

MÓDULO I:
DERECHO DEL TRABAJO
1ª edición
2021

UNIDAD 4
MODIFICACIÓN, SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN DEL
CONTRATO DE TRABAJO.

Ana María Orellana Cano.

Magistrada Especialista de la Sala de lo Social del
Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Académica de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de
España.

Doctora en Derecho Cum Laude por la Universidad Complutense de Madrid.

EDICIÓN DEL CURSO
DAVID MARÍN CASTAÑO

Licenciado en Derecho

Profesor de Enseñanza Secundaria en la especialidad de FOL

Técnico Superior en PRL

ÍNDICE

I. LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO. LA REDUCCIÓN TEMPORAL DE LA JORNADA.

II. LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO.

1. Régimen jurídico general.

2. Los ERTES COVID.

2.1 Los ERTES COVID por fuerza mayor.

2.1.1 La concurrencia de las causas. La fuerza mayor parcial y la desafectación de trabajadores.

2.1.2 La vigencia de los ERTES COVID por fuerza mayor.

2.2 Los ERTES COVID por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

III. EXTINCIÓN DEL CONTRATO.

1. Las causas de extinción del contrato de trabajo.

2. El despido disciplinario.

2.1 El incumplimiento grave y culpable del trabajador. La teoría gradualista.

2.2 Las causas del despido disciplinario.

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

A) Las faltas de asistencia reiteradas e injustificadas.

B) Las faltas de puntualidad reiteradas e injustificadas.

2.2.2 La indisciplina o desobediencia en el trabajo.

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

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

2.2.5 La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado.

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

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

2.3 Los requisitos formales del despido disciplinario.

2.4 Los efectos del despido disciplinario.

2.4.1 El despido procedente.

2.4.2 El despido improcedente.

2.4.3. El despido nulo.

2.5 La prescripción de las faltas graves.

3. El despido por causas objetivas.

3.1 Las causas del despido objetivo.

3.1.1 La ineptitud del trabajador.

3.1.2 La falta de adaptación del trabajador.

3.1.3 Por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

3.1.4 La insuficiencia de la consignación presupuestaria.

3.2 Los requisitos formales del despido objetivo.

3.2.1 La comunicación escrita.

3.2.2 La puesta a disposición de la indemnización.

3.2.3 El plazo de preaviso.

3.3 Los efectos del despido objetivo.

4. El despido colectivo.

4.1 La concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

4.1.1 Las causas económicas.

4.1.2 Las causas técnicas, organizativas o de producción.

4.1.3 La concurrencia de las causas en los grupos de empresas a efectos laborales o irregulares.

4.2 El número de trabajadores afectados para que el despido sea colectivo.

4.3 El trámite del despido colectivo.

5. La extinción del contrato por decisión del trabajador.

6. Otras causas de extinción.

“En el Derecho posee y defiende el ser humano su condición moral de existencia, sin el Derecho desciende al nivel del animal. El pueblo que no lucha por su Derecho, no merece tenerlo”.

Rudolf von Ihering- Filósofo y jurista alemán (Aurich 1818 – Gotinga 1892)

I. LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO. LA REDUCCIÓN TEMPORAL DE LA JORNADA.

Como ya indiqué en la unidad 2 de este módulo 1, el empresario en el ejercicio de su derecho de libertad de empresa puede modificar las condiciones del contrato de trabajo, en el uso legítimo del ius variandi o poder de variación, que está sujeto a unas reglas y causas justificadas. En aquella unidad, analicé la movilidad funcional, la movilidad geográfica y la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En la presente unidad 4, me referiré a la reducción temporal de la jornada, que se adopta mediante lo que se ha denominado ERTE, siglas que responden al expediente temporal de regulación de empleo, en el que también se incluye la suspensión de los contratos, a la que también me referiré.

El empresario podrá adoptar como medida de flexibilidad interna, la reducción temporal de la jornada, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Junto con la suspensión del contrato, son medidas que reciben el nombre de ERTES y, el procedimiento para establecerlas es el mismo.

Se considera, a estos efectos, conforme al artículo 47.2 del Estatuto de los Trabajadores, reducción temporal de la jornada a la disminución temporal entre un diez y un setenta por ciento de la jornada de trabajo diaria, semanal, mensual o anual. Durante el periodo de reducción de jornada no podrán realizarse horas extraordinarias salvo fuerza mayor.

Cuando se reduzca la jornada fuera del porcentaje indicado, es decir, en menos del diez por ciento o en más del setenta, o la medida no sea temporal,

el empresario deberá utilizar la medida de modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

II. LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO.

1. RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL.

Cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, el empresario podrá acordar la tramitación de un ERTE de suspensión de los contratos de trabajo de todos o de algunos de sus trabajadores, debiendo seguirse el procedimiento establecido en el artículo 47.1 del Estatuto de los Trabajadores, cualquiera que sea la plantilla de la empresa y el número de trabajadores afectados.

La determinación de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción se contemplan en la norma, de forma análoga a las del despido colectivo del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, pero con la diferencia de que, en la causa económica, se entenderá que la disminución es persistente, si durante dos –y no tres, como en el despido-, trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

Se trata de una medida coyuntural y no estructural.

Y, en este sentido, es interesante la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 2020 (Recurso de casación ordinaria 13/2018). Esta sentencia declara nulo el ERTE de suspensión de contrato y reducción de jornada, promovido por la empresa, al apreciar fraude de ley y abuso de derecho, por considerar que la empresa presentaba una situación económica tan grave, que el ERTE sólo iba a suponer un sacrificio para los trabajadores, ya que el despido colectivo era inevitable. Por lo tanto, considera el ERTE nulo por no ser coyuntural sino estructural.

En cuanto al procedimiento para adoptar la suspensión o la reducción de jornada, debe destacarse que se iniciará mediante comunicación a la autoridad laboral competente y, la apertura simultánea de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores de duración no superior a quince días. La comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de apertura del periodo de consultas. La falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y el transcurso del periodo de consultas, ni supondrá, en ningún caso, la ampliación de su duración.

La autoridad laboral dará traslado de la comunicación empresarial a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y, recabará informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los extremos de dicha comunicación y sobre el desarrollo del periodo de consultas.

Cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social, por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

Durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa.

Tras la finalización del periodo de consultas, el empresario notificará a los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre la suspensión de contratos, que surtirá efectos a partir de la fecha de su comunicación a la autoridad laboral, salvo que en ella se contemple una posterior. La autoridad laboral comunicará la decisión empresarial a la entidad gestora de la prestación por desempleo.

Si en el plazo de quince días desde la fecha de la última reunión celebrada en el periodo de consultas, el empresario no hubiera comunicado a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre la suspensión de contratos, se producirá la caducidad del procedimiento. La decisión podrá ser impugnada ante la jurisdicción social.

2. LOS ERTES COVID.

La grave situación económica generada por la propagación del SARS COV 2 y las medidas de contención reforzada implantadas, con el cierre de empresas y la falta de actividad, fomentadas por las restricciones de la movilidad de las personas, hicieron sentir en los empresarios, la necesidad de despedir a toda la plantilla de trabajadores y, de hecho, a pesar de la implantación de los ERTES de suspensión de los contratos y reducción temporal de las jornadas, en el Real Decreto ley 8/2020, de 17 de marzo, no se pudieron evitar los despidos y las extinciones de los contratos temporales de forma masiva, en los primeros días, desde la entrada en vigor de la norma citada. Por esta razón, se dictó el Real Decreto ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19, entre las que caben destacar dos de enorme importancia para evitar la situación descrita, a saber, la denominada prohibición de despedir y, la suspensión de la vigencia de los contratos temporales. La duración de estas dos medidas ha sido prorrogada hasta el 31 de mayo de 2021.

2.1 LOS ERTES COVID POR FUERZA MAYOR.

2.1.1 LA CONCURRENCIA DE LAS CAUSAS. LA FUERZA MAYOR PARCIAL Y LA DESAFECTACIÓN DE TRABAJADORES.

El artículo 22 del Real Decreto ley 8/2020 contiene una relación detallada de las causas que justifican que la empresa se acoja a un ERTE COVID por fuerza mayor.

La fuerza mayor parcial fue introducida por el Real Decreto ley 15/2020, permitiendo que la suspensión del contrato o la reducción temporal de la jornada no afectara a toda la plantilla. De este modo, las empresas cuya actividad se había considerado esencial podían, no obstante, acogerse a un ERTE COVID por fuerza mayor, en relación con la parte de la actividad o de la plantilla, no afectadas por el carácter esencial declarado.

Cuando desaparezca la causa que motivó la tramitación del ERTE COVID por fuerza mayor, aunque sea sólo para algunos trabajadores y no para todos los afectados, el empresario deberá llevar a cabo la desafectación de los trabajadores. A estos efectos, el artículo 1.2 párrafos segundo y tercero del Real Decreto ley 24/2020 establece que la desafectación de los trabajadores incluidos en el ERTE COVID por fuerza mayor deberá ser comunicada por el empresario a la Autoridad laboral y al Servicio Público de Empleo Estatal. Y una norma análoga, consideramos que sería conveniente que se incluyera en la normativa definitiva para la emergencia.

2.1.2 LA VIGENCIA DE LOS ERTES COVID POR FUERZA MAYOR.

El artículo 1 del Real Decreto ley 18/2020 de 12 de mayo estableció que la vigencia de los ERTES COVID por fuerza mayor, -incluidos los ERTES COVID por fuerza mayor parciales-, se extendería al periodo de duración de la causa y, como máximo hasta el 30 de junio de 2020. Cabía la desafectación parcial de los trabajadores incluidos en el ERTE COVID por fuerza mayor, conforme se fuera produciendo la reanudación de la actividad.

El artículo 1 del Real Decreto ley 24/2020, de 26 de junio establece que, con carácter general, no se pueden tramitar ERTES COVID por fuerza mayor desde el 27 de junio de 2020 y, los ya solicitados o en vigor, mantendrán su vigencia, como máximo hasta el 30 de septiembre de 2020, salvo que se adopten nuevas medidas restrictivas o de contención, derivadas de rebrotes.

Actualmente, la prórroga automática de los ERTES COVID por fuerza mayor vigentes, se extiende hasta el 31 de mayo de 2021, dado el empeoramiento de la situación que se ha producido actualmente.

2.2 LOS ERTES COVID POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN.

Los ERTES COVID por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, también denominados ERTES COVID ETOP vienen regulados en el artículo 23 del Real Decreto ley 8/2020, que ha sido modificado por el artículo 2 del Real Decreto ley 24/2020 y, por el artículo 3 del Real Decreto ley 30/2020.

De conformidad con el artículo 23 del Real Decreto ley 8/2020, el empresario se podía acoger a esta modalidad de ERTE, cuando no concurriera la causa de fuerza mayor, o bien, cuando hubiera finalizado la vigencia del ERTE COVID por fuerza mayor, incluso sin solución de continuidad. Además, los ERTES COVID ETOP tramitados con posterioridad al 13 de mayo de 2020, retrotraían sus efectos al momento de la finalización del ERTE COVID por fuerza mayor, de conformidad con el artículo 2 del Real Decreto ley 18/2020. El artículo 3.3 del Real Decreto ley 30/2020 contempla también esta retroacción de efectos del ERTE COVID ETOP.

Las peculiaridades del procedimiento del ERTE COVID ETOP contenidas en el artículo 23 del Real Decreto ley 8/2020, consisten en que, si no existe en la empresa representación legal de los trabajadores, negociará en el periodo de consultas el sindicato más representativo y, representativo del sector al que pertenezca la empresa, con legitimación activa para negociar un convenio colectivo; y, que el periodo de consultas tendrá una duración de cinco días. Según el artículo 5.2 del Código Civil son días naturales. Los sindicatos han considerado que es un plazo excesivamente corto y, que durante el mismo, es prácticamente imposible alcanzar un acuerdo.

Pues bien, consideramos que en la futura legislación para la emergencia, sería deseable que se incorporara que el plazo de consultas será ampliable por mutuo acuerdo de las partes. De este modo, obtendría consagración legislativa lo declarado al respecto por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 28 de abril de 2017 (Rcud 214/2016).

Por otro lado, debe destacarse la conveniencia de la incorporación de lo previsto en los artículos 2 del Real Decreto ley 24/2020 y 3.3 del Real Decreto ley 30/2020, a la legislación definitiva para la emergencia. Concretamente, lo siguiente:

1. La tramitación del ERTE COVID ETOP puede iniciarse durante la vigencia del ERTE COVID por fuerza mayor.

2. Si el ERTE COVID ETOP se tramita cuando haya finalizado la vigencia del ERTE COVID por fuerza mayor, se retrotraen los efectos del ERTE COVID ETOP a la fecha de la finalización del ERTE COVID por fuerza mayor que le precedió. Esta retroactividad es importante ya que, de este modo, no habrá solución de continuidad entre uno y otro, por lo que el contrato de los trabajadores continuará suspendido o la jornada reducida temporalmente. Lo contrario supondría la reanudación de la actividad laboral o la finalización de la reducción de jornada, lo que exigiría al empresario cumplir con sus obligaciones de Seguridad Social respecto del trabajador y abonarle las retribuciones y, en las actuales circunstancias de un gran número de empresas, ello es inviable.

3. La vigencia de los ERTES COVID ETOP se extiende hasta la fecha prevista en la comunicación final de la empresa.

III. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO.

Analizaré, a continuación, estas cuestiones desde un punto de vista eminentemente práctico, comenzando, en primer lugar, por el examen del

despido disciplinario, para seguir con el despido objetivo, en el que estudiaré las distintas causas, excepto las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que serán objeto de reflexión en la siguiente materia en el orden de exposición, el despido colectivo, para después pasar a la resolución indemnizada del contrato por voluntad del trabajador y, por último, en un epígrafe, me referiré a las restantes causas de extinción.

1. LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.

Las causas de la extinción del contrato de trabajo pueden derivar de la voluntad del empresario, de la voluntad del trabajador, de lo establecido expresamente en el contrato de trabajo, del acuerdo entre las partes y de las circunstancias que afecten al empresario o al trabajador.

2. EL DESPIDO DISCIPLINARIO.

2.1 EL INCUMPLIMIENTO GRAVE Y CULPABLE DEL TRABAJADOR. LA TEORÍA GRADUALISTA.

Con carácter general, el contrato de trabajo podrá extinguirse por voluntad del empresario, cuando el trabajador incurra en un incumplimiento grave y culpable, a tenor del artículo 54.1 del Estatuto de los Trabajadores.

A los efectos de la determinación de la gravedad del incumplimiento del trabajador y la proporcionalidad en la adopción de la medida, a saber, el despido, la jurisprudencia ha consagrado la denominada teoría gradualista, según la cual la sanción de despido solo debe imponerse en los supuestos de extrema gravedad de la conducta. De este modo, ha de valorarse no sólo la gravedad de la infracción del trabajador sino otras circunstancias concurrentes,

tales como la antigüedad en la empresa, el comportamiento habitual y, en su caso, las sanciones que se le hayan impuesto con anterioridad y, el perjuicio o el daño ocasionado al empresario.

En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León de 9 de marzo de 2016 (Recurso de suplicación 127/2016), considera que la conducta de la actora, encargada de compra, que adquiría a cargo de la empresa, determinados productos, -que no necesitaba-, por lo que recibía regalos de la empresa vendedora, reúne los caracteres de gravedad y culpabilidad suficientes para generar la declaración de procedencia del despido del que ha sido objeto, en especial, la transgresión de la buena fe contractual que implica comprar y recepcionar unas mercancías innecesarias e inútiles para la empresa y, cursar como "correctas y debidas" las facturas correspondientes a dichas mercancías y productos, ocasionando a la empleadora un perjuicio patrimonial relevante.

2.2 LAS CAUSAS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO.

Las causas del despido disciplinario vienen reguladas en el artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores y constituyen una lista cerrada. Es cierto que los Convenios Colectivos suelen contener una lista de conductas sancionables con el despido, pero todas deben de ser encuadrables en alguno de los tipos contemplados en el Estatuto de los Trabajadores que, por otra parte, permiten incluir en los mismos cualquier tipo de conducta sancionable.

2.2.1 LAS FALTAS REPETIDAS E INJUSTIFICADAS DE ASISTENCIA O PUNTUALIDAD AL TRABAJO.

Se consideran causas de despido disciplinario, de un lado, las faltas de asistencia y, de otro, las faltas de puntualidad, siempre que sean reiteradas e injustificadas. En cuanto a la reiteración, en muchas ocasiones, la concreción del número de faltas de asistencia o de puntualidad que merecen ser sancionadas con el despido disciplinario del trabajador viene contemplada en el Convenio Colectivo y, habrá de estarse a lo en él estipulado, al respecto.

Así, aplican lo previsto en el Convenio Colectivo, entre otras, las Sentencias de la Sala de lo Social de Cataluña de 22 de diciembre de 2014 (Recurso de suplicación 5985/2014) y de 25 de junio de 2014 (Recurso de suplicación 142672014).

En caso contrario, es decir, cuando no se hayan establecido en el Convenio Colectivo o no exista Convenio Colectivo de aplicación, el órgano judicial ponderará las circunstancias subjetivas y objetivas del caso, para determinar la proporcionalidad y la adecuación entre el incumplimiento y el despido disciplinario.

Y respecto de la justificación de las causas, ha de resaltarse que el empresario deberá de acreditar que el trabajador no ha asistido o, que ha incurrido en faltas de puntualidad y, será al trabajador a quien incumbirá la carga de probar la justificación de estas infracciones. No constituye causa de justificación de las ausencias, la falta del pago del salario por el empresario, pues ante esta situación, el trabajador podrá ejercitar la acción de resolución indemnizada del contrato de trabajo, a tenor del artículo 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores, pero no faltar al trabajo, como declaró la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2011 (Rcud 4023/2009).

Tampoco se considera causa justificadora de la ausencia, la asistencia del trabajador a cursos de formación no autorizados por la empresa y, en este sentido, se pronunció la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 5 de marzo de 2010 (Recurso de suplicación 313/2009).

A) Las faltas de asistencia reiteradas e injustificadas.

La falta de asistencia del trabajador a su puesto de trabajo se refiere a su jornada, aunque sea esta reducida, pues en estos casos, si falta una jornada se

computará como una falta de asistencia. Sin embargo, el ausentarse durante un periodo de tiempo, -al principio, al final o incluso en medio de la jornada laboral-, debe considerarse falta de puntualidad y no ausencia.

Así lo declaró la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canarias de 30 de abril de 2001 (Recurso de suplicación 74/2001).

La falta de asistencia a cursos de formación obligatorios ha sido considerada equivalente a las faltas de asistencia justificadoras del despido disciplinario.

En este sentido se pronunció la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de gran Canarias de 15 de octubre de 2007 (Recurso de suplicación 560/2007).

B) Las faltas de puntualidad reiteradas e injustificadas.

Las faltas de puntualidad consisten en el incumplimiento del horario establecido, lo que puede generarse tanto por llegar tarde al inicio de la jornada, como por ausentarse durante la misma o, antes de su finalización.

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15 de octubre de 2013 (Recurso de suplicación 1717/2013), declaró el despido disciplinario procedente de un musulmán que se ausentó todos los días, durante dos meses, a las 14.00 horas, cuando su jornada laboral terminaba a las 15.30 horas, para practicar el rezo comunitario. Había recibido órdenes repetidas de respetar su jornada laboral y, había sido amonestado en varias ocasiones por la misma razón. Interpuso demanda solicitando la improcedencia del despido, invocando acoso laboral y atentado contra la libertad religiosa, vulneraciones que no se estimaron.

2.2.2 LA INDISCIPLINA O DESOBEDIENCIA EN EL TRABAJO.

El trabajador está sometido al poder de dirección del empresario, por lo que constituye causa de despido disciplinario la indisciplina y la desobediencia. Esta conducta debe referirse a una orden legítima del empresario.

La indisciplina y la desobediencia como causas justas de despido disciplinario han de ser injustificadas. Por ello, es importante determinar si la conducta ordenada por el empresario era exigible legal o convencionalmente y, si entraba dentro del poder de dirección del empleador. Se pueden mantener dos posturas respecto de la obligación del trabajador de cumplir las órdenes del empresario. O bien considerar que el trabajador debe cumplir las órdenes, con independencia de su impugnación por los procedimientos legalmente previstos, con base en el principio solve et repete o, que el trabajador puede negarse a cumplir una orden ilegal o irregular. Considero que la posición más ajustada es la que mantiene que debe aplicarse el principio solve et repete, con excepciones. Este derecho de resistencia o la negativa a prestar servicios en algunos supuestos, no es un incumplimiento grave y culpable del trabajador porque responde a una orden arbitraria del empresario. Entre ellos cabe destacar, los siguientes:

1. La orden encaminada a que preste servicios el trabajador fuera de su jornada laboral o, a que realice horas extraordinarias o, que no disfrute de las vacaciones en el periodo pactado con anterioridad.
2. La orden referida a que realice el trabajador obligaciones ajenas al contrato de trabajo.
3. La orden que exija el desplazamiento fuera de su lugar de trabajo.
4. La orden que conlleve realizar trabajos peligrosos.
5. Las órdenes ilícitas.

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

Es el empresario el que debe probar que las ofensas verbales o físicas entrañan gravedad y conllevan culpabilidad del trabajador. No obstante, en estos supuestos, la culpabilidad se puede considerar atenuada en los momentos de obcecación del trabajador o, cuando se encuentre en una situación de estrés laboral o, con algún padecimiento psíquico, como la depresión.

Por ofensas verbales se entienden las expresiones orales o escritas que impliquen un desprestigio o humillación moral para la persona que las sufre o recibe. Y las ofensas físicas son agresiones materiales de una persona a otra, que lesionan su integridad física. A pesar de que el artículo 54.2 c) del Estatuto de los Trabajadores se refiere a ofensas en plural, la doctrina judicial viene considerando que una sola ofensa es causa de despido.

No constituirán causa de despido disciplinario las ofensas vertidas fuera del lugar de trabajo, como declaró la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 20 de junio de 2007 (Recurso de suplicación 128/2007).

Pero se equipara al lugar de trabajo, el sitio donde se celebra un curso de formación organizado por la empresa.

En este sentido, se pronunció la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de noviembre de 2009 (Recurso de suplicación 4297/2009).

2.2.4 LA TRANSGRESIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL, ASÍ COMO EL ABUSO DE CONFIANZA EN EL DESEMPEÑO DEL TRABAJO.

El artículo 1.258 del Código Civil consagra la buena fe como un principio general del Derecho de Obligaciones. Y, como tal, despliega su eficacia también en el contrato de trabajo. La buena fe es un criterio de valoración de

conductas con el que deben cumplirse las obligaciones, que equivale a la lealtad, honorabilidad, probidad y confianza, como declaró la Sentencia nº 1235/1991 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1991. La buena fe es un deber básico de los trabajadores, a tenor del artículo 5.1 a) del Estatuto de los Trabajadores.

Esta causa de despido disciplinario actúa como un verdadero cajón de sastre, donde tienen cabida las conductas sancionables no encuadrables en las restantes causas recogidas en el artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores. Por esta razón, la doctrina judicial es prolija en esta materia, pero destacaré, a continuación, los supuestos más frecuentes de transgresión de la buena fe contractual, en los que se ha declarado el despido procedente.

1. Los abusos de confianza y deslealtad, con beneficio para el trabajador.

Aquí se encuadra, por ejemplo, la realización de trabajos retribuidos para otra empresa, durante la excedencia por cuidado de un menor, como declaró la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de diciembre de 2012 (Recurso de suplicación 5169/2012);

En este supuesto también se encuentra la cajera de un supermercado que no le cobró los productos a una compañera, como consideró la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 22 de noviembre de 2005 (Recurso de suplicación 2649/2005).

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2019 (Rcud 3638/2016) declaró la procedencia del despido de una trabajadora que constituyó, junto con otras personas, una sociedad, utilizando los medios materiales y las instalaciones de la empresa para la que prestaba servicios, sin contar con su autorización y, desarrollando una actividad que estaba directamente relacionada con la actividad propia de la empresa demandada.

2. Los actos defraudatorios.

Como el caso del redactor jefe del periódico, que vendió fotos a la competencia, en contra de la prohibición expresa de la empresa, supuesto de despido procedente, declarado por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 26 de octubre de 2005 (Recurso de suplicación 4418/2005).

3. El incumplimiento de sus obligaciones laborales

Como el supuesto de la trabajadora de una gasolinera del turno de noche, que cerró el establecimiento, permaneciendo durmiendo en su interior, declarándose el despido procedente por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 10 de mayo de 2010 (53/2010).

4. La extralimitación de funciones, en casos tales como la realización de operaciones bancarias sin autorización, entre otros.

5. Los supuestos de apropiación o sustracción indebidas, con independencia del perjuicio ocasionado o del importe de lo sustraído.

6. El uso indebido por el trabajador del ordenador facilitado por la empresa, del correo electrónico del trabajo o de internet durante la jornada laboral.

La STC 170/2013 considera que no se vulnera el derecho a la intimidad del trabajador, por el acceso por el empresario a su correo electrónico, si había prohibición expresa y absoluta de su uso para fines particulares.

2.2.5 LA DISMINUCIÓN CONTINUADA Y VOLUNTARIA EN EL RENDIMIENTO DEL TRABAJO NORMAL O PACTADO.

Para apreciar esta causa de despido disciplinario, la disminución del rendimiento debe ser grave y culpable. Para apreciar estos aspectos, la disminución debe ser voluntaria, intencional y reiterada. Y, además se exige un parámetro de comparación, pudiendo utilizarse los módulos de rendimiento

impuestos por la empresa o, el rendimiento del propio trabajador o, de otro compañero de trabajo, en situaciones homogéneas. Incumbe probar que la disminución del rendimiento ha sido continuada e injustificada al empresario, debiendo acreditar, -en su caso, la causa que justifique la misma-, el trabajador.

2.2.6 LA EMBRIAGUEZ HABITUAL O TOXICOMANÍA SI REPERCUTEN NEGATIVAMENTE EN EL TRABAJO.

La embriaguez o la toxicomanía para que constituyan causa de despido disciplinario procedente, es preciso que sean habituales y que repercutan negativamente en el trabajo.

La habitualidad no puede extraerse de la previa condena, sólo una vez, por la conducción bajo la ingestión de bebidas alcohólicas, como declaró la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 10 de noviembre de 2011 (Recurso de suplicación 2367/2011).

Por el contrario, deberá acreditarse por el empresario. La repercusión negativa en el trabajo puede producirse por la realización de menos trabajo del encomendado o por la ejecución defectuosa del mismo.

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2019 (Rcud 3836/2017) declaró improcedente el despido del trabajador por carecer los hechos imputados de la gravedad suficiente para justificar la sanción por despido. Se le imputa conducir el vehículo de recogida de basura bajo los efectos del alcohol, descargar residuos orgánicos en contenedores destinados a residuos de poda de árboles, haber incurrido en embriaguez habitual y, reiterados abandonos del puesto de trabajo, lo que, según el Alto Tribunal, le hace ser merecedor de algún tipo de sanción, pero no del despido, al no haber causado perjuicio para la empresa.

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

El artículo 54.2 g) del Estatuto de los Trabajadores regula como causa de despido disciplinario el acoso discriminatorio por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y, el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.

El acoso, a estos efectos, puede ser definido como cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza discriminatoria por alguna de las circunstancias anteriormente reseñadas, que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona y, de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. El artículo 7 de la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, contiene la definición de acoso por razón de sexo y de acoso sexual, en términos similares al concepto expuesto.

En el acoso, se distinguen los siguientes elementos:

1. El elemento material u objetivo. En el análisis del elemento objetivo, ha de examinarse la acción y la relación de causalidad con el trabajo. En cuanto a la acción debe ser, -como las restantes causas de despido disciplinario-, grave y culpable del trabajador. La acción de acoso es ofensiva.

2. El elemento temporal. En cuanto al acoso, se ha discutido si lo constituye un mero acto puntual, esporádico y aislado. El artículo 54.2 g) del Estatuto de los Trabajadores no exige la reiteración de la conducta, pero de la propia definición del acoso que debe crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo, parece que se extrae la necesidad de una conducta reiterada. Por el contrario, considero que habrá que valorar el caso concreto, pues la gravedad de la conducta, por ejemplo, en el acoso sexual, puede determinar que un solo acto sea constitutivo de causa de despido disciplinario procedente.

3. El elemento teleológico. Como he indicado, el comportamiento del acosador ha de ser culpable, es decir, debe realizarse, en este caso, con el propósito o produciendo el efecto de atentar contra la dignidad de la víctima y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. Debe interpretarse que se exige la intención, es decir, que el acosador debe mantener una conducta injustificada de persecución u hostigamiento, sistemático y planificado.

4. El elemento subjetivo. El sujeto activo del acoso puede ser individual o plural, pero no es la organización la que practica el acoso sino el individuo. Puede ser hombre o mujer.

2.3 LOS REQUISITOS FORMALES DEL DESPIDO DISCIPLINARIO.

De conformidad con el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores, el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y, la fecha en que tendrá efectos. En el convenio colectivo podrán también establecerse otras exigencias formales para el despido. Será necesaria la apertura de un expediente contradictorio, cuando el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical. En este expediente serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que perteneciere, si los hubiese. Y si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constare, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical de ese sindicato.

2.4 LOS EFECTOS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO.

De conformidad con el artículo 55.3 del Estatuto de los Trabajadores el despido podrá ser calificado como procedente, improcedente o nulo.

2.4.1 EL DESPIDO PROCEDENTE.

Según el artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores, el despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. Si se declara el despido disciplinario procedente, el trabajador no tendrá derecho a indemnización ni a salarios de tramitación, pero sí podrá reclamar las retribuciones pendientes hasta el momento de la extinción del contrato. La impugnación del despido no supone la interrupción de la acción para reclamar las cantidades que el empresario le adeude al trabajador.

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2020 (Rcud 528/2018) declaró procedente el despido de una empleada que utilizó el coche de empresa durante una baja y también durante el descanso laboral. Afirma que los datos que arroja el GPS instalado en el vehículo no vulneran la intimidad del trabajador porque no ofrecen datos personales. Además, la trabajadora conocía las normas internas que prohibían tal conducta. Por lo tanto, no se invade la esfera privada y el despido es procedente.

2.4.2 EL DESPIDO IMPROCEDENTE.

A tenor del artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores, será improcedente el despido disciplinario cuando no se acrediten los hechos imputados o no revistan la gravedad y culpabilidad exigidas, o cuando no se hayan cumplido los requisitos formales o, habiéndose incumplido, no se hayan subsanado por un segundo despido, al amparo del artículo 55.2 del Estatuto de los Trabajadores.

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2020 (Rcud 4586/2017) declaró improcedente el despido del gerente que estando de baja en la empresa de hostelería en la que estaba contratado, acudió en dos ocasiones a un establecimiento de su propiedad, donde trabajó con su pareja. Considera el Tribunal Supremo que no merece la máxima sanción porque no está acreditado que hiciese actividades incompatibles con su recuperación, pues sólo utilizó su ordenador y su móvil y, conversó con clientes. Es un acaso en el que la conducta no reviste la gravedad exigida.

Las consecuencias de la declaración de improcedencia del despido disciplinario vienen reguladas en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores. De conformidad con el artículo 56.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores, cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización, equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo. Y sólo en el caso en el que el empresario opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación, que será igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la de la notificación de la sentencia que declaró la improcedencia o, hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. Si el empresario no ejercita la opción expresamente, se entiende que procede la readmisión. Debe tenerse presente, que si el despido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción le corresponde al trabajador y, también, si no ejercita la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Pero, en este supuesto, tanto si el representante de los trabajadores o el delegado sindical opta por la indemnización, como si lo hace por la readmisión, tendrá derecho a los salarios de tramitación.

2.4.3. EL DESPIDO NULO.

El artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores regula las causas que permiten calificar la nulidad del despido disciplinario. Distingue las de naturaleza discriminatoria o por vulneración de derechos fundamentales y, los supuestos de nulidad objetiva. Y así, será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Se invierte la carga de la prueba, como en los procedimientos de tutela de derechos fundamentales, de forma tal que el trabajador deberá acreditar la existencia de indicios de esta vulneración y, el empresario deberá probar que ha existido una justificación objetiva o razonable para su decisión extintiva ajena al móvil discriminatorio o a la vulneración de derechos fundamentales.

Y, a continuación, regula los supuestos de nulidad objetiva o automática. Se trata de medidas de acción positiva, que pretenden la protección de la maternidad, de la paternidad, del embarazo y del ejercicio de los derechos de conciliación. Esta nulidad objetiva del despido no operará en los casos en los que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados. Debe resaltarse que, en estos supuestos, no se invierte la carga de la prueba, es decir, el trabajador o la trabajadora no deberá justificar la existencia de indicios, ya que sólo tendrá que acreditar que en el momento del despido concurría alguna de las circunstancias previstas en el precepto.

Si el despido es declarado nulo no se devengan salarios de tramitación sino salarios de trámite. A tenor del artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores, el efecto de la declaración de la nulidad del despido consiste en la readmisión inmediata del trabajador, con el abono de los salarios dejados de percibir. Como he indicado, estos salarios de trámite no son en rigor salarios de tramitación, pero se les somete al mismo régimen.

2.5 LA PRESCRIPCIÓN DE LAS FALTAS GRAVES.

De conformidad con el artículo 60.2 del Estatuto de los Trabajadores, respecto de los trabajadores, las faltas leves prescribirán a los diez días; las graves, a los veinte días, y las muy graves, a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido. El dies a quo del plazo de prescripción (locución latina que indica el día inicial y final en el computo de un plazo) de sesenta días del artículo 60.2 del Estatuto de los Trabajadores, coincide con aquel en el que el empresario tuvo conocimiento de los hechos.

A estos efectos, declaró la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2011 (Rcud 4572/2010), en relación con el despido del director de una sucursal bancaria, -que ocultó el fallecimiento de las titulares de unos depósitos, para ingresar el dinero en su cuenta-, que no comenzó el cómputo hasta el día en que la empresa tuvo conocimiento cabal y exacto de los hechos, es decir, cuando finalizó la auditoría.

En relación con la denominada prescripción larga, de seis meses, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2003 (Rcud 3217/2002), manifestó que, cuando el trabajador comete las faltas, prevaleciendo de su posición, con ocultación de los incumplimientos, el plazo de los seis meses de prescripción comenzará a computarse desde el momento en el que cesó la ocultación lo que acaeció, en este caso, cuando el actor fue trasladado.

3. EL DESPIDO POR CAUSAS OBJETIVAS.

En el despido objetivo, el empresario adopta la decisión extintiva por la concurrencia de circunstancias legalmente tasadas, que no guardan relación

con incumplimientos graves y culpables del trabajador. Examinaré, en el presente epígrafe, las causas del despido objetivo, los requisitos formales y los efectos.

3.1 LAS CAUSAS DEL DESPIDO OBJETIVO.

Vienen reguladas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores.

3.1.1 LA INEPTITUD DEL TRABAJADOR.

El contrato podrá extinguirse, a tenor del artículo 52 a) del Estatuto de los Trabajadores por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida, con posterioridad a su contratación en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba, no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento. Para que la ineptitud sea justa causa de despido objetivo, debe tener carácter permanente, producir una disminución del rendimiento o una defectuosa prestación del servicio, afectar al conjunto de las tareas propias de su profesión y, no sólo a uno de sus aspectos.

De este modo, sería despido procedente la pérdida del carnet de conducir (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid de 18 de febrero de 2008); o de la preceptiva licencia federativa; de la nacionalidad española cuando sea un requisito necesario para la prestación de servicios, como por ejemplo, se exige para hacerlo en los establecimientos militares (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Málaga de 9 de junio de 2005).

Por el contrario, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2012 (Rcud 438/2012), declaró el despido objetivo procedente, de un trabajador extranjero, al faltar uno de los requisitos del contrato de trabajo, a saber, el permiso de trabajo.

3.1.2 LA FALTA DE ADAPTACIÓN DEL TRABAJADOR.

De acuerdo con el artículo 52 b) del Estatuto de los Trabajadores, es causa de despido objetivo, la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando estos cambios sean razonables. Con carácter previo al despido, el empresario deberá ofrecer al trabajador un curso para facilitar su adaptación a las modificaciones operadas. Para acordar el despido objetivo debe haber transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o, desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación.

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de País vasco de 20 de septiembre de 2001, no consideró razonable la exigencia a una profesora del conocimiento del euskera, pues ese idioma no se aprende en dos meses.

Un ingente número de litigios de impugnación del despido objetivo por esta causa, han tenido su origen en la implantación en la empresa de innovaciones tecnológicas.

3.1.3 POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN.

El artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores establece que el contrato de trabajo se extinguirá cuando concorra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo. Los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa.

3.1.4 LA INSUFICIENCIA DE LA CONSIGNACIÓN PRESUPUESTARIA.

El artículo 52 e) del Estatuto de los Trabajadores regula como causa de despido objetivo la insuficiencia de la correspondiente consignación presupuestaria para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate. Se aplica a los contratos por tiempo indefinido concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro, para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones Públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista. Ahora bien, la medida no puede tener carácter colectivo, en relación con el número de trabajadores afectados, pues, en ese caso, tendrá que acudirse al procedimiento de despido colectivo del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

3.2 LOS REQUISITOS FORMALES DEL DESPIDO OBJETIVO.

El artículo 53.1 del Estatuto de los Trabajadores regula los presupuestos formales que debe cumplir la decisión extintiva, a saber, el despido objetivo debe comunicarse por escrito al trabajador, con puesta a disposición de la indemnización y, concediéndole un plazo de preaviso.

3.2.1 LA COMUNICACIÓN ESCRITA.

La carta de despido objetivo debe comunicarse por escrito al trabajador y, esta comunicación debe expresar concretamente la causa de la decisión extintiva y, los motivos que fundamentan la misma, de forma clara y suficiente, para que el trabajador adquiera pleno conocimiento de las circunstancias que han originado la adopción de la medida y, pueda ejercitar su derecho de defensa frente a la misma.

En los supuestos de despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, de acuerdo con el artículo 53.1 c) del Estatuto

de los Trabajadores, ha de entregarse copia del escrito de preaviso a los representantes de los trabajadores.

Sin embargo, es la comunicación escrita y no el escrito de preaviso, lo que ha de entregarse a los representantes de los trabajadores, según reiterada jurisprudencia, sentada entre otras, en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2014 (Rcud 649/2013).

3.2.2 LA PUESTA A DISPOSICIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN.

El empresario tiene la obligación de poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y, con un máximo de doce mensualidades. Este deber tiene una excepción, que opera en los supuestos de despido objetivo por causa económica, en los que si, como consecuencia de la situación económica, la empresa no pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquél su abono, cuando tenga efectividad la decisión extintiva.

La entrega efectiva de la indemnización se entiende realizada en legal forma, si se le abona en metálico al trabajador la misma o, se le entrega un cheque.

La posibilidad de admitir como entrega efectiva el cheque, ha sido admitida por las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2010 y 23 de abril de 2010.

Es admisible también la transferencia bancaria practicada el mismo día de la entrega de la carta de despido objetivo (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2019); o un día antes del despido

objetivo, según la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2011 (Rcud 1667/2011).

La puesta a disposición, por lo tanto, debe ser simultánea a la entrega de la carta de despido objetivo.

Este requisito ha sido interpretado restrictivamente por la jurisprudencia. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2014 (Rcud 2475/2014) declaró el despido improcedente debido a que se había retrasado la puesta disposición del trabajador de la indemnización tres días. Reitera la doctrina sentada entre otras, en las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2001 (Rcud 1915/2000), de 9 de julio de 2013, (Rcud 2863/2012) y, de 24 de febrero de 2014 (Rcud 3152/2012).

La cuantía de la indemnización asciende a veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y, con un máximo de doce mensualidades. No obstante, el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sino que tendrá como consecuencia, el deber del empresario de abonar al trabajador las diferencias en el importe de ésta. El problema radica en la determinación de lo que debe considerarse error excusable y error inexcusable.

La doctrina judicial en la presente materia es prolija, pero en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2013 (Rcud 1437/2012), se encuentra recogida la principal doctrina jurisprudencial, que considera que constituyen error excusable:

- STS de 26-12-05, (Rcud 239/05): la escasa cuantía de la diferencia, unida a la complejidad del cálculo del salario del trabajador.
- STS de 26-01-06, (Rcud 3813/04): no haber incluido como salario el importe atribuido a las stock options.

- STS de 7-02-06, (Rcud 3850/04): no haber incluido el salario en especie, consistente en el valor de utilización del coche.

- STS de 28-02-06, (Rcud 121/05): no incluir el "bonus" en el cálculo de la indemnización.

- STS de 13-11-06, (Rcud 3110/05): no tener en cuenta la antigüedad reconocida a la trabajadora en el momento de su contratación -la empresa reconoció la antigüedad de los servicios prestados en otra empresa anterior "a todos los efectos"- a efectos de calcular la indemnización.

Por el contrario, se ha entendido que constituyen un error inexcusable los siguientes casos:

- "STS de 1-10-07, (Rcud 3794/06): que la empresa calculara la indemnización atendiendo al salario neto percibido por el trabajador, en lugar del salario bruto.

- STS 4-10-06, (Rcud 2858/05): que la empresa calculara la indemnización sin tener en cuenta la real antigüedad del trabajador, en la que había que completar el periodo de trabajo en prácticas.

- STS 15-4-11, (Rcud 3726/10): no tener en cuenta la antigüedad real del trabajador, al haberse subrogado la empleadora en la antigüedad reconocida en la anterior empresa.

- STS 16-5-11, (Rcud 3526/10: no calcular la indemnización conforme al salario de la categoría reconocida a la actora y no conforme al salario que le correspondía por las funciones de superior categoría que efectivamente realizaba".

3.2.3 EL PLAZO DE PREAVISO.

A tenor del artículo 53.1 c) del Estatuto de los Trabajadores, el empresario deberá conceder al trabajador un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. El incumplimiento del plazo de preaviso no conlleva la declaración de la improcedencia del despido objetivo. En este caso, el empresario deberá abonar, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, la cantidad equivalente al importe del salario diario por el número de días de incumplimiento del plazo de preaviso.

3.3 LOS EFECTOS DEL DESPIDO OBJETIVO.

El artículo 53.4 del Estatuto de los Trabajadores considera que el despido objetivo será procedente, siempre que se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva y, se hubieran cumplido los requisitos formales analizados. En caso contrario, es decir, si no se acredita la concurrencia de la causa o, no han cumplido los requisitos formales, será calificado el despido objetivo como improcedente. No obstante, -como ya he indicado-, el incumplimiento el plazo de preaviso o el error excusable en el cálculo del importe de la indemnización, no conllevará la declaración de improcedencia. Las causas para declarar el despido objetivo nulo son las mismas que las contempladas -y, ya analizadas-, respecto del despido disciplinario, por lo que remito a lo indicado en el epígrafe correspondiente.

4. EL DESPIDO COLECTIVO.

En el presente epígrafe, analizaré el despido colectivo en el ámbito extraconcursal. En el régimen actual, si la empresa ha sido declarada en concurso, se adoptará la medida de despido colectivo por el cauce de los artículos 169 a 185 de la Ley Concursal, a través del denominado procedimiento de regulación de empleo concursal, del que conoce el Juez del Concurso. Y, si la empresa no ha sido declarada en concurso, para proceder al despido colectivo, se deberá utilizar el trámite previsto en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores y, la decisión empresarial será impugnada ante la jurisdicción social por el procedimiento del artículo 124 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social. En los sistemas de reajuste o reestructuración del sector público, el legislador laboral facilita distintos mecanismos, diferenciando según que la medida vaya a ser o haya sido adoptada por una Administración Pública, que no puede ser declarada en concurso de acreedores o, por otra entidad perteneciente al sector público pero que no ostente la condición de Administración Pública.

El artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores fue desarrollado 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.

4.1 LA CONCURRENCIA DE LAS CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN.

4.1.1 LAS CAUSAS ECONÓMICAS.

El artículo 51.1.2º del Estatuto de los Trabajadores considera que la situación económica negativa de la empresa puede concurrir en supuestos tales como los de pérdidas actuales o previstas o, cuando presente una disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o de ventas. Se entiende que la disminución es persistente, cuando se produzca durante tres trimestres consecutivos, comparados con los mismos trimestres del año anterior.

Las pérdidas actuales de una empresa son más fáciles de acreditar mediante los resultados contables, en especial, con la cuenta de pérdidas y ganancias. Se ha criticado que las pérdidas previstas puedan justificar el despido colectivo, ya que se procede a extinguir los contratos de trabajo con base en hechos futuros. Sin embargo, debe tenerse en cuenta la importancia que adquieren, sobre todo, en la época de crisis, las medidas de naturaleza preventiva, pues obligar a una empresa a mantener los puestos de trabajo que sean improductivos, mientras tenga viabilidad, puede transformar un reajuste parcial de la plantilla en una extinción de todos los contratos por cierre de la empresa.

La tercera circunstancia, -no con carácter taxativo-, mencionada por el legislador como manifestación de la situación económica negativa de la empresa se refiere a la disminución persistente de los ingresos ordinarios o de las ventas. A pesar de la utilización por el legislador de la locución “en todo caso”, no estamos en presencia de una presunción iuris et de iure y, la mera constatación de la disminución persistente de los ingresos ordinarios o de las

ventas, en tres trimestres consecutivos, comparados con los mismos del año anterior, no justifica la adopción de la medida de extinción colectiva de los contratos de trabajo, ya que el despido es causal.

4.1.2 LAS CAUSAS TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN.

De acuerdo con el artículo 51.1.3º del Estatuto de los Trabajadores, se entiende que existen causas técnicas cuando se produzcan cambios en el ámbito de los medios o instrumentos de producción, entre otros. Las causas organizativas concurren cuando se produzcan cambios, entre otros también, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción. Y concurren las causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2013 (Rcud 2396/2012), declaró que la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada, por su origen, una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada y, por el ámbito en que se manifiesta, una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores.

4.1.3 LA CONCURRENCIA DE LAS CAUSAS EN LOS GRUPOS DE EMPRESAS A EFECTOS LABORALES O IRREGULARES.

Cuando concurren determinadas circunstancias, se puede apreciar la existencia de un grupo de empresas laboral, patológico o irregular, que supone la responsabilidad solidaria de todas las empresas del grupo, lo que puede ser interesante para los trabajadores, que generalmente terminan prestando servicios para la empresa descapitalizada.

Como declaró la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2020 (Rcud 195/2019), los elementos que permiten afirmar la existencia de grupo de empresas laboral son: el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo -simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo; la confusión patrimonial; la unidad de caja; la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa aparente; y, el uso abusivo -anormal- de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores.

La concurrencia de las causas económicas y de las causas técnicas, organizativas o de producción, tiene un régimen diferente en los grupos de empresas irregulares, también denominados grupos de empresas a efectos laborales o patológicos, con la consiguiente responsabilidad solidaria de todas las empresas del grupo.

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2012 (Rcud 965/2012), declara que, en los grupos de empresas laborales, la concurrencia de las causas objetivas que justifican la extinción colectiva se aprecia del siguiente modo:

1. La concurrencia de las causas económicas debe afectar a todas las empresas del grupo y no sólo a la empleadora formal de los trabajadores.
2. Por el contrario, la concurrencia de las causas técnicas, organizativas o productivas debe apreciarse en la empresa o sector concreto de actividad empresarial en que ha surgido la dificultad que impide su buen funcionamiento.

4.2 EL NÚMERO DE TRABAJADORES AFECTADOS PARA QUE EL DESPIDO SEA COLECTIVO.

A estos efectos, el artículo 51.1.1º del Estatuto de los Trabajadores dispone que se entenderá por despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo

fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando, en un período de noventa días, afecte al menos a diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores; al 10 por 100 del número de trabajadores de la empresa en aquéllas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores; y, a treinta trabajadores en las empresas que ocupen a más de trescientos trabajadores. Y adiciona el artículo 51.1 párrafo cuarto que “se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquel se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas”.

Ha de resaltarse que no cabe la flexibilización en la aplicación de estos límites numéricos, ya que determinan el procedimiento aplicable para extinguir los contratos de trabajo, que constituyen normas de orden público o de derecho necesario o indisponible.

En las empresas con varios centros de trabajo, se computa la plantilla del centro de trabajo afectado.

Así lo declaró la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2015, resolviendo la Cuestión Prejudicial 80/2014, planteada por el Reino Unido.

Dentro de los trabajadores afectados, no se computan los trabajadores despedidos disciplinariamente, ni la extinción de los contratos temporales.

Sin embargo, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2012 declaró que sí deben computarse, a pesar del tenor de la norma, los contratos temporales fraudulentos, ya que adquieren la condición de contratos indefinidos.

Y la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2014 declaró que también deben computarse los despidos disciplinarios conciliados fraudulentamente.

4.3 EL TRÁMITE DEL DESPIDO COLECTIVO.

Viene regulado en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores. El despido colectivo deberá ir precedido de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores. La consulta con los representantes legales de los trabajadores deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad. Recibida la comunicación, la autoridad laboral dará traslado de la misma a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recabará, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Transcurrido el periodo de consultas el empresario comunicará a la autoridad laboral el resultado del mismo. Si se hubiera alcanzado acuerdo, trasladará copia íntegra del mismo. En caso contrario, remitirá a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo. Si en el plazo de quince días desde la fecha de la última reunión celebrada en el periodo de consultas, el empresario no hubiera comunicado a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre el despido colectivo, se producirá la caducidad del procedimiento de despido colectivo.

5. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR DECISIÓN DEL TRABAJADOR.

La extinción del contrato por voluntad del trabajador puede operar en los siguientes supuestos:

1. La dimisión consiste en la extinción por su propia voluntad, sin tener que justificar la causa, que además, puede no existir.

2. La resolución indemnizada del contrato a instancia del trabajador que discrepa de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de la movilidad geográfica acordadas por el empresario.

3. La resolución indemnizada del contrato fundada en la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado o, en incumplimientos graves del empresario. Una de las cuestiones que suscita esta causa de resolución indemnizada del contrato de trabajo a instancia del trabajador consiste en determinar cuánto tiempo debe de transcurrir para que el retraso continuado justifique la extinción.

A estos efectos, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2014 (Rcud 1268/2013), resuelve un caso en el que el trabajador solicita la extinción de su contrato, al haber incurrido el empresario en retrasos continuados en el abono del subsidio de Incapacidad Temporal. Partiendo de un umbral de gravedad de más de 3 meses para que el incumplimiento de la obligación de pago puntual de la retribución sea causa de extinción del contrato por voluntad del trabajador, concluye que ha de estimarse la pretensión del trabajador. En este supuesto, los pagos posteriores empresariales no pueden dejar sin efecto la existencia de un incumplimiento empresarial grave.

4. La extinción del contrato a instancia de la mujer víctima de violencia de género.

6. OTRAS CAUSAS DE EXTINCIÓN.

Restan por destacar las siguientes causas de extinción del contrato de trabajo:

1. El mutuo acuerdo de las partes.

2. Las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario.

3. La expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio objeto del contrato. A la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación.

Los contratos de duración determinada que tengan establecido plazo máximo de duración, incluidos los contratos en prácticas y para la formación, concertados por una duración inferior a la máxima legalmente establecida, se entenderán prorrogados automáticamente hasta dicho plazo cuando no medie denuncia o prórroga expresa y el trabajador continúe prestando servicios.

Expirada dicha duración máxima o realizada la obra o servicio objeto del contrato, si no hubiera denuncia y se continuara en la prestación laboral, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación.

Si el contrato de trabajo de duración determinada es superior a un año, la parte del contrato que formule la denuncia está obligada a notificar a la otra la terminación del mismo con una antelación mínima de quince días.

4. La muerte, la gran invalidez o la invalidez permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio de los supuestos de suspensión del contrato conforme al artículo 48.2 del Estatuto de los Trabajadores.

5. La jubilación del trabajador.

6. La muerte, la jubilación en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, o la incapacidad del empresario, sin perjuicio de lo dispuesto en los supuestos de sucesión de empresas o, la extinción de la personalidad jurídica del contratante.

En los casos de muerte, jubilación o incapacidad del empresario, el trabajador tendrá derecho al abono de una cantidad equivalente a un mes de salario.

En los casos de extinción de la personalidad jurídica del contratante deberán seguirse los trámites del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

7. La fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo, siempre que su existencia haya sido debidamente constatada, tras la tramitación del expediente ante la Autoridad Laboral.

Ana María Orellana Cano.