no reconoce haber actuado fuera de lo legal.

Es por ello que, a diferencia del supuesto anterior, si el trabajador desea obtener la indemnización correspondiente al despido improcedente, habrá de acudir a los tribunales y obtener de ellos una respuesta afirmativa y firme. Será precisamente desde la firmeza de la resolución que la extinción comenzará a desplegar efectos.

En general, la condición de agravante que reviste el apartado a) respecto de otras figuras afines viene dada, al igual que en el resto de supuestos del art.50ET, por las notas de gravedad y culpabilidad.

El requisito de culpabilidad ha ido perdiendo fuerza desde la promulgación del Estatuto de los trabajadores dado que, por una parte, ésta se entiende implícita en la mayoría de conductas susceptibles de extinción y, por otra, aun aceptándose la involuntariedad del acto, las consecuencias que de él se derivan son tales, que no pueden quedar desligadas de la responsabilidad empresarial.

Sin embargo, es necesario resaltar que el 50.1.a) ET tiene su propia nota distintiva, que no es otra que el ataque a la dignidad del trabajador. Durante la realización de este trabajo cristalizó la reforma laboral operada por RD3/2012, eliminando el requisito de la formación profesional, que junto con la dignidad del trabajador habían conformado las exigencias del ordenamiento para aceptar la rescisión.

La justificación fue la necesidad de otorgar una mayor flexibilidad interna a los empresarios a fin de que llevaran a cabo modificaciones de las condiciones de trabajo tendentes a evitar despidos. Los cambios a nivel jurisprudencial, no obstante, no parecen, a mi modo de ver sustanciales. En mi opinión, la verdadera diferencia radica en la nueva redacción del art.41ET, que amplía su operatividad, dado que en infinidad de sentencias, dignidad y formación profesional eran tratadas de forma conjunta, al punto de no llegar a hacer distinción alguna.

Así, y dada la subjetividad que este aspecto puede traer consigo, ha llegado a ser definido como concepto jurídico indeterminado.

La dignidad profesional tiene, desde mi punto de vista, una estrecha relación con el respeto que el trabajador tiene por sí mismo y su formación y la percepción que de dicha condición tienen aquellos que conforman el entorno del empleado, ya sean compañeros, superiores jerárquicos o personas a cargo.

Es por ello que muchos de los casos en que los tribunales han aceptado este tipo de finalizaciones contractuales han provenido de supuestos en que el trabajador, sin motivación aparente o justificación acorde a la medida adoptada, ha pasado a trabajar de forma subordinada ante trabajadores respecto de los cuales había venido trabajando como superior jerárquico.

La jurisprudencia opina al respecto que, ante este tipo de actuaciones, siempre y cuando no estén justificadas o respondan a medidas de tipo disciplinario, la percepción que el resto de la plantilla tiene es que el trabajador “*ha caído en desgracia*” por lo que su posición dentro de la empresa queda desprestigiada por la propia compañía.

De igual manera, la dignidad del trabajador también se ve afectada cuando se encomiendan al trabajador trabajos degradantes o vejatorios, o simplemente se alcanzan los límites de la ocupación efectiva.

En definitiva será indigna profesionalmente hablando, cualquier modificación sustancial de las condiciones de trabajo en que, concurriendo el requisito de gravedad, se haya atentado contra la persona del trabajador de manera individual y discriminatoria, teniendo en cuenta sus funciones, formación y lugar dentro de la empresa.

Entrando en las causas concretas, primeramente han sido estudiadas las conductas más típicas dentro del ámbito de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

La indudable relación existente entre el art.41 y 50ET ha hecho que, si bien este último ha permanecido prácticamente inalterado tras las últimas reformas, aquellas operadas en lo relativo a modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo obligan a un nuevo análisis de las principales causas de extinción aplicables a esta vía.

En este sentido, el primer aspecto tratado fue el del tiempo de trabajo, englobando dentro de este concepto tanto el horario como la jornada de trabajo. Así, deben entenderse como modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, susceptibles de atentar contra la dignidad profesional del trabajador las decisiones del empresario tendentes a la variación, tanto del número de horas efectivamente trabajadas, como a los horarios de entrada y salida de la empresa.

Sin embargo, de nuevo se encuentra un marcado carácter restrictivo a la hora de aceptar este punto como habilitante de extinción causal. La explicación radica en la voluntad del legislador de otorgar al empresario una mayor flexibilidad interna que permita hacer más competitivas las empresas y reducir el número de despidos. En consecuencia, al entrar dentro de su poder de dirección, deben observarse ciertas notas distintivas dentro de la conducta empresarial para aceptar dicha extinción.

Como resultado, la jurisprudencia ha establecido que cabrá dicha posibilidad cuando se ejerza un reiterado cambio de las condiciones de trabajo en que la justificación no quede constatada y que se produzca en un corto período de tiempo.

Por tanto, pueden darse dos situaciones: una única modificación sustancial que, por su envergadura sea por sí sola, susceptible de extinción o; por otra parte, sucesivas modificaciones que constituyan un importante perjuicio para el trabajador.

La única excepción que puede encontrarse a esta premisa es la referida a los cambios de horarios cuando se trata de prevenir o cumplir con la normativa referida a la prevención de riesgos laborales.

El segundo de los supuestos tratados y que, a mi modo de ver, es probablemente uno de los más utilizados hoy en día, es el relativo a las modificaciones funcionales y geográficas.

Respecto de la primera de ellas, convenía realizar la distinción de si las modificaciones se realizaban dentro o fuera del *ius variandi* pero, principalmente, en qué momento podía considerarse viable la acción ex art.50ET.

Así, cabe realizar el análisis desde un punto de vista positivo y negativo. Por una parte, será modificación sustancial en el ámbito funcional que afecte a la dignidad del trabajador aquella que no suponga ventaja competitiva alguna para el proceso productivo o, incluso existiendo dicha ventaja, se haga con claro ánimo de dañar al trabajador de una forma arbitraria.

El mismo criterio de excepcionalidad debe aplicarse a los supuestos de modificación geográfica. Y ello porque cualquier modificación en este sentido produce en sí misma un perjuicio al trabajador derivado del simple desplazamiento o del traslado permanente a otro lugar, no sólo de trabajo, sino también de vivienda. No obstante, si se aplicase tal previsión cualquier modificación en este sentido sería considerada susceptible de extinción causal. Producto de esta situación, la variación deberá exceder de los perjuicios derivados del mero traslado, suponiendo un daño para la dignidad del trabajador no justificable únicamente en el cambio de ciudad.

Más aun, para algunos autores, cabría la utilización del apartado c) puesto que en ocasiones es complicado apreciar el menoscabo de la dignidad únicamente por el hecho de cambiar de centro de trabajo, aun fuera de la ciudad de residencia.

En definitiva y por lo que a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, debe observarse una conducta extraordinaria en que no sólo se valora el objeto modificado, que ha de ser sustancial, sino también el modo de llevarla a cabo y el perjuicio causado en el trabajador.

9. En relación con la falta o retraso en el pago del salario

El segundo de los motivos contemplados en el apartado primero del artículo 50ET es el referido a la falta o retrasos en el pago del salario del trabajador. El primer análisis realizado se centró en la importancia del supuesto referido dado que, a diferencia de los otros dos casos enunciados, el legislador optó por la concreción de un motivo específico. El derecho, no sólo al cobro del salario, sino a hacerlo de una forma puntual, viene recogido por el artículo 4.2.f) ET.

La importancia del salario es innegable, no sólo desde el punto de vista personal del trabajador cuya cuantía supone su principal fuente de ingresos en la mayoría de casos, sino también desde un enfoque contractual. La relación laboral tiene como elementos preponderantes la prestación de servicios y su contraprestación dineraria, por lo que si una de ellas no se cumple, se está atentando contra la base misma del contrato.

Dicho esto, procede detenerse en el concepto de salario, puesto que serán únicamente las cantidades que puedan recibir dicha denominación, las susceptibles de ser accionadas por esta vía en caso de incumplimiento.

A estos efectos, y a diferencia de otras figuras estudiadas dentro de este mismo trabajo, el Estatuto de los Trabajadores sí da una definición estricta del concepto salario, por lo que, para definir qué incumplimientos se incluyen en el 50.1.b) de esta misma norma, se entenderá que son las percepciones económicas, ya sean en dinero o en especie, que retribuyan exclusivamente el trabajo efectivo, sin importar la forma de remuneración, así como los períodos de descanso que se computen como trabajo (Ar.26ET). Quedan por tanto fuera de esta regulación los conceptos extrasalariales y demás pactos establecidos por el empresario y que no puedan considerarse como tal.

De igual forma, se excluyen también, por ejemplos, conceptos económicos debidos en materia de Seguridad Social. Puede parecer a simple vista una grave dejación por parte del legislador ya que dichos incumplimientos revisten una importancia que, si bien no alcanza la que podría dársele al salario, no deja de ser

innegable. No obstante, y como más tarde se verá, el legislador optó por redactar un apartado c) destinado en realidad a incluir todas aquellas conductas que, por su gravedad, merecieran estar incluidas en los motivos de extinción causal pero que, por objeto, no hubieran podido ser incluidas en los dos apartados precedentes.

Dicho esto es necesario analizar qué conductas considera, no el ordenamiento, sino la evolución y desarrollo jurisprudencial, como susceptibles de ser incluidas en la conducta extintiva. Como se ha estudiado, una parte de la doctrina y de la jurisprudencia, aunque en el segundo caso se trata de pronunciamientos ya un tanto lejanos, ha defendido la importancia intrínseca del impago y del retraso del salario. De esta manera, el mero incumplimiento supondría para esta postura el derecho del trabajador al cese indemnizado de su puesto de trabajo.

No parece, y de hecho puede concluirse que la mayoría de la doctrina así lo opina, que sea ésta una visión acertada. En efecto, la gravedad de la falta de pago es innegable, incluso de manera esporádica, pero ello no puede justificar la extinción del contrato de trabajo teniendo en cuenta, no sólo la voluntad de pervivencia de los contratos que rige como principio del ordenamiento laboral, sino porque el ordenamiento establece otro tipo de sanciones más proporcionadas para estos casos.

De este modo, debe acudir nuevamente a los conceptos de gravedad y culpabilidad, aplicados a este caso. El primer dato nos lo da sin embargo, el propio artículo, al indicar que el incumplimiento debe ser “continuado”, por lo que se excluyen los supuestos de tipo aislado o, dicho de otro modo, se acentúa la importancia de la gravedad, no sólo relativa a la cantidad adeudada, sino también a su prolongación en el tiempo.

En este sentido, y superada como se ha expuesto la teoría de que el mero retraso o impago aislado no es por sí suficiente para instar la extinción causal, lo cierto es que la jurisprudencia, de acuerdo con la legislación vigente, exige que el incumplimiento no sólo no sea esporádico, sino que responda a una conducta

reiterada en el tiempo que, desde un punto de vista temporal y cuantitativo, revista la importancia suficiente como para ser susceptible de la extinción cualificada.

El problema reside, de nuevo, en el hecho de que la normativa laboral no ofrece un criterio objetivo acerca de las características requeridas. Así, debe acudirse al caso concreto para establecer las características de cada incumplimiento que amparen la finalización contractual.

La jurisprudencia, en este sentido, ha aplicado un criterio que se ha aplicado con bastante asiduidad y que establecería que aquellos retrasos o faltas de pago que excedan de tres mensualidades, serían susceptibles de ser accionados por el 50.1.b)ET, no constituyendo tal derecho los casos en que no se alcanzara esta cifra.

Con mayor o menor justificación, lo cierto es que tal decisión judicial ofrece una seguridad jurídica que la legislación no proporciona. El hecho de que dicha tendencia haya permanecido inalterada en el tiempo lleva a preguntarse el por qué la legislación no la ha adoptado como propia. La principal razón, entiendo, es el no querer dar al apartado b) del art.50 una automaticidad de la que no gozan los demás supuestos. Establecer un criterio tan objetivo sería poco menos que dar una automaticidad que el ordenamiento ha rechazado otorgar en los demás casos.

En efecto, si bien el legislador no ha establecido pautas para una determinación tan específica de los supuestos de extinción causal, esto ha respondido a la voluntad de valorar el caso concreto. El motivo no es otro que el hecho de que el legislador no es muy proclive a la aceptación de esta modalidad extintiva, salvo en casos que, por su gravedad, así lo merezcan.

Un aspecto a valorar también es el relativo a la culpabilidad del empresario. Ya se ha excluido su operatividad en los supuestos del art.50.1.a) ET, y de nuevo debe concluirse en el mismo sentido para los supuestos de impago y retraso del salario. La gravedad de la falta de recibir el salario generado, no puede quedar enervada por la voluntad interna del trabajador.

Más aun cuando en los últimos tiempos la recesión económica ha producido innumerables casos relativos a incumplimientos salariales. Es por ello que los últimos pronunciamientos recogidos en la propia investigación, han vuelto a poner de manifiesto la nula importancia de la culpabilidad empresarial. De nuevo los motivos de esta situación responden a dos opciones: por una parte, que la conducta observe una indisoluble relación con el comportamiento empresarial, por cuanto es él el responsable último de cumplir con tal obligación o que, por otra, la importancia o gravedad del ilícito no permita dejar impune la falta de pago, aun excluyendo la voluntad de pago del empresario. Así, incluso aunque en el momento de la decisión judicial ya se hubieran satisfecho las deudas contraídas, podrá igualmente acordarse la extinción puesto que, aunque el cumplimiento de lo adeudado es la mejor prueba de la involuntariedad de la falta de pago, ello no excluye los graves perjuicios que ya se han podido causar en la persona del trabajador.

10. A propósito de la cláusula de cierre del artículo 50ET

El último apartado del artículo 50 es ciertamente paradójico, teniendo en cuenta que acoge una cláusula de cierre cuyo objeto es más que amplio, y una conducta concreta al estilo de la falta o retrasos del pago del salario. Estoy hablando por supuesto, de los demás incumplimientos graves de las obligaciones laborales que lleve a cabo el empresario y, además, de la negativa del empresario a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones en base a los artículos 40 y 41, cuando una sentencia judicial los haya declarado injustificados.

El hecho de que coexistan dos supuestos tan claramente diferenciados exige que su análisis sea igualmente autónomo. En primer lugar, el 50.1.c) ET se refiere a cualquier otro incumplimiento grave. El afán del legislador de observar la mayor cantidad de supuestos posibles es el motivo principal de esta redacción. Pero, de este modo, a fin de cuentas, cualquier incumplimiento grave que atacara al objeto

de la relación laboral podría ser susceptible de extinción causal, situación que el ordenamiento ha demostrado de forma reiterada que no pretende.

En realidad, diversos autores han calificado el precepto como “un cuerpo extraño”, un cajón de sastre, o cláusula de cierre. Todas las acepciones son válidas si bien mi conclusión es que el legislador pretendió atender a aquellas conductas que, guardando una estrecha relación con los apartados a) y b), por diversos motivos no pudieran ser englobados en los mismos.

Por tanto, para que un incumplimiento sea susceptible de ser accionado por la vía del 50.1.c) es necesario que sea cometido por la empresa, que revista la suficiente entidad, y que no pueda ser incluido en ninguno de los dos primeros preceptos.

En este sentido, los supuestos pueden ser infinitos, por lo que se refiere a las exclusiones del apartado a), es por ello que la selección propuesta en el trabajo responde a criterios de relevancia o cotidianidad de los casos.

El primero de los supuestos analizados es el de la falta de ocupación efectiva. Dado que no supone una contravención del artículo 41 ni de su procedimiento, es más, ni siquiera tiene porque existir un incumplimiento salarial, éste es desde mi punto de vista uno de los supuestos más claros de atentado contra la dignidad profesional del trabajador.

En efecto, se trata de la extrapolación laboral del derecho al trabajo contenido en el 35CE y 4.2.a) ET, siendo obligación del empresario el proveer al trabajador de las labores y utensilios necesarios para cumplir con las obligaciones laborales pactadas.

En cuanto a los requisitos de gravedad y culpabilidad, observan en mi opinión una relación muy estrecha. No parece lógico el entender que si en un lapso reducido de tiempo el empresario, de forma coyuntural y esporádica, no puede ofrecer al trabajador la oportunidad de trabajar de acuerdo a lo pactado, y siempre que la medida no pueda considerarse discriminatoria o fuera del *Ius Variandi*, vaya a habilitarse la causa extintiva del apartado c). Sin embargo, si la

situación se prolonga en el tiempo, ya sea por causa o responsabilidad empresarial o por circunstancias de la producción, la conducta pasará a ser lesiva y susceptible de la rescisión indemnizada.

En este sentido son muchos los supuestos estudiados, al punto de que en este apartado caben todos los supuestos de falta de ocupación efectiva, tales como aquellos en que el empleado contratado no pudiera ni siquiera empezar a trabajar porque, tras la firma del contrato el empresario no le hubiera proporcionado el puesto de trabajo acordado, o también casos en que una acción disciplinaria se alarga en el tiempo por encima de lo razonable.

En segundo lugar se trató la vulneración de los derechos fundamentales en el seno de la empresa. En este sentido la gravedad de la conducta es intrínseca al incumplimiento y la culpabilidad de la empresa inseparable. Prueba de ello es el caso del mobbing. Dicha conducta supone el hostigamiento o vejación del trabajador, de una forma reiterada, que hace su convivencia dentro del centro de trabajo insostenible.

Sin embargo, el hecho de que no pueda atribuirse directamente el ilícito al empresario no le hace menos responsable, a tenor de lo expuesto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, debió actuar para que tal suceso no ocurriera o, en su caso, tomar las medidas necesarias para restablecer la normalidad.

Pero, desde el punto de vista del estudio de la afectación de los derechos fundamentales a la extinción causal, en mi opinión el aspecto más relevante es la posibilidad de exigir una indemnización adicional a la contenida en el propio artículo 50ET. Es cierto que el ordenamiento jurídico se basa en el principio de reparación íntegra, pero no lo es menos que el bien jurídico que protege la indemnización estipulada es exclusivamente el puesto de trabajo perdido. Entiende por tanto la jurisprudencia que, si puede acreditarse la afectación patrimonial o inmaterial del daño sufrido, más allá del ámbito laboral, cabe un resarcimiento adicional para el mismo.

No obstante, entiendo igualmente que se trata de una puerta abierta para que, en el futuro, puedan incluirse daños de otro tipo, que puedan ser convenientemente acreditados, y cuya relación de causalidad con la extinción del contrato de trabajo sea indubitada. Ello no obstante, con el habitual análisis casuístico y restrictivo que acostumbra a utilizar la jurisprudencia laboral para valorar estos hechos.

Respecto de los supuestos excluidos del apartado b), parece bastante sencillo apuntar que se trata de todas aquellas cantidades económicas adeudadas cuya naturaleza no pueda considerarse salarial. Dentro de este grupo pueden incluirse, desde aquellos conceptos dinerarios considerados como extrasalariales a pagos a la Seguridad Social. Precisamente en este último caso se ha argumentado que la deuda contraída lo es con la Administración y no con el trabajador, si bien las obligaciones del empresario, y también del trabajador, exceden de lo contractual, por lo que un incumplimiento de cualquiera de las partes, en materias que afecten a la relación laboral, aun no habiendo sido expresamente contempladas, pueden igualmente justificar la extinción del contrato de trabajo.

De nuevo no obstante, y es curioso porque dentro de este mismo precepto subsisten diversas interpretaciones, debe hacerse un estudio de los conceptos de gravedad y culpabilidad y, especialmente este último.

Si en los apartados a) y b) del artículo 50ET queda patente que la culpabilidad empresarial no tiene cabida en la valoración del incumplimiento, cuesta trabajo entender la exclusión en la cláusula de cierre para los supuestos en que concurre fuerza mayor. La explicación puede residir en el hecho de que, a diferencia de lo que ocurre en los apartados precedentes, el legislador no puede determinar exactamente el objeto de los incumplimientos susceptibles de esta vía. Mientras que, con anterioridad, se hablaba de la indisoluble relación entre el comportamiento empresarial y las modificaciones sustanciales realizadas sin respetar el procedimiento establecido, o la responsabilidad del empresario en los supuestos de impago, aquí se prevé una excepción hasta ahora no prevista.

Véase además que incluye exclusivamente el concepto de fuerza mayor, dejando fuera el caso fortuito. Por tanto, se excluye los supuestos en que la situación sea consecuencia directa de un caso imprevisto e imprevisible.

Sin embargo, me parece hartó complicado defender que no cabe la imprevisibilidad en el pago del salario y sí para conceptos extrasalariales. Dicho esto, y teniendo en cuenta que la referencia es expresa, cualquier supuesto no susceptible de ser amparado por los dos primeros preceptos, podría ser desestimado si el empresario demuestra la circunstancia descrita. En cualquier caso, al igual que el legislador exige una evaluación restrictiva de los supuestos y características del art.50ET en su conjunto, de igual manera ocurrirá a la hora de justificar la conducta empresarial, debiendo quedar indiscutiblemente acreditada la fuerza mayor.

En definitiva, se trata de una excepción a la regla cuya justificación es compleja y que hace que, en la práctica, los trabajadores accionen en base a los dos primeros preceptos o, en su defecto, de forma conjunta por más de uno de ellos, siendo especialmente reiterativa la extinción a instancias de los apartados b) y c), a fin de que los tribunales no entren a valorar la culpabilidad empresarial.

El segundo de los motivos incluidos en el apartado c) es sin duda mucho más específico, puesto que responde a una conducta concreta, la cual no es otra que la negativa a la reincorporación en las mismas condiciones cuando una sentencia haya declarado injustificadas las modificaciones operadas con base a los artículos 40 y 41 ET.

De nuevo el art.50ET ofrece una posibilidad rescisoria al trabajador derivada del mal uso de las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo. Si en el apartado a) lo hacía respecto de aquellas que se realizaran sin respetar el procedimiento establecido, aquí el supuesto es diferente, pues refiere a aquellos casos en que, habiéndose respetado, el Tribunal las ha considerado injustificadas.

En este sentido resulta incomprensible, desde mi punto de vista, que tal conducta no se haya incluido en el apartado a), o si el legislador juzgaba que su

importancia merecía regulación específica, hubiera existido un nuevo epígrafe. Su inclusión en la cláusula de cierre supone un sinsentido por cuanto se unen en un mismo apartado una cláusula lo más abierta posible y un supuesto de tan concreto objeto. En cualquier caso dicha apreciación responde únicamente a un criterio de orden, por lo que no voy a incidir más en ello.

Respecto del supuesto, la gravedad de la conducta es doble: por una parte la decisión empresarial ha sido declarada injustificada y, por otra, el empresario ha hecho caso omiso de la decisión judicial. Respecto de ésta última, y aunque el Estatuto de los Trabajadores refiere únicamente a decisiones declaradas “*injustificadas*”, no parece haber dudas a la hora de integrar igualmente a las modificaciones declaradas nulas, con igual o mayor motivo que las anteriores.

Del mismo modo, en referencia al tipo de resolución judicial, entiendo que se refiere a sentencias que hayan alcanzado firmeza, bien porque el empresario se haya aquietado a la decisión judicial o no haya agotado los recursos disponibles en tiempo y forma, o porque habiéndolo hecho, estos sean definitivos.

No cabe apreciar la gravedad y la culpabilidad en este supuesto puesto que el incumplimiento de una sentencia entraña la suficiente importancia por sí solo, mientras que tal decisión puede llevarla a cabo únicamente el empresario. El hecho de que aparezca la exclusión por fuerza mayor en el mismo precepto es meramente anecdótico, pues éste refiere únicamente a los otros incumplimientos graves que se puedan dar en las relaciones de trabajo.

En definitiva, se trata de un apartado complejo, aunque necesario desde el punto de vista de que el art.50ET va destinado a penalizar las conductas que, por su naturaleza, atenten a los más esenciales aspectos de la relación laboral, y estos no pueden quedar reducidos a una lista cerrada que, por otra parte, dejaría poco espacio para la interpretación, además de ser un tanto peligrosa, por el riesgo de dejar fuera supuestos de innegable importancia. Baste como ejemplo el hecho de que la única cobertura de los derechos fundamentales es la contemplada en el

apartado a) al referirse a la dignidad profesional, si bien únicamente para supuestos de modificación sustancial.

11. Acerca de las características del proceso en el ámbito extintivo

El último capítulo de este trabajo tiene como fin el análisis de los aspectos procesales que caracterizan la extinción por voluntad del trabajador. El hecho de que la dimisión sea un derecho en que la intervención empresarial no tiene ninguna incidencia, unido a la falta de requisitos que excedan de la exigencia del preaviso, hace que la intervención judicial se centre en la extinción causal, siendo aislados los casos en que se interna en el terreno de la dimisión. En general, suele tratarse de supuestos en que ésta ha sido mal ejercitada y ha producido algún daño a la empresa o al empresario, o a aquellos en que pactos previos pudieran hacer derivar responsabilidades contractuales del trabajador.

En el ámbito de la extinción causal diversos son los puntos a tratar y no de escasa importancia, además del hecho de que la última norma procesal ha introducido notables cambios en dicha figura extintiva.

El primer aspecto a tratar fue el relativo a los plazos procesales y, más en concreto, la prescripción. Esta figura aparece como límite del ejercicio abusivo de un derecho, ya que lo contrario permitiría al sujeto activo postergar *sine die* la acción y crear en el sujeto pasivo una situación excepcionalmente incómoda.

Si bien en el pasado la prescripción fue asimilada a una renuncia de derechos, en la actualidad es indiscutible la afirmación de que los derechos son irrenunciables mientras no han prescrito.

Por lo que al caso de la extinción causal refiere, y en consonancia con lo que ha sido descrito en este trabajo, la nota característica es la falta de regulación. Por tanto, a primera vista debe acudir de nuevo a una cláusula de cierre. De este modo, *las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación.*

Si bien han sido consideradas otras posibilidades tales como la aplicación analógica de otros supuestos como el despido disciplinario. El plazo de caducidad de 20 días no sólo no parece aplicable por analogía, sino por práctica utilidad, dado que las conductas susceptibles de constituir una extinción causal requieren, en mi opinión, un período mayor para ser constatadas.

El mismo criterio se aplica para los supuestos de modificación sustancial ordinaria, lo que podría llevar a entender como lógica una extensión al art.50. No obstante, las modificaciones sustanciales son comunicadas por el empresario que, reconociendo la importancia de la variación contractual acometida, asume la posibilidad extintiva que posee el trabajador. Es por ello que, salvo que lo que pretenda impugnarse sea la validez del acto, esto es, si adolece o no de nulidad, la decisión y los efectos constitutivos de la misma dependen principalmente de la voluntad del trabajador, que será o no posteriormente refrendada por la decisión judicial. En el supuesto de la extinción causal, como bien es sabido, el caso es diferente por cuanto el derecho que asiste al trabajador es a “*solicitar*” la extinción, afirmación ésta que da la clave para entender que en caso alguno su exclusiva voluntad amparará la indemnización por despido improcedente que prevé el art.50ET.

Respecto del hecho de si el plazo de un año resulta adecuado o excesivo, como he comentado en el trabajo, considero que es, ciertamente más justo que aplicar por analogía los criterios expuestos, pero sobre todo, considero que si existe una cláusula de cierre y el legislador no ha juzgado oportuno establecer un plazo concreto, debe atenderse a la misma.

En segundo lugar, tras la determinación del plazo concreto, resultaba igualmente necesario saber en qué momento dicho plazo comenzaba a computarse. El problema de la falta de regulación vuelve a manifestarse en este sentido, y a ello hay que añadir la heterogeneidad de las conductas que contiene el precepto. No obstante, no puede optarse en este sentido por la casuística concreta ni por la tentación de “acudir al caso concreto” por la enorme inseguridad jurídica que ello

supondría. Por tal motivo, es necesario distinguir las conductas del inicio de la prescripción.

Parece claro, primeramente, que las modificaciones sustanciales comienzan su plazo de prescripción una vez son comunicadas o, en su defecto, al pasar los quince días siguientes, plazo establecido para que las modificaciones entren en vigor. En el supuesto de la falta de pago, sin embargo, no es tan sencillo puesto que los meros incumplimientos no habilitan la causa extintiva por lo que, como mínimo, y de acuerdo con la jurisprudencia, sería necesario esperar hasta más allá de las tres mensualidades para que pudiera empezar a correr el plazo de prescripción.

No obstante, la solución es en mi opinión más sencilla. El plazo de prescripción comenzará a contar desde el momento en que pueda considerarse que se ha cumplido el ilícito. Desde un punto de vista temporal puede que las fechas no coincidan en según qué incumplimientos, pero en esencia es exactamente la misma. Es cierto que dicha apreciación reviste un claro acercamiento al ordenamiento civil, puesto que el 1969CC indica que las acciones judiciales se realizarán desde *“el momento en que pudieran ejercitarse”*.

Diferente situación, no obstante, es la que atañe a la no reincorporación del trabajador en sus anteriores condiciones tras haber sido dictada sentencia firme, puesto que tiene regulación específica en el 279LRJS.

Otro de los aspectos que sin duda más controversia ha suscitado es el relativo a la necesidad de permanencia en la empresa mientras está pendiente el procedimiento judicial. Por regla general se ha venido manteniendo la necesidad de que el trabajador permaneciera en su puesto de trabajo hasta el momento en que el juez decidiera si admitía o no las tesis del trabajador y dictaba sentencia extintiva. No obstante, existen situaciones en que la convivencia dentro del seno de la empresa, la relación laboral en su conjunto, deviene insostenible y resulta imposible el cumplir con esta premisa. Es por ello que hasta la entrada en vigor de la LRJS existía una clara situación de debilidad por parte del trabajador, que

debía permanecer en su puesto de trabajo a riesgo de incurrir en una dimisión *ad nutum* que llevara incluso a que los tribunales no llegaran a valorar la extinción, dado que ésta había quedado ya extinta. Podía incluso perder su derecho al desempleo.

Así, si bien suele referirse a casos en que el perjuicio exceda de “*la mera incomodidad*”, lo cierto es que en realidad, los tribunales únicamente aceptaban casos realmente extremos, normalmente relacionados con la violación de derechos fundamentales, hecho que debía probar el trabajador. Como expongo en el capítulo dedicado al proceso extintivo, resulta complejo de entender como la mala praxis del art.40 y 41 dé como resultado una indemnización, aunque menor, así como la prestación por desempleo, y supuestos en que ha existido dicha modificación y lo que se discute es si el daño causado es mayor que el de la variación ordinaria, pueda existir el riesgo de perder todos los derechos.

La LRJS ha tratado de subsanar en parte este problema, a pesar de que el resultado obtenido es discutido y discutible. El 79.7LRJS ha permitido que operen en los supuestos de extinción causal las medidas cautelares que se contemplan en el 180.4 de la misma norma. El primero de ellos parece haber sido redactado para paliar los problemas que se suscitaban con el apartado a) del art.50 si bien de nuevo queda sin definir exactamente a qué se refiere con la dignidad profesional. Si se hace una interpretación literal de su redacción debe entenderse que refiere a los supuestos de atentado contra los derechos fundamentales y libertades públicas.

El problema por tanto, se plantea en otro tipo de supuestos. Del análisis de la jurisprudencia y doctrina subyace el hecho de que el problema de la falta de pago no ha sido convenientemente tratado en las sucesivas reformas. Desde mi punto de vista, la falta de pago no es un incumplimiento dirigido a atacar la dignidad del trabajador, o al menos, no por regla general.

Sin embargo, el daño que produce, de índole patrimonial, es innegable dado que, como reconocen multitud de pronunciamientos, el salario acostumbra a ser la

principal fuente de ingresos del trabajador. Sin embargo, el hecho de que el artículo 79.7 vaya dirigido expresamente a supuestos incluidos en el art.50ET y que se añada una última cláusula realmente abierta. El hecho de que el artículo se refiera a las *posibles consecuencias de tal gravedad que pudieran hacer inexigible la continuidad de la prestación* lleva a la conclusión de que el legislador pretendía integrar en realidad la totalidad de las conductas susceptibles de ser accionadas por la vía de este artículo, situación que podría haber clarificado más fehacientemente dado que, si ese era su propósito, bastaba únicamente con decir que los incumplimientos en materia de extinción causal serían susceptibles de acogerse a estas medidas, sin hacer mayores apreciaciones.

Tal posición viene reforzada por el hecho de que será el juez quién determine si se cumplen los requisitos para que sean concedidas estas medidas, por lo que la gravedad será en cualquier caso ponderada. En este sentido, muchas y muy variadas son las medidas contempladas en el artículo 180 y, sin embargo, la principal novedad no está, en mi opinión, en dicho artículo.

Me refiero, por supuesto, a la posible ejecución de la sentencia, referida exclusivamente al artículo 50ET en su artículo 303.3LRJS. Así, en caso de existir una sentencia que no haya alcanzado firmeza, y habiendo sido ésta recurrida por el empresario, podrá el trabajador elegir entre continuar trabajando o cesar en su puesto de trabajo quedando en situación de cese involuntario, esto es, dando lugar a la prestación por desempleo. En caso de ser revocada la sentencia, debe el empresario comunicar la fecha de reincorporación y, de no hacerlo, quedará el contrato extinguido.

Dadas todas estas nuevas premisas es lógico que algunas de las posiciones jurisprudenciales, hasta ahora inalterables, hayan sido cuestionadas. Teniendo en cuenta que el cese de la actividad puede darse ahora con anterioridad a la sentencia judicial se plantea si ese cese puede ser equivalente al fin de la relación laboral o, dicho de otra manera, si la sentencia, otrora indudablemente constitutiva, no es más que la constatación de una realidad anterior.

Aun siendo una opción plausible, desde el punto de vista de las nuevas opciones en materia cautelar que suponen un cambio en lo relativo al cese prematuro en la actividad así parecen apuntarlo. Sin embargo, opino que no debe olvidarse el tenor literal del artículo 50ET que permanece inalterado y que exige que la extinción se ha de solicitar, por lo que, teniendo esta apreciación en cuenta, ésta no existirá hasta que no se haya valorado judicialmente.

La judicialidad de la extinción causal está ahora en duda, pero entiendo que el legislador, sea cual sea finalmente el desarrollo doctrinal y jurisprudencial, pretende en cualquier caso que la decisión final pase siempre por los tribunales. Más aun cuando el aceptar el carácter constitutivo de la decisión del trabajador, puede llevar consigo el riesgo de que, al llegar a la hora de juzgar la extinción, ya no exista relación laboral alguna y por tanto, se esté ante una dimisión, por lo que aquello que se avanzó con la LRJS podría perderse con esta nueva concepción.

En otro orden de cosas, menos dificultad plantea el procedimiento a utilizar respecto de este instituto, puesto que la falta de regulación específica lleva a la idea de que el procedimiento ordinario es el adecuado. Sin embargo, en ocasiones a la extinción del contrato de trabajo acompañan otras vicisitudes como la apertura de un concurso de acreedores o la vulneración de derechos fundamentales, supuestos estos que llevan aparejados procedimientos específicos.

En este caso, y pese a que el 184LRJS mantiene lo dispuesto por el 182LPL, lo cierto es que, incluso para estos supuestos, deberá mantenerse el procedimiento ordinario, si bien habrán de incluirse las garantías del procedimiento especial en concreto.

Situación similar ocurre en el caso de la coincidencia de varias figuras extintivas en un mismo procedimiento, y especialmente en los casos de la extinción causal por voluntad del trabajador y el despido. El 32LRJS permite la acumulación de ambos procesos en una aplicación lógica de economía procesal. En ambas situaciones el trabajador deberá impugnar el despido ya que, de no hacerlo,

estaría aceptándolo y no procedería la estimación de la rescisión a instancias del trabajador. La diferencia radica básicamente en la obligación de permanencia en la empresa, que desaparece en el caso de que el despido sea el suceso primeramente ocurrido. Más aun, se planteaba la disyuntiva de que, si se ha producido un despido, dados sus efectos constitutivos, no cabe ya la posibilidad de estimar la extinción. No obstante, la jurisprudencia no lo ha entendido así y considera que sería dejar en una situación de indefensión al trabajador. Así, debe darse respuesta *en primer lugar a la acción que considere que está en la base de la situación de conflicto y resolviendo después la segunda.*

No obstante, el criterio cronológico que anteriormente refería al análisis de la acción recibida en primer lugar, se interpreta ahora de diferente manera. Se entiende ahora por tanto que la acción que debe ser analizada en primer lugar no es la que primero se interpuso, sino que la que en primer lugar sucediera.

Un criterio distinto debe seguirse cuando de lo que se habla es de la finalización de contratos temporales. En este caso, lo más probable es que en el momento en que el juez entre a valorar la extinción, la relación laboral haya expirado por haber llegado a término. No puede valorarse en este supuesto, en mi opinión, la posibilidad de una ulterior indemnización por la vía del art.50ET dado que la reiterada jurisprudencia aportada aboga por la pervivencia de los contratos hasta el momento en que el juez valore la rescisión. Más aun cuando dicha relación estaba destinada a su finalización en base a lo pactado con anterioridad. No obstante, opino que, si bien no opera la indemnización contemplada para el despido improcedente, sí cabe la reclamación de otras cantidades por daños y perjuicios si estos pudieran ser acreditados, dado que el daño causado existe, y debe ser resarcido. Esta visión tiene sentido desde el punto de vista de que las cantidades contempladas en el art.50ET tienen como objetivo el paliar la pérdida del puesto de trabajo, cuando no está prevista. Sin embargo, en los contratos temporales el fin de la relación laboral no ofrece dudas por lo que, si este se produce por la expiración del tiempo convenido, no supone un bien jurídico a proteger.

Concluyendo, en la realización de este trabajo se ha estudiado de un modo amplio la extinción del contrato por voluntad del trabajador y, más concretamente, dos manifestaciones de dicha figura, como son la dimisión y la extinción causal. Dejando claro que se trata de dos supuestos diferentes, ambos vienen condicionados por un mismo problema: la nula o escasa regulación.

Por este motivo, ha sido necesario el análisis de los preceptos que a ambas conductas refiere, hasta el punto de ser imprescindible analizar casi cada palabra y la intención que el legislador ha pretendido darle. Pero sobre todo, ambas figuras han sido principalmente desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia por lo que, de lo genérico a lo específico, desde los manuales de derecho del trabajo a las monografías y artículos especializados, cada opinión ha sido de lo más relevante. Pero principalmente, ha sido necesario realizar un profundo análisis jurisprudencial puesto que, en la mayoría de los casos, ha sido la doctrina judicial la que ha definido el desarrollo de las diferentes controversias que se han planteado.

En ambos supuestos he tratado de situar, en primer lugar, la naturaleza jurídica y planteamientos generales que planteaba cada conducta para, posteriormente, ir al ámbito específico.

En este sentido, la historia ha mostrado una evolución que parte desde la negación de la resolución ad *nutum* a su completa liberalización, mientras que en el caso de la extinción causal su problemática ha sido siempre menor, dada su estrecha relación con los incumplimientos civiles.

Del mismo modo, el aspecto formal ha sido valorado con gran importancia, por cuanto su afectación conlleva consecuencias muy relevantes, si bien estos efectos tienen mayor relevancia en el ámbito de la extinción causal que de la dimisión. Y ello porque, dentro de la comentada escasa regulación, la extinción motivada ha revestido en todo caso mayor complejidad, por cuanto no es un derecho libre ejercitable como lo pudiera ser la dimisión, sino que ha de ser solicitado ante el juez.

En definitiva, y aun teniendo en cuenta que la necesidad de ambos supuestos es indiscutible, ambos comparten la falta de voluntad del legislador por ser legisladas. Si bien del primer capítulo se desprende que la dimisión fue más tolerada que realmente permitida hasta su definitiva constitución como derecho del trabajador, en el caso de la extinción causal, tal vez por la intención de mejorar la flexibilidad interna o por la alta cuantía que supone para el empresario, lo cierto es que otras figuras como las modificaciones sustanciales ordinarias han ganado mucha fuerza, hecho demostrado por la eliminación reciente del requisito del atentado a la dignidad profesional del trabajador o la nueva redacción y ampliación del art.41ET.

Pero el hecho de que el legislador no sea muy proclive en su utilización, no enerva ni un ápice la relevancia de la extinción unilateral por voluntad del trabajador. Sea causal o *ad nutum*, la extinción por voluntad del trabajador supone la manifestación negativa del derecho al trabajo, que permite al empleado el desempeñar sus funciones donde lo desee y a no hacerlo donde no quiera, constituyéndose en una opción que manifiesta el intento de la legislación laboral, pese a lo anteriormente dicho, de paliar la debilidad del trabajador respecto del empresario. Y ello porque, a lo largo de los años, la figura rescisoria ha sido testigo directo en la evolución del ordenamiento jurídico laboral desde las concepciones más privatistas posibles a las actuales en que, como en el caso de la dimisión provocada, tratan de ponerse límites al poder empresarial.

Al cierre de este trabajo la visión de la institución enfrenta diversos retos de gran calado. La nueva concepción del plazo de preaviso, la utilización de las medidas cautelares, el ahora discutido carácter constitutivo de las sentencias judiciales, la incidencia de nuevas indemnizaciones complementarias a la prevista en la legislación o la afectación de la eliminación del atentado a la formación profesional del trabajador, son aspectos que han sido tratados aquí y que, por la novedad de sus nuevas concepciones, merecerán toda mi atención y deberán ser estudiados con detenimiento, pues, como he reiterado a lo largo del trabajo, la caracterización de la extinción por voluntad del trabajador es eminentemente

doctrinal, en paralelo con las construcciones conceptuales que, a medida que la casuística lo demanda, realizarán los tribunales.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABRIL CAMPOY, J.M.: *La rescisión del contrato por lesión*. Enfoque doctrina y jurisprudencial. Tirant Monografías. Valencia. 2003
2. ALARCÓN Y HORCAS, S. *Código del Trabajo*. Madrid. Manuales Reus. 1927
3. ALBIOL MONTESINOS, I. “*La resolución del contrato de trabajo por el trabajador. (En torno al artículo 78LCT)*”. (Escuela Social de Valencia). 1973
 - ALBIOL MONTESINOS, I. (coord.) y otros autores. *Todo extinción del contrato de trabajo*. Ed. CISS. Valencia.2010
 - ALBIOL MONTESINOS, I. (Director) y otros autores. *Extinción del contrato de trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011
 - ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A.: *Proceso de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales*. Ed. Tirant lo Blanch. Colección Laboral. Valencia. 1997.
4. ALBIOL ORTUÑO, M.; ALFONSO MELLADO, C.L.; BLASCO PELLICER, A.; GOERLICH PESET, J.M.: *Derecho Procesal Laboral*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013.
5. ALEGRE NUENO, M.: *La reforma del régimen jurídico de la jubilación anticipada*. En *Modificaciones en Materia de Jubilación. Reforma laboral y de Seguridad Social 2013*. VV.AA. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. Págs.160-167
6. ALEMÁN PÁEZ, F. y CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S.: *Del trabajo como hecho social al contrato de trabajo como realidad normativa: un apunte histórico-romanístico*. Ed. Dykinson. Madrid. 1997
7. ALMANSA PASTOR, J.M. (Dir.): *Estudios sobre la ordenación del salario*. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valencia. 1976.

- ALMANSA PASTOR, J.M.: *La obligación salarial*. Universidad, Departamento de Derecho del Trabajo. Valencia. 1976
 - ALMANSA PASTOR, J.M.: *El despido nulo*. Ed. Tecnos. Madrid. 1968.
 - ALMANSA PASTOR, J.M.: *Los principios generales del derecho en las fuentes normativas del derecho del trabajo*. En Cuadernos de Derecho del Trabajo. Universidad de Valencia. Facultad de Derecho. Nº3. Valencia. 1972.
8. ALONSO GARCÍA, M.: *Las materias no contenidas en el Estatuto de los trabajadores*. En *Jornadas de estudio de los Magistrados de Trabajo*. Instituto de Estudios Sociales. Madrid. 1980
 9. ALONSO OLEA, M. *Un problema cada vez más complejo: la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Universidad de Coimbra, 1989
 - ALONSO OLEA, M.: *La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador*. Revista de Política Social (RPS). Nº126. 1980
 - ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*. Ed. Cívitas. Madrid. 2002.
 - ALONSO OLEA, M. Y CASAS BAHAMONDE, M.E.: *Derecho del Trabajo*. Ed. Thomson Civitas, Vigésima Primera Edición. Madrid. 2003.
 - ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid. 2006.
 10. ALTAVILLA, R.: *Le dimissioni del lavoratore*. Giuffrè. Milano. 1987
 11. ALTERINI, A.A. Y LÓPEZ CABANA, M.: *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1989.
 12. ALTÉS TÁRREGA, J.A.: *La competencia del Juez del Concurso en Materia Laboral. Una revisión crítica a la luz de las últimas reformas laborales y concursales*. Ed. Tirant lo Blanch. Colección Laboral. Valencia. 2013

- ALTÉS TARREGA, J.A.; BLASCO PELLICER, A.; y NORES TORRES, L.E.: *El Despido objetivo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010.
- 13. ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo*. Ed. Civitas. Madrid. 1990
- 14. ÁLVAREZ GIMENO, R.: *La extinción causal por voluntad del trabajador*. Ed. Comares. Granada. 2012.
- 15. ÁLVAREZ MORENO, M.T.: *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*. Ed. EDERSA. Madrid. 2000.
- 16. ÁLVAREZ VIGARAY, R.: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. Tercera edición. Ed. Comares. Granada. 2003.
- 17. AMAUGER-LATTES, M.C. y ESTEBAN LEGARRETA (Directores) e YSÁS MOLINERO, H. (Coord.) VV.AA.: *La protección del empleo de los trabajadores de edad. Una perspectiva franco-española*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013.
- 18. APARICIO TOVAR, J.; LÓPEZ GANDÍA, J. (Coords.), VV.AA.: *Tiempo de trabajo*. Ed. Bomarzo. Albacete. 2007.
- 19. APARICIO TOVAR, J. y OLMO GASCÓN, A.M.: *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*. Ed. Bomarzo. Albacete. 2007.
- 20. ARAMENDI SÁNCHEZ, P y otros: “*Extinción del contrato de trabajo*”. Ed. Francis Lefebvre. Madrid. 2002.
 - ARAMENDI SÁNCHEZ, P.: *Los aspectos laborales de la Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*. Revista de Derecho Social. Nº30. 2005
- 21. ARANGO FERNÁNDEZ, J.: *La Protección por Desempleo en España*. Consejo Económico y Social. Madrid. 1999.
- 22. ARCOS VIEIRA, M^a.L.: *Responsabilidad Civil: Nexo Causal e Imputación Objetiva en la Jurisprudencia*. Ed: Thomson-Aranzadi. Navarra. 2005.

23. ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: *El abandono del trabajador: una forma de exteriorizar la facultad dimisoria*. Ed. Aranzadi. Thomson Reuters. Pamplona. 2012.
24. ASÚA GONZÁLEZ, C.I.: *La culpa in contrahendo. Tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*. Universidad del País Vasco, Servicio Editorial. Bilbao. 1989.
25. BADIOLA SÁNCHEZ, A.M.: *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*. Ed. Lex Nova. Valladolid. 2003.
26. BARCELÓN COBEDO, S.: *Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social (Con las reformas introducidas por el RDL 11/2013)*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013.
27. BARRERO, RODRÍGUEZ, C.: *Fuerza Mayor y Responsabilidad Administrativa Extracontractual*. Ed. Thomson Reuters. Pamplona. 2009.
28. BARRIOS BAUDOR, G.L. *Calificación y efectos del despido disciplinario*. En *El despido disciplinario. Homenaje al profesor José Antonio Sagardoy Bengoechea*. Ediciones Cinca. Madrid. 2009
29. BARROS BOURIE, E; GARCÍA RUBIO, M^a.P. Y MORALES MORENO, A.: *Derecho de daños*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid. 2009.
30. BAYLOS GRAU, A.: “*Unilateralidad empresarial e inaplicación del convenio*” en *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de Reforma Laboral*. Ed. Bomarzo. Albacete. 2011.
31. BAYÓN CHACÓN, G.: *La autonomía de la voluntad en el derecho del trabajo : limitaciones a la libertad contractual en el derecho histórico español*. Ed. Tecnos. Madrid. 1955.
 - BAYÓN CHACÓN, G. y ALONSO OLEA, M.: *Problemas de carácter general en la nueva Ley de Relaciones Laborales*. En *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*. Universidad de Madrid-Facultad de Derecho. Madrid. 1977.
 - BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*. V.I. 11^a edición. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1977-78

32. BEJARANO HERNÁNDEZ. A.: *Extinción indemnizada del contrato por causa de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch, “colección laboral”. Valencia. 2000
33. BENEYTO CALABUIG, D.; HERRERO GUILLEM, V.M.; PRADOS DE SOLÍS, J.M.: *2000 soluciones de Seguridad Social*. ED CISS. Madrid. 2014.
34. BLASCO PELLICER. A., “*La individualización de las relaciones laborales*”. Consejo Económico y Social. Madrid. 1995
- BLASCO PELLICER, A. Y GOERLICH PESET, J.M. (DIRS.), VV.AA.: *La reforma del proceso laboral. La nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social*. Tirant lo Blanch-Reformas. Valencia. 2012
 - BLASCO PELLICER, A.: *La extinción del contrato de trabajo en la Reforma Laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*. VV.AA. Ed. Tirant lo Blanch-Colección Laboral. Valencia. 2013
 - BLASCO PELLICER, A.: *La extinción del contrato de trabajo por voluntad de la mujer trabajadora*. En Actualidad. Nº18. Ed. La Ley. Madrid. 2010. Págs.2135-2153.
 - BLASCO PELLICER, A.: *Medidas laborales y de Seguridad Social en la protección integral contra la violencia de género*. En: Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana. Ed: Tirant lo Blanch. Nº 17. Valencia. Enero 2006.
 - BLASCO PELLICER, A.: *La reforma del sistema de protección por desempleo y de los salarios de tramitación*. Ed.Tirant lo Blanch. Valencia. 2003
 - BLASCO PELLICER, A.: *Las medidas cautelares en el proceso laboral*. Ed. Civitas. Estudios de Derecho Laboral.Valencia. 1996
 - BLASCO PELLICER, A.: *El expediente concursal de regulación de empleo*. En Anuario de Derecho Concursal. Ed. Civitas. Nº14. 2008.
35. BODAS MARTÍN, R.: *La jornada laboral*. Ed. Dykinson. Madrid. 2002.
36. BORRAJO DACRUZ, E.: *Introducción al Derecho del trabajo*. Vigésimo Segunda edición. Ed. Tecnos. Madrid. 2013

- BORRAJO DACRUZ, E.: *“Reinterpretación jurisprudencial del art.50 del Estatuto de los Trabajadores”*, en Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Madrid. 1990
- 37. CABEZA PEREIRO, J.: *Situaciones Legales de Desempleo por Extinción del Contrato de Trabajo*. Aranzadi Edictorial. Pamplona. 1996.
 - CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F.: *Derecho del trabajo y crisis económica*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2013
- 38. CABRERA BAZÁN, J.: *“Sobre la causa y el principio de equivalencia de las prestaciones del contrato de trabajo”*, en *Estudios del Derecho del Trabajo (en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón)*. Tecnos. Madrid. 1980
- 39. CABRERO MERCADO, R. Y CARAZO LIÉBANA, M.J.: *Análisis de la legislación autonómica sobre violencia de género*. Gobierno de España, Ministerio de Igualdad. Colección 5: Contra la violencia de género. Documentos. Madrid. 2010
- 40. CAMERLYK-LYON CAEN PELISSIER, *Droit du Travail*. París. 1984.
- 41. CAMÓS VICTORIA, I.: *La pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social*. En *Pensiones por Jubilación o Vejez*. VV.AA. Ed. Thomson-Aranzadi. Pamplona. 2004. Págs.146-156
- 42. CAMPS RUIZ, L.M.: *La modificación de las condiciones de trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch, colección laboral. Valencia. 1994.
- 43. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I.: *La renuncia a los derechos*. Ed. Bosch S.A. Barcelona. 1986.
- 44. CARBONELL VAYÁ, E.J., GIMENO NAVARRO, M.A., MEJÍAS GARCÍA, A.: *El acoso laboral antes llamado mobbing*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008
- 45. CARDENAL CARRO, M.: *Deporte y derecho. Las relaciones laborales del deporte profesional*. Universidad de Murcia. 1996
- 46. CARNELUTTI, F.: *Infortuni sul lavoro*. Studi. Roma. 1913.

47. CARRASCOSA BERMEJO, D.: *Análisis crítico de los derechos laborales y de Seguridad Social de las víctimas de violencia de género: una aproximación práctica*. RDS. Nº55. Albacete.2011. Págs.59-84 (61)
48. CARONI, P.: *Lecciones de historia de la codificación*. Universidad Carlos III. Madrid. 2013.
49. CARUSO, B; CINELLI, M.; FERRARO, G.: *Il rapporto di lavoro*. Giappichelli Editore. Torino. 2000.
50. CAVAS MARTÍNEZ, F. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Jurisprudencia Social Unificada*. Enero-Marzo 2013. Aranzadi Thomson Reuters. Pamplona. 2013.
51. CHIRINOS RIVERA, S.: *La Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Cuestiones prácticas y básicas en torno a la Ley*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010.
52. CLEMENTE MEORO, M.C.: “*La resolución de los contratos por incumplimiento*”. Ed. Tirant lo Blanch. Tirant Monografías. Valencia. 1992.
53. COLINA ROBLEDO, A.: *El salario*. Ed. CISS. Valencia. 1995.
54. COMPAGNUCCI DE CASO, R.H.: *El negocio jurídico*. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1992.
55. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L.: *Derecho de Daños*. Ed. Bosch. 3ª Edición. Barcelona. 2009
56. CORTE HEREDERO, N.: *La movilidad geográfica de los trabajadores*. Ed. Lex Nova. Valladolid. 1995.
57. CRUZ VILLALÓN, J. Y VALDÉS, F.: *Lecturas sobre la Reforma del Proceso Laboral*. Ministerio de Justicia. Madrid.1991.
- CRUZ VILLALÓN, J.: *El pacto en convenio colectivo de la indemnización por formación de los deportistas profesionales*. Relaciones Laborales, Tomo II. 1986.
 - CRUZ VILLALÓN, J. y VALDÉS DAL-RE, F.: *El Estatuto del Trabajo Autónomo*. Ed. La Ley. Madrid. 2008

58. CURIEL, L.: *Índice histórico de disposiciones sociales*. Escuela Social. Madrid. 1946.
59. DA COSTA NEWTON, P.C.; *Empleo y Sexismo: Medidas de Protección e Inserción Sociolaboral de las Mujeres Víctimas de Violencia de Género en el Seno de la Pareja*. Universitat de València. Valencia. 2009.
60. Deakin, S. y Morris, G.S.: *Labour Law*. Third edition. Ed. Butterworths. Londres. 2001
61. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil*. Ed. Civitas-Universidad de Deusto. Bilbao. 1993
62. DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Cívitas, Madrid, 1997,
63. DE COSSÍO Y CORRAL, A.: *El dolo en el Derecho Civil*. Ed. Comares. Granada. 2005.
64. DE COSSIO, A.; DE COSSIO, M.; Y LEÓN-CASTRO, J.: *Instituciones de derecho civil. Parte general, obligaciones y contratos*.
65. DE CUEVILLAS MATOZZI, I: *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*. Tirant Monografías. Valencia. 2000.
66. DE LA CASA QUESADA, S.: *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*. Editorial Comares. Granada. 2008.
67. DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*. Ed. Dykinson S.L. Madrid. 2003.
68. DE LA VILLA GIL, L.E.: *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*. Colección: crítica del Derecho. Ed Comares. Granada. 2003.
69. DE MIGUEL LORENZO, ANA M^a. : *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Estudios de Derecho Laboral. Madrid. 1993
70. DE VAL TENA, A.L.: *La prohibición de concurrencia entre empresario y trabajador*. Ed Tecnos. Madrid. 1996.
71. DEL POZO PÉREZ, M.; IBÁÑEZ MARTÍNEZ, M^a.L. Y LEÓN ALONSO, M.: *Estudios interdisciplinarios sobre igualdad y violencia de género*. Ed. Comares. Albolote (Granada). 2008

72. DEL REY GUANTER, S. y otros: *“Estatuto de los Trabajadores comentado y con Jurisprudencia”*. Ed. LA La Ley. Madrid. 2005.
- DEL REY GUANTER, S., GALA DURÁN, C.: *La jubilación gradual y flexible. Aspectos legales y análisis de la reciente negociación colectiva*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004.
73. DESDENTADO BONETE, A. Y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Despido y Jurisprudencia: la extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*. Ed. Lex Nova. Valladolid. 2002.
74. DÍAZ MARTÍN, S. y REDONDO TORAÑO, M.: *Todo Seguridad Social*. CISS. Valencia. 2011.
75. DÍEZ-PICAZO, L Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil V2*.Ed: Tecnos..Madrid.2012
- DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. II. Ed: CIVITAS. Madrid 2007-2010 (2010).
 - DÍEZ PICAZO, L.: *Comentario al artículo 1256CC*, en *“Comentario del CC.*, t.II, Ministerio de Justicia, 1991, pag.433.
76. DUEÑAS HERRERO, L.J.: *La acción protectora del régimen general de la Seguridad Social*. Ed. Lex Nova. Valladolid. 2013.
77. DURÁN LÓPEZ, F., *“Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido”*, en Relaciones Laborales. Nº11. 1990
78. ESCUDERO, J.A.: *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-administrativas*. Madrid (Gráficas Solana). 2004.
79. ESQUIBEL MUÑIZ, U.: *Las denominadas “Cláusulas de rescisión” del contrato de los deportistas profesionales*. Ed Dykinson SL. Madrid. 2005
80. ESTEVE SEGARRA, A.: *Los Salarios de Tramitación*. Ed. Aranzadi-Thomson Reuters. Pamplona. 2009.
81. EZQUERRA ESCUDERO, L.: *Tiempo de trabajo en España: aproximación histórica. Desde la emergencia del Derecho Social hasta el Estatuto de los Trabajadores de 1980*. Atelier. Barcelona. 2006.

82. FABREGAT MONFORT, G.: *El régimen jurídico de la movilidad funcional: puntos críticos*. Consejo Económico y Social de la Comunidad Valenciana. Valencia. 2003.
- FABREGAT MONFORT, G.: *La movilidad funcional por razones objetivas*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2002.
83. FERGOLA, P.: *La teoría del recesso e il rapporto di lavoro*. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. 1985
84. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *Configuración jurídica del Salario*. Ed. Comares. Navarra. 2001.
85. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. (Director): *Estudios sobre las últimas reformas laborales. Efectos de la crisis en el Derecho del Trabajo*. EOLAS ediciones. León. 2011.
86. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: *El despido disciplinario en la empresa*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Madrid. 1991.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *La dimensión laboral de la violencia de género : (comentario a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre) / María Fernanda Fernández López*. Ed. Bomarzo, Albacete. 2005.
 - FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *Indemnizaciones tasadas por daños con ocasión de la extinción del contrato de trabajo*. En Revista de Derecho Social. N°29. Ed. Bomarzo. Albacete. 2005.
87. FERNÁNDEZ MARCOS, L.: *Derecho Individual del Trabajo*. Sexta edición. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid. 2003
88. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: *La acción extintiva en el contrato de trabajo: un estudio sobre los plazos de su ejercicio en el derecho español*. Thomson-Aranzadi. Navarra. 2007.
89. FERNÁNDEZ RUIZ, J.L.: *Ley de Relaciones Laborales. Análisis y Comentario*. Ediciones Deusto. Bilbao. 1976.
90. FERRER FERRER, R.: *Examen de las distintas modalidades de contratación temporal a partir de la publicación de la Ley 32/1984 de 2 de agosto*. Tesina. Escuela Social de Valencia. 1987
91. FUENTESECA, C.: *El dolo recíproco*. Ed. Dykinson. Madrid. 2002.

92. GACTO FERNÁNDEZ, E.; ALEJANDRE GARCÍA, J.A. Y GARCÍA MARÍN, J.M.: *Manual Básico de Historia del Derecho (Temas y analogía de los textos)*. Madrid. 2006.
93. GALA VALLEJO, C.: *La jubilación: su protección en el sistema español de Seguridad Social*. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Madrid. 2010.
94. GALGANO, F.: *El negocio jurídico*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1992.
95. GALLART FOLCH, A. en *Derecho Español del Trabajo*. Ed. Labor. Barcelona. 1936
96. GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, T.: “*Medidas de protección de la mujer ante la violencia de género: claves para la igualdad*”. Ed: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad. Madrid. 2008.
97. GARCÍA BLASCO, J. y PEDROSA ALQUÉZAR, S.I.: *El accidente in itinere. Un enfoque esencialmente preventivo*. Ed. Comares. Granada. 2009.
- GARCÍA BLASCO, J. en NICOLÁS BERNAD, J.A.: *La duración del contrato de trabajo en el empleo público*. Ed. Comares. Granada. 2002. Prólogo.
 - GARCÍA BLASCO, J. (Coord.): *La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral. V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales. . Madrid. 1996.
98. GARCÍA CALLEJO, J.M.: *Protección jurídica contra el acoso moral en el trabajo o la tutela de la dignidad del trabajador*. Federación de Servicios Públicos de UGT. Madrid. 2003.
99. GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: *Configuración de la jubilación como contingencia protegida en la Seguridad Social*. Palma de Mallorca. 1986
- GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: *La terminación del contrato por voluntad del trabajador*, Universidad de Palma de Mallorca, 1983.

100. GARCÍA JIMÉNEZ, M, y MOLINA NAVARRETE, C.: *El estatuto profesional del trabajo autónomo: diferenciando lo verdadero de lo falso*. Ed. Tecnos. Madrid. 2008.
101. GARCÍA MURCIA, J.: *Acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Cuadernos Cívitas. 1ª Edición. Madrid. 1991.
- GARCÍA MURCIA, J. y MARTÍNEZ MORENO, C.: *Los derechos de información en el contrato de trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2001.
 - GARCÍA MURCIA, J.: *Traslados y desplazamientos en la empresa : El artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1996.
102. GARCÍA NINET, J. Y VICENTE PALACIO, A. y otros autores: *Derecho del Trabajo*. Ed. Thomson-Aranzadi. Navarra. 2005
103. GARCÍA ORTEGA, J.: *Jurisprudencia e Instituciones Jurídico-Laborales (estudios en homenaje al profesor Ramírez Martínez con motivo de su jubilación)*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009
104. GARCÍA ORTIZ, L. y LÓPEZ ANGUITA, B.: *La violencia de género: la Ley de Protección Integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2006.
105. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *Manual de Derecho del Trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. 3ª Edición. Valencia. 2013
106. GARCÍA RUBIO, M^a.A.: *El recibo de finiquito y sus garantías legales*. 2ª Edición. Tirant lo Blanch. Colección laboral. Valencia. 1999.
107. GARCÍA VALVERDE, M.D.: *La movilidad geográfica. Un análisis teórico jurisprudencial*. Ed. Comares. Granada. 2002.
108. GETE CASTRILLO, P.: *La edad del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2001.
109. GIANFELICI, M.C.: *Caso fortuito y caso de fuerza mayor en el sistema de responsabilidad civil*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1995

110. GIL Y GIL, J.L.: *La prescripción de las faltas laborales*. Informes y estudios. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1993
111. GOERLICH PESET, J.M.: *La extinción por libre desistimiento del trabajador: dimisión y abandono*. En: *Extinción del contrato de trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011
- GOERLICH PESET, J.M.: *La extinción del contrato de trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1994.
112. GÓMEZ CALLE, E.: *Los deberes precontractuales de información*. Ed. La Ley. Madrid. 1994.
113. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *La culpabilidad penal de la empresa*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2005.
114. GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C.: *La forma voluntaria del contrato*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1999.
115. GÓMEZ VILLORA, J. M^a; YAGÜE RIBES, A.I.; MARTÍNEZ GARCÍA, E: *Protocolos sobre violencia de género*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008.
116. GONZÁLEZ DE PATTO, R.M^a.: *La dimisión provocada*. Ed. Comares. Granada. 2009.
117. GONZÁLEZ DEL RÍO, J.M.: *El deportista profesional ante la extinción del contrato de trabajo deportivo*. Ed. La Ley. Madrid. 2008
118. GUANCHE MARRERO, A.: *El derecho del trabajador a la ocupación efectiva*. Estudios de Derecho Laboral. Ed. Civitas. Madrid. 1993
119. GUERRERO VIZUETE, E.: *El trabajador autónomo dependiente económicamente. Un estudio jurídico laboral*. Ed. Lex Nova, Thomson-Reuters. Valladolid. 2012.
120. GUZMAN DALBORA, J.L.: *Rudolph von Jhering y la concepción objetiva de la naturaleza de lo antijurídico*. En RUDOLPH VON JHERING: *El elemento de la culpabilidad en el Derecho privado romano*. Ed. IBdeF. Buenos Aires. 2013

121. HEPPLÉ, B.: *La formación del Derecho del Trabajo en Europa. Análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945*. Informes y Estudios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1994
122. HERRAIZ MARTÍN, M.S.: *Los complementos por mayor trabajo realizado. Primas e incentivos*. Consejo Económico y Social. Madrid. 1997
123. HINOJOSA FERRER, J.: *El Contrato de Trabajo. Comentarios a la Ley de 21 de noviembre de 1931*. Primera Edición. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1932.
124. JORDANO FRAGA, F.: *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código Civil*. Ed. Cívitas. 1992. Madrid.
125. KLEIN, M. *El desistimiento unilateral del contrato*, ED: CIVITAS. Madrid. 1997.
126. LLOMPART BENNÀSSAR, M.: *El salario: concepto, estructura y cuantía*. Ed. La Ley. Madrid. 2007.
127. LOBATO DE BLAS, J.M.^a: *La cláusula penal en el derecho español*. Ediciones de la Universidad de Navarra. Pamplona. 1974
128. LOPERA CASTILLEJO, M^a.J.: *Incidencia de la dimensión de la empresa en el régimen de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*. En *La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral. V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales. Coord. GARCÍA BLASCO, J. Madrid. 1996.
129. LÓPEZ AGUILAR, J.F.: *Derechos fundamentales y libertad negocial*. Ministerio de Justicia. Ministerio de Justicia. Madrid. 1990.
130. LÓPEZ BALAGUER, M.: *Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo*. En *La Reforma Laboral de 2012: Nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*. VV.AA. Ed. La Ley. Madrid. 2012

- 131.LÓPEZ SAN LUIS, R.: *La capacidad contractual del menor*. Ed. Dykinson. Madrid. 2001.
- 132.LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*. Universidad de Alicante. 1984
- 133.LLOBET y AGUADO, J.: *El deber de información en la formación de los contratos*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1996.
- 134.LOUSADA AROCHENA, J.F.: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. En RDS. N°48. Albacete. Octubre-Diciembre. 2009. Págs.109-128
- 135.LUQUE PARRA, M.: *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*. Ed. Bosch. Barcelona. 1999
- 136.MALDONADO MOLINA, J.A.: *La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2002.
- 137.MANRESA y NAVARRO, J.M. en: *Comentarios al Código Civil español*. Ed. Reus. Madrid. 1987
- 138.MARTÍN HERRERO, P: *Jurisprudencia del Estatuto de los Trabajadores*. II Edición. Textos legales: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1991.
- 139.MARTÍN SAINT-LEON, G.: *Le compagnonnage*. París. 1901.
- 140.MARTÍN VALVERDE, A.: *La ley de protección integral contra la violencia de género, análisis jurídico e ideológico*. En *Las transformaciones del derecho de trabajo en el marco de la Constitución Española*. Ed. La Ley. Madrid. 2006.
- MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.; GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*. Editorial Tecnos. 2011.
 - MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*. Madrid. 1976.
- 141.MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *Pago y transmisión de propiedad. El artículo 1160 del Código Civil*. Ed. Civitas. Madrid. 1990

- 142.MATEU CARRUANA, M.J.: *Medidas laborales de protección social y de fomento del empleo para las víctimas de violencia de género*. Ed: Dykinson. Madrid. 2007
- 143.MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de seguridad social aplicada)*. Ed. Mc Graw Hill. Madrid. 1999.
- 144.MEDINA CASTILLO, J.E.: *Crisis de la sociedad salarial y reparto del trabajo*. Ed. Comares. Granada. 1999.
- 145.MELENDO PARDOS, M.: *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*. Ed. Comares. Granada. 2002.
- 146.MELLA MÉNDEZ, L.: *La responsabilidad civil por daños en el contrato de trabajo*. En *La Responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales. XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Colección Estudios Laborales. Madrid. 2013. Págs.161-254
- MELLA MÉNDEZ, L.: *La extinción del contrato de la trabajadora por violencia de género*, en *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*. VV.AA. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. Págs.369-388
- MELLA MÉNDEZ, L.: *La extinción de la relación laboral por jubilación del trabajador*. Ed. Lex Nova. Valladolid. 2002.
- 147.MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. Y VELASCO PORTERO, T.: *La incidencia de la violencia de género en el contrato de trabajo*. Ediciones INCA. Colección Monografías Laborales. Madrid. 2006.
- 148.MERCADER UGUINA, J.R.: *Salario y Crisis Económica*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011.
- MERCADER UGUINA, J.R. (Dir.) VV.AA.: *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*. Ed. Lex Nova. Valladolid. 2009.

- 149.MOLERO MANGLANO, C. (D), VV.A.: *Prescripción y caducidad de acciones en el proceso laboral*. Ed. Mc Graw Hill. Madrid.1999.
- 150.MOLINA GARCÍA, M.: *El derecho de información del trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo*. RDS. Nº7. Ed. Bomarzo. Albacete. Julio-Septiembre. 1999. Págs.31-44.
- 151.MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009.
- MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.): VV.AA.: *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*. VV.AA. Ed. Comares. Granada.1998.
- 152.MONTAÑANA CASANÍ, A.: *La rescisión por lesión (Origen, evolución histórica y recepción en Derecho moderno)*. Tirant Monografías. Valencia. 1999
- 153.MONTERO AROCA, J; MARÍN CORREA, J.M.: *La ejecución provisional de sentencias en el proceso laboral*. Ed. Tirant lo Blanch. Abogacía práctica. Valencia.1999.
- MONTERO AROCA, J.; IGLESIAS CABERO, M.; MARÍN CORREA, J.M^a. Y SAMPEDRO CORRAL, M.: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*. Tomo I. Arts. 1 a 182. Ed. Civitas. Madrid. 1993.
- 154.MONTOYA MEDINA, D: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*. Tirant Monografías. Valencia. 2004.
- 155.MONTOYA MELGAR, A.: *La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador*. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla. 1967
- MONTOYA MELGAR, A.; MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F. *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Colección Encuentros. Madrid. 1990
 - MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*. Tecnos. Madrid.2011
 - MONTOYA MELGAR, A.: GALIANA MORENO, J.M^a.; SEMPERE NAVARRO, A.; RÍOS SALMERON, B.: *Comentarios al Estatuto de*

- los Trabajadores*. Ed. Thomson-Reuters (Aranzadi). 8ª edición. Pamplona. . 2010
- MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-2009)*. Ed. Civitas. II Edición. Pamplona. 2009
- 156.MORALES MORENO, A.M.: *Incumplimiento del lucro cesante*. Ed Civitas-Thomson Reuters. Pamplona. 2010.
- 157.MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M.: *El despido del trabajador por motivo de sus ausencias al trabajo*. Ed. Atelier. Barcelona. 2013.
- 158.NAVARRO MENDIZABAL, I.A. Y VEIGA COPO, A.B.: *Derecho de daños*. Civitas-Thomson Reuters. Pamplona. 2013
- 159.NÚÑEZ, R.C.: *Bosquejo de la culpabilidad*. En *La concepción normativa de la culpabilidad*. GOLDSCHMIDT, J. Ed. IBdeF. 2ª edición. Buenos Aires. 2002. Págs.61-78 (63).
- 160.NÚÑEZ BOLUDA, M.D.: *El mutuo disenso*. Mc Graw Hill. Ciencias Jurídicas. Madrid. 1996
- 161.OJEDA AVILÉS, A: *La renuncia de derechos del trabajador*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1971.
- OJEDA AVILÉS, A.: *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Ed. La Ley. Madrid. 2010.
- 162.OLMO GASCÓN, A.M.: *Los derechos laborales del trabajo en contratas*. Ed. Comares. Colección Trabajo y Seguridad Social. Granada. 2002.
- 163.ORELLANA CANO, A.M.: *Aspectos laborales del concurso. El expediente de regulación de empleo en la administración concursal*. En *En torno a la Reforma Concursal. Congreso Concursal y Mercantil Salamanca 2012*. Ed. Civitas-Thomson Reuters. Pamplona. 2012.
- 164.ORELLANA CANO, N.A.: *El concurso laboral*. Ed. La Ley. Nº15. Madrid. 2012.

165. ORTEGA LIMÓN, J.M.: *Comentarios a la reforma parcial del Estatuto de los Trabajadores. Ley 11/1994 de 19 de mayo*. Asociación de Industrias Químicas y Básicas de Huelva. 1994
166. ORTELLS RAMOS, M.: *El embargo preventivo*. Librería Bosch. Barcelona. 1984.
167. ORTIZ LALLANA, M.C.: *La movilidad geográfica en la empresa. El marco jurídico según Ley 11/1994, de 19 de mayo*. Madrid. 1994.
168. OSTI, G.: *La risolvibilità dei contratti per inadempimento*, I, Imola 1922.
169. PALOMAR OLMEDA, A.: *Función Pública. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia*. Ed. Thomson-Aranzadi. Segunda Edición. Pamplona. 2006
170. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Derecho del Trabajo e Ideología*. Quinta Edición. Ed. Tecnos. Madrid. 1995.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *La nulidad parcial del contrato de trabajo*. Ed. Tecnos. Madrid. 1975.
171. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del trabajo*. 18ª edición. Ed. Universitaria Ramón Aceres. Madrid. 2011
172. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Derecho del Trabajo e ideología*. Quinta edición revisada. Ed. Tecnos. Madrid. 1995
173. PAREDES RODRÍGUEZ, J.M.: *La jubilación parcial en el sistema español de Seguridad Social*. Consejo Económico y Social. Madrid. 2008.
174. PEDRAJAS MORENO, A.; SALA FRANCO, T.; y MOLERO MANGLANO, C.: *La Flexibilidad interna en la empresa. Reformas operadas y reformas pendientes*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2012.
175. PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Ausencias al trabajo y absentismo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009.
176. PEDRAJAS MORENO, A.: *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*. Ed. Trotta, Madrid, 1992.

177. PENDAS DÍAZ, B. *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Madrid: ed. ACARL. Segunda edición. 1992.
178. PÉREZ AMORÓS, F. y otros autores: *La extinción del contrato de trabajo*. Ed. Bomarzo. Albacete. 2006
179. PÉREZ AMORÓS, F.: en *Derecho del Trabajo*. VV.AA. Ed Huygens. Colección LEX Académica. Barcelona. 2011
180. PÉREZ BOTIJA, E.: *El contrato de trabajo*. Segunda Edición. Madrid. 1954
181. PÉREZ BOTIJA, E.: *Derecho del Trabajo*. 6ª edición. Madrid. 1960.
- PÉREZ BOTIJA, E.: *Naturaleza jurídica del Derecho del trabajo*. Madrid. 1943.
182. PÉREZ CAPITÁN, L.: *El Despido Colectivo y las Medidas de Suspensión y Reducción Temporal de Jornada*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 2013.
183. PÉREZ DEL RÍO, T.: *La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista*. Ed. Bomarzo. Albacete. 2009
184. PÉREZ-ESPINOSA-SÁNCHEZ, F. *El preaviso en la extinción del contrato de trabajo*. Ed. Montecorvo. Madrid. 1980
185. PÉREZ, M.: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Tomo XV. Vol. I. Ed. Edersa. Madrid. 1989
186. PÉREZ REY, J.: *El despido disciplinario*. Ed. Bomarzo. Albacete. 2013.
187. PESET, M.; GARCÍA TROBAT, P; CORREA, J.; PALAO, J; MARZAL, P Y BLASCO, Y.: *Historia de las Constituciones y los Códigos*. Valencia. 1997.
188. PESET, M.; MORA, A.; CORREA, J.; GARCÍA TROBAT, P; PALAO, J; MARZAL, P Y BLASCO, Y: *Lecciones de Historia del Derecho*. Valencia. 2000
189. PIETROBON, V.: *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1971.
190. POQUET CATALÁ, R.: *Protección por desempleo. El sistema tras las últimas reformas*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008

- 191.PURCALLA BONILLA, M.A.; JORDÀ FERNÁNDEZ, A.: *Las relaciones laborales en España hasta la Constitución de 1978*. Ed. Dykinson. Madrid. 2007.
- 192.QUESADA SÁNCHEZ, A.J. en *La autonomía de la voluntad y el contrato*, en *Conceptos básicos de derecho civil*. 3ª edición. Valencia. 2009
- 193.QUINTANA SÁNCHEZ, Ó. y TARANCÓN PÉREZ, E.: *El salario y la nómina*. Ed. Altabán, Edición Enero 2011. Albacete. 2011
- 194.RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.: *Curso básico de Derecho del Trabajo*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011
- 195.RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: *Modificación de condiciones de trabajo, movilidad geográfica y funcional*. En “*La reforma del mercado de trabajo*” (VV.AA.). Actualidad Editorial. Madrid. 1993.
- 196.RASCÓN GARCÍA, C.: *Rescisión de los contratos por lesión (la justicia de los precios)*. Lección inaugural del Curso Académico 2001-2002. Universidad de León. 2001
- 197.RÍOS MESTRE, J.M.: *Despido Colectivo y Concurso de Acreedores*. Ed. Civitas-Thomson Reuters. Pamplona. 2012
- 198.RIVAS VALLEJO, Mª.P.: *La protección social frente a la violencia de género*. En *Políticas de Género*. VV.AA. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2008.
- 199.RIVAS VALLEJO, P.: *La pensión de jubilación ordinaria en el Régimen General de la Seguridad Social*. En *Pensiones por Jubilación o Vejez*. VV.AA. Ed. Aranzadi. Pamplona. 2004.
- 200.RIVERO LAMAS, J.: *La novación del contrato de trabajo*. Barcelona. 1964.
- 201.ROCA SASTRE, R.M.: *Dº Hipotecario*. Bosch. Barcelona. 2008
- 202.RODRÍGUEZ MARÍN, C.: *El desistimiento unilateral: (como causa de extinción del contrato)*. Ed. Montecorvo. Madrid 2001.

203. RODRÍGUEZ DEVESA, C. y RODRÍGUEZ HERGUETA, J.C.: *La extinción del contrato de trabajo y su jurisprudencia*. Aranzadi. Pamplona. 1984.
204. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L.: *El incidente de no readmisión*. Ministerio de Justicia. Madrid. 1989.
205. RODRÍGUEZ PASTOR, G.: *Movilidad funcional y negociación colectiva*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000.
- RODRÍGUEZ PASTOR, G.: *La modificación del horario del trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. "Colección laboral" nº59. Valencia. 1997
206. RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. *La voluntad del trabajador en la extinción del Contrato de Trabajo*. Ed. La Ley-Actualidad. Madrid. 1998
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M.: *Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo*. Relaciones Laborales. Nº13. 2008.
207. RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., GORELLI HERNÁNDEZ, J.G. Y VÍLCHEZ PORRAS, M.: *Sistema de Seguridad Social*. Octava Edición. Ed. Tecnos. Madrid. 2006
208. RODRÍGUEZ SANTOS, E. *La extinción de la relación laboral por dimisión del trabajador*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. 2007.
209. ROJAS RIVERO. G.: *El derecho del trabajador al ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato de trabajo*. Ed: Civitas. Col: estudios de derecho laboral. Madrid. 1999.
- ROJAS RIVERO, G.P. *Movilidad y modificación de las condiciones de trabajo en la reforma de la legislación laboral*. En *La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral*. V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales. Coord. GARCÍA BLASCO, J. Madrid. 1996.
 - ROJAS RIVERO, G.: *Traslado y desplazamiento de trabajadores*. MTSS. Madrid. 1993.

- 210.ROMAGNOLI, U: *El Derecho, el Trabajo y la Historia*. Colección Estudios. Consejo Económico y Social. Madrid. 1997
- 211.ROMERO BURILLO, A. y MORENO GENÉ, J.(Coords.), VV.AA.: *La gestión del absentismo laboral. Impacto económico, aspectos sociales y psicológicos y régimen jurídico-laboral*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013.
212. RON LATAS, R.P.: *La protección social de las víctimas de violencia de género*. En *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*. Ed. La Ley. Madrid. 2012.
- 213.RONDA ESCRIVA, F.: *La Reforma de la Ley del E.T. Análisis de la Ley 32/1984 (BOE, 4/8)*. Tesina. Escuela Social de Valencia. 1985.
- 214.ROQUETA BUJ, R.: *La flexibilidad interna tras la Reforma Laboral*. Ed. Tirant lo Blanch. “Colección laboral” 214. Valencia. 2012
- ROQUETA BUJ, R.: *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Los planes/fondos de pensiones y los contratos de seguro*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010.
 - ROQUETA BUJ, R.: *El trabajo de los deportistas profesionales*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1996
- 215.RUBIO DE MEDINA, M.D.: *El despido disciplinario*. Ed. Bosch. Barcelona. 2000.
- 216.RUSSOMANO, M.V.: *El preaviso en el derecho del trabajo*. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1965
- 217.SAGARDOY, J.A.: *La terminación del contrato de trabajo*. Publicación del Instituto de Estudios Económicos. Madrid. 1980
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. Y GUERRERO OSTOLAZA, J.M.: *El contrato de trabajo del deportista profesional*. Ed. Civitas. Madrid.1991.
- 218.SALA FRANCO, T. y PEDRAJAS QUILES, A.: *La modificación e inaplicación de las condiciones de trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013.

- SALA FRANCO. T. (Director) VV.AA. *Relaciones Laborales. Doctrina, Jurisprudencia, Formularios y Esquemas*. 3ª edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011
 - SALA FRANCO, T. y otros: *Guía práctica de la extinción del contrato de trabajo*. Dir.: SALA FRANCO, T.; Coord.: ROSAT ACED, C.: Ed: Tirant lo Blanch. Valencia. 1998.
 - SALA FRANCO, T. y LÓPEZ TARRUELLA, F.: *La modificación de la prestación de trabajo*. Ed. Deusto. Madrid. 1991.
- 219.SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M.: *La extinción del contrato de trabajo*. En *Manual de Derecho del Trabajo*. MOLERO MANGLANO, C. (Dir.) VV.AA.. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2012. Págs.677-711
- 220.SÁNCHEZ CID, I.: *Lecciones de derecho civil. Parte General, Obligaciones y Contratos*. 2ª edición. Ed. Ratio Legis. Salamanca. 2013
- 221.SÁNCHEZ MORALES DE CASTILLA, J.: *La indemnización en el Estatuto de los Trabajadores, en los supuestos de extinción del contrato por voluntad del trabajador*, Madrid, 1982.
- 222.SANTIAGO REDONDO, K.M.: *La extinción consensual de la relación laboral. Un estudio sobre la delimitación de los tipos, su causalidad y calificación*. Ed. Editorial lex nova. Valladolid. 2000.
- 223.SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *La reforma de los artículos 40 y 41ET*. En *Comentario a la reforma laboral de 2010. Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo*. Ed. Civitas-Thomson Reuters. Madrid. 2011
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*. Aranzadi. Pamplona. 1999.
- 224.SECO SERRANO, C.: *Alfonso XIII y la crisis de la Restauración*. Ed. Ariel. Barcelona. 1969
- 225.SELMA PENALVA, A: *Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*. Tirant lo Blanch. Valencia.2007

226. SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *La indemnización por Daños y Perjuicios en el Contrato de Trabajo*. Thomson Aranzadi. Segunda edición. Navarra. 2011
227. SEMPERE NAVARRO, A.V.: *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales*. En *comentario a la Ley Orgánica de protección integral contra la violencia de género: aspectos jurídicos penales, procesales y laborales*. Ed. Thomson-Aranzadi. Pamplona. 2005. Págs. 87-167
228. SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Aranzadi. Navarra. 2001.
229. SEMPERE NAVARRO, A.V.: *La Doctrina Laboral del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (1989-2000)*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 2001
230. SENENT VIDAL, M.J.: *Artículo 73. Acciones de responsabilidad social de las empresas en materia de igualdad*. En *Comentarios a la Ley de Igualdad*. GARCÍA NINET, J.I., GARRIGUES GIMÉNEZ, A. VV.AA. CISS. Valencia. 2007.
231. SENRA BIEDMA, R. (Coord.): *El derecho del trabajo y de la Seguridad Social tras la reforma de 1994 y los textos refundidos de 1995. Derecho individual del trabajo. Derecho colectivo del trabajo. Protección social. Normativa de la Comunidad Económica Europea*. Ed. Bosch. Barcelona. 1995.
232. SERRANO OLIVARES, R: *El acoso moral en el trabajo*. Consejo Económico y Social. Colección Estudios. Madrid. 2005.
233. SIRVENT HERNÁNDEZ, NANCY: *El pacto de permanencia en la empresa*. Universitat de València. València. 2002.
234. SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: *La protección laboral de la violencia de género: déficits y ventajas*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013

- 235.SORIANO CORTÉS, D: *Las contrataciones en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Monografías de Temas Laborales. Sevilla. 2007.
- 236.SOSA MANCHA, M.T.: *La emergencia del contrato de trabajo. (La codificación y los proyectos de Ley de Contrato de Trabajo: 1821-1924)*. Ed. Civitas. Madrid. 2002.
- 237., SOTO NIETO, F.: *El caso fortuito y la fuerza mayor : los riesgos en la contratación*. Ed. Nauta. Barcelona. 1965.
- 238.SUÁREZ GONZÁLEZ, F. (coord.) y otros autores. La extinción del contrato de trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Ponencia II del I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Málaga. 1980.
- 239.TAMAYO HAYA, S.: *El contrato de transacción*. Ed. Thomson-Civitas. Primera edición. Madrid. 2003
- 240.TARANCÓN PÉREZ, E. y ROMERO RODENAS, M.J.: *Manual de prestaciones básicas de Régimen General de la Seguridad Social. Adaptado a las reformas del Régimen General de la Seguridad Social*. Ed. Bomarzo. Albacete. 2014.
- 241.TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: *Principio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004.
- 242.TOLDRÀ ROCA, M.D.: *La anulabilidad por causa de incapacidad. (Reflexiones en torno al artículo 1304 del Código Civil)*. Ed Tirant lo Blanch. Universitat de València. 2006.
- 243.TOMAS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho Español*. Ed. Tecnos. Madrid. 2002.
- 244.TORRES GALLEGO, E. en: *Comentarios de urgencia a la Ley de Relaciones Laborales*. Asociación para el progreso de la dirección. Madrid. 1976
- 245.TOSCANI GIMÉNEZ, D: *La extinción del contrato de trabajo*. Ed. El Derecho. Madrid.2010

246. VALDES ALONSO, A.: *Responsabilidad social de la empresa y las relaciones laborales*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013.
247. *Vacaciones, permisos y jornada de trabajo*. Ed. El Derecho. Primera edición. Madrid. 2010
248. VALLE MUÑOZ, F.A.: *La movilidad funcional del trabajador en la empresa*. Consejo Económico y Social. Madrid. 1998.
249. VELASCO PORTERO, M^a T.: *El despido de la trabajadora víctima de violencia de género en La extinción del contrato de trabajo*. Ed. Bomarzo. Alicante. 2006.
250. VELASCO PORTERO, M^a T.: *Mobbing, acoso laboral y por razón de sexo. Guía para la empresa y las personas trabajadoras*. Ed. Tecnos. Segunda edición. Madrid. 2011.
251. VICEDO CAÑADA, L.: *De contrato de trabajo a tiempo completo a contrato a tiempo parcial. Una solución para las PYMES en tiempos de crisis*. Ed. La Ley. Madrid. 2009.
252. VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L. MOLINA NAVARRETE, C.: *Manual de Derecho del Trabajo*. Novena Edición. Ed. Comares. Madrid. 2011.
- VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C.: *Manual de Seguridad Social*. Séptima Edición. Ed. Tecnos. Madrid. 2011
253. VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*. Ed. Civitas. Madrid. 1994
- VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La resolución colectiva del contrato de trabajo por irregularidades en el abono del salario en la Ley Concursal*. Thomson-Civitas. Pamplona. 2007.
254. VV.AA *El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.. TOMO I*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013

- 255.VV.AA. *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral..* Tomo II. Ed. Comares. Granada. 2001
- 256.VV.AA. *Trabajo, Contrato y Libertad.* Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol. Coords. GOERLICH PESET, J.M. y BLASCO PELLICER, A. Universitat de València. 2010
- 257.VV.AA. *Compendio de Derecho del Trabajo.* 5ª edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010.
- 258.VV.AA. *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo.* Publicaciones de la Universidad de Sevilla. 1977.
- 259.VV.AA.: Seguridad Social 2012. *Memento práctico Francis Lefebvre.* Madrid. 2012.

