

EL DESPIDO DISCIPLINARIO CON VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR POR PARTE DEL EMPRESARIO

Autor: Óscar Checa Monge

Director: Rafael Álvarez Gimeno

I. INTRODUCCIÓN (pp. 3-4)

II. CONCEPTOS BÁSICOS SOBRE EL TEMA (pp. 4-19)

1. Despido disciplinario: concepto y causas (pp. 4-10)
 - 1.1 Causas relativas a la prestación laboral (pp. 6-7)
 - 1.2 Causas relativas al deber de disciplina del trabajador (pp. 8-9)
 - 1.3 Causas relativas al deber de buena fe del trabajador (pp. 9-10)
2. Los derechos fundamentales del trabajador (pp. 10-19)
 - 2.1 Derecho a la igualdad y a la no discriminación (pp. 11-12)
 - 2.2 Derecho a la libertad ideológica y religiosa (p. 12)
 - 2.3 El derecho al honor (pp. 12-13)
 - 2.4 El derecho a la intimidad y dignidad personal (pp. 13-14)
 - 2.5 El derecho a la propia imagen (pp. 14-15)
 - 2.6 La libertad de expresión (pp. 15-16)
 - 2.7 La libertad de información (pp. 16-17)
 - 2.8 El derecho de reunión y manifestación (p. 17)
 - 2.9 El derecho a la tutela judicial efectiva (pp. 17-18)
 - 2.10 El derecho de huelga y la libre sindicación (pp. 18-19)

III. CALIFICACIÓN DEL DESPIDO CON VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR (pp. 19-24)

1. La calificación de nulidad del despido: supuestos de vulneración de derechos (pp. 19-20)
2. Consecuencias de la nulidad del despido (pp. 20-21)
3. Las presunciones de nulidad del despido y su relación con la tutela de derechos fundamentales (pp. 22-24)

IV. ALGUNAS SITUACIONES DE ESPECIAL PROTECCIÓN ANTE EL DESPIDO (pp. 24-32)

1. Protección a la familia (pp. 24-26)
2. Derecho de huelga (pp. 27-29)
3. Derecho a la indemnidad (pp. 29-32)

V. TRATAMIENTO PROCESAL DEL DESPIDO DISCIPLINARIO (pp. 32-38)

1. La impugnación del despido disciplinario (pp. 32-35)
2. La modalidad especial de despido disciplinario y su adaptación a la tutela de derechos fundamentales (pp. 35-37)
3. Indicios de vulneración de los derechos del trabajador por parte del empresario y la inversión en la carga de la prueba (pp. 37-38)

VI. CONCLUSIONES (pp. 38-40)

ANEXO DE ABREVIATURAS (p. 41)

BIBLIOGRAFÍA (p. 42)

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de fin de grado versará sobre el despido disciplinario con vulneración de los derechos fundamentales del trabajador por parte del empresario. Mis razones para elegir este tema giran en torno a la visión propia del derecho laboral como una de las ramas esenciales del derecho en la sociedad. Elegí el derecho laboral como rama sobre la que buscar el tema a tratar en mi trabajo de fin de grado porque creo que es una de las ramas del derecho más importantes para alcanzar de manera efectiva el Estado Social y Democrático con el que se predica en el artículo 1.1 de la Constitución. Además, con la última reforma del Estatuto de los Trabajadores, se me hace aún más importante el conocimiento amplio o especializado de esta rama por parte de los juristas debido a que cada vez los empresarios tienen más herramientas para utilizar a los trabajadores teniendo que sufrir cada vez menos perjuicios, tanto económicos, como fiscales, como legales. De este modo, observando la legalidad laboral en nuestro país, observé que, para mí, uno de los grandes retrocesos que ha conllevado esta última reforma del mercado laboral es en materia de despidos, principalmente en el despido objetivo. Pero, ahondando más en el tema, descubrí la problemática del despido disciplinario, y su interesante faceta procesal con respecto a la inversión de la carga de la prueba en los procesos de vulneración de derechos fundamentales. Y esta faceta me interesó tanto y me pareció tan importante, debido a que los derechos fundamentales son los derechos básicos de todo ciudadano, los cuales son ostentados por estos por el mero hecho de ser ciudadanos, y su vulneración, tanto desde el punto de vista legal, como ético, es tan reprobable, que quise aprender más sobre ello.

Para ello, en este trabajo de fin de grado voy a tratar de realizar un trabajo de investigación, principalmente a través de la jurisprudencia de los distintos juzgados, centrándome especialmente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, como altos tribunales del Poder Judicial español, en torno a los principales ámbitos del despido disciplinario con vulneración de derechos fundamentales.

Para ello, empezaré acercándome de un modo general al despido disciplinario y a los derechos fundamentales existentes en nuestro Ordenamiento jurídico, pasando por el estudio de las causas y consecuencias de la declaración de nulidad del despido. Asimismo, estudiare varios ejemplos en los que se realiza una especial protección, tanto

por el Ordenamiento jurídico como por parte de la judicatura, y acabaré centrándome específicamente en las especialidades procesales tanto del despido disciplinario, como del despido con vulneración de los derechos fundamentales, acabando con una apreciación sobre la inversión de la carga de la prueba en los procesos en los que existan indicios fundados de vulneración de los derechos fundamentales del trabajador por parte del empresario.

II. CONCEPTOS BÁSICOS SOBRE EL TEMA

1. DESPIDO DISCIPLINARIO: CONCEPTO Y CAUSAS

El despido disciplinario se regula en el art. 54 y ss. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. En el art. 54.1 del citado texto legal se establece que «El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador». Esto hace ver que el incumplimiento de sus obligaciones laborales por parte del trabajador le hace incurrir en responsabilidades, la mayor de las cuales es el despido, calificado por el Ordenamiento jurídico como «disciplinario», y diferenciándolo de otros tipos de despido, en atención a su finalidad de acto punitivo del empresario frente al trabajador.

En base al art. 1124 del CC, y al art. 54.2 de la LET, cuyo tenor literal es: «se consideran incumplimientos contractuales...»; el despido disciplinario se configura, como ya se ha apuntado previamente, como una sanción jurídico-privada que el empresario impone al trabajador a causa de una falta en el ámbito laboral. Así, la naturaleza jurídica del acto no es una resolución de contrato por un incumplimiento contractual, sino una sanción disciplinaria por uno, o varios, actos realizados por el trabajador.

Del mismo modo, el art. 54 de la LET establece esta clase de despido como «disciplinario», adjetivando, a diferencia del art. 49.1.k del mismo cuerpo legal, el despido. Como se ha apuntado anteriormente, de este modo el art. 54 reconoce diversos tipos de despido y diferencia este de los demás como «disciplinario», el cual ha de basarse en un «incumplimiento grave y culpable del trabajador».

De esta manera, la configuración jurídica del despido disciplinario como sanción empresarial al trabajador se completa con el tenor del art. 58.1 de la LET, que preceptúa: «Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales», y con la continuada jurisprudencia y doctrina que califican el despido como la mayor sanción posible en materia laboral.

Y, dado que el despido es la mayor sanción que se puede imponer en materia laboral, las razones que conllevan la aplicación de la sanción deben estar tasadas en la Ley. Esto no solo se debe al principio de seguridad jurídica que engloba todo el Ordenamiento jurídico, sino también a los principios de legalidad y tipicidad que deben regir todo el orden penal y sancionador administrativo, por lo que, dado que esta es una sanción del orden social, como tal sistema de sanciones, debe cumplir con los mencionados principios de legalidad y tipicidad. Así, estos principios actúan como limitadores de las causas tasadas en la Ley como generadoras de la responsabilidad que genera el despido disciplinario en el sentido de que, debido a la legalidad y la tipicidad, los convenios colectivos no pueden ampliar el catálogo de causas, pero ello no impide que abunden aún más que la Ley en las causas ya definidas por ella. Del mismo modo, cumpliendo con lo preceptuado en el art. 54.1, el acto que conlleve la sanción debe ser grave y culpable, entendiendo la culpabilidad tanto en el dolo como en la negligencia del trabajador.

Las causas del despido disciplinario se establecen en el art. 54.2 de la LET, siendo las siguientes:

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

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

Pero estas causas pueden organizarse también, en base a su régimen jurídico, en tres grandes bloques, los cuales voy a utilizar para mi explicación de los mismos, en base a la clasificación dada a las mismas por Alfredo Montoya en su libro *Derecho del Trabajo*, de la editorial Tecnos:

1.1 Causas relativas a la prestación laboral

Este bloque de causas de despido disciplinario engloba las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo y la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.

En relación a las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo, la conducta punible es la reducción por parte del trabajador de la jornada laboral pactada, además de suponer un quebrantamiento de la disciplina de la empresa. Pero para que esta causa exista de manera efectiva es necesaria la reiteración de las faltas. Así, reiterada jurisprudencia (SSTSJAr 732/2009 y 82/2010) ha establecido que esta causa se cumple con la reiteración de las faltas por más de dos veces; pero esta reiteración no supone sancionar dos veces la misma falta, sino una agravación de la falta de puntualidad o asistencia tal que la haga susceptible de ser causa de despido, en base a la gravedad exigida por el art. 52.1 de la LET. Pero, además de la reiteración de las faltas, el precepto exige también que estas carezcan de justificación por parte del trabajador. Esta justificación puede ser tanto previa como posterior a la falta, pero no servirán las justificaciones dadas con posterioridad al despido. Así, las faltas intermitentes, pero justificadas, dan lugar, en su caso, a despido objetivo, tal y como establece el art. 52.d) de la LET.

Con respecto a la disminución voluntaria y continuada del rendimiento normal o pactado del trabajo, dicha actuación supone la violación del deber de diligencia que el trabajador debe observar al realizar su trabajo dolosamente y de manera continuada en el tiempo. Por ello, esta causa concurre en caso de que el trabajador rebaje su rendimiento en el trabajo en señal de protesta, o por dedicar su tiempo de descanso a otras obligaciones laborales de otro trabajo, o si abandona las responsabilidades

asumidas contractualmente con el empresario; pero no incurrirá en esta causa el trabajador que disminuye su rendimiento por causas ajenas a su control. En este sentido cabe apreciar 3 tipos de causas de reducción del rendimiento del trabajador que no conllevan la realización de esta causa de despido disciplinario: causas imputables al empresario, causas imputables al trabajador pero fuera de su voluntad, como su enfermedad; y causas derivadas de las circunstancias del mercado, ajenas tanto al trabajador como al empresario.

Ahora, para determinar si el rendimiento de un trabajador concreto es el normal se ha de consultar el convenio colectivo aplicable a su puesto de trabajo, si no existe tal, o en él no se especifica nada, será el contrato de trabajo el que lo especifique, y si este tampoco se pronuncia al respecto será el observado consuetudinariamente. Así, se ha establecido en diversas normas que por rendimiento normal se entiende la cantidad de trabajo que realiza un operario medio en una hora de actividad normal, siendo «actividad normal» la realizada por un operario medio, «consciente de su responsabilidad, con un esfuerzo constante y razonable, bajo una dirección competente, sin excesiva fatiga física y mental, y sin estímulos de una remuneración con incentivos»¹. Pero la indeterminación del término legal ha obligado a la jurisprudencia a tomar como baremo de medición del «rendimiento normal» el rendimiento acostumbrado o habitual; a veces se utiliza el rendimiento habitual del propio trabajador en períodos de tiempo anteriores con idénticas condiciones de trabajo, mientras que otras veces se utiliza el rendimiento habitual de los compañeros de trabajo que realicen las mismas funciones. Pero en este sentido existe la problemática de que un trabajador reduzca su rendimiento de «óptimo» a «normal», en cuyo caso el rendimiento ha descendido pero no se ha reducido por debajo del rendimiento normal. En este sentido, la jurisprudencia está totalmente dividida (SSTS RJ 1991/3375, RJ 1990/2339, RJ 1986/3754 y RJ 1987/862, entre otras) no existiendo una postura clara al respecto, ni siquiera cuando el rendimiento normal está establecido por convenio colectivo o en el propio contrato de trabajo. Así, hay tribunales que declaran improcedente el despido cuando el rendimiento del trabajador ha disminuido conforme a los niveles previos, pero se mantiene todavía en rendimientos normales, mientras que otros tribunales decretan la procedencia del mismo.

1.2 Causas relativas al deber de disciplina del trabajador

¹ MONTOYA MELGAR, ALFREDO, *Derecho del trabajo*, 35ª edición, Tecnos, Madrid, 2014, p. 476

Este bloque de causas de despido disciplinario engloba la indisciplina o desobediencia en el trabajo, las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos, la embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo, y el acoso al empresario o a compañeros de trabajo por razones 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.

Respecto de la indisciplina o desobediencia en el trabajo, primero, destacar que las faltas de indisciplina, o la desobediencia a las órdenes del empresario han de ser graves para ser causa justa de despido disciplinario. Por ello, se exige que la orden sea legítima y acorde a la legalidad, ya que de otro modo su incumplimiento no conllevaría desobediencia, y que la negativa del trabajador sea «clara, abierta, terminante y firme», como se establece en reiterada jurisprudencia. Así, incurren en esta causa los trabajadores que se nieguen a cumplir una orden de desplazamiento o el que se niega a cumplimentar, sin justificación, el parte diario de control del trabajo. Del mismo modo, cabe entender que incurre en esta causa de despido disciplinario el trabajador que se niega a prestar los servicios mínimos obligatorios durante una huelga.

En relación a las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos, cabe destacar, primeramente, que la jurisprudencia (SSTC 56/2008 y 203/2015, entre otras) incluye también las ofensas físicas o verbales al público o a la clientela. Dichas ofensas pueden consistir tanto en injurias, calumnias, amenazas o coacciones, como en agresiones físicas o ademán de realizarlas. También el acoso psicológico hace que concurra esta causa, así como los intentos frustrados de violencia contra el empresario o trabajadores de la empresa. También los ademanes despectivos se engloban en esta causa. Por lo que se podría decir que esta causa incluye cualquier conducta que implique una actitud vejatoria o humillante para alguna de las personas protegidas por el precepto.

También es importante al respecto que el trabajador será responsable tanto de los actos tipificados en esta norma que él mismo realice, como de los que realicen sus familiares o acompañantes en la empresa, si el trabajador no reacciona ante tal acto vejatorio o humillante. Del mismo modo, tales actuaciones no conllevaran la realización de las

conductas tipificadas cuando los actos se realicen como respuesta a una provocación previa.

En cuanto a la embriaguez habitual o toxicomanía, serán causa de despido disciplinario siempre que repercutan negativamente en el trabajo. Así, se cumplirá con el tenor literal de la norma si, además de repercutir negativamente en el trabajo, la embriaguez o toxicomanía es habitual, pero que sea esporádica no exime al trabajador de su responsabilidad, siendo también causa de despido disciplinario si, aun siendo esporádica, repercute gravemente sobre el trabajo.

Y, con respecto al acoso al empresario o a compañeros de trabajo por razones 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, nada cabe añadir, debido a que el precepto es meridiano conforme a las actitudes que tipifica.

1.3 Causas relativas al deber de buena fe del trabajador

Este bloque de causas de despido disciplinario engloba la letra d del art. 54.2 de la LET, que tipifica como punible la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

En este sentido, son causa de despido disciplinario tanto los actos que producen un perjuicio económico a la empresa, como pueden ser el hurto, el robo o la estafa, como cualesquiera otros actos contrarios al deber de buena fe que debe observar el trabajador, como, por ejemplo, la realización de trabajos por cuenta propia o ajena en períodos de baja laboral, el descuido grave de en el cumplimiento de los deberes inherentes al cargo, o la falsificación de las fichas de entrada y salida del trabajo, entre otros.

En todo caso se exige la culpabilidad del trabajador en la realización de las conductas descritas, exigiéndose que en unos casos el trabajador haya actuado de un modo doloso y culpable, mientras que en otros la exigencia de culpabilidad se cumple con la realización de una imprudencia grave. Por tanto, la gravedad de la actuación imprudente ha de ser suficiente para justificar la aplicación del despido-sanción; pero es aquí donde la jurisprudencia (SSTC 20/2002, 126/2003, 56/2008 y 39/2016) se encuentra dividida, habiendo tribunales que observan la gravedad necesaria solo con la realización de los actos tipificados por la norma, mientras que otros tribunales prefieren analizar las

circunstancias concretas del caso y aplicar una sanción acorde con la gravedad observada en el mismo.

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR

Los derechos fundamentales son los derechos reconocidos en la constitución como tales, es decir, los derechos establecidos en la sección primera del capítulo segundo del título primero de la Constitución (arts. 14-29). Dado que los trabajadores, aún en su carácter especial de trabajadores, como personas que realizan un trabajo remunerado por cuenta ajena, no dejan a un lado su condición de ciudadanos por esta circunstancia (condición que ha protegido reiteradamente el Tribunal Constitucional desde sus inicios hasta la actualidad), tienen reconocidos también estos derechos como fundamentales, y su tutela especial, que en última instancia serán protegidos por el Tribunal Constitucional.

Los derechos fundamentales establecidos por la constitución son derechos inespecíficos que pueden afectar a cualquier esfera de la vida, pero lo que a nosotros nos interesa es cómo actúan dichos derechos en el entorno de una relación laboral. De este modo, cabe apreciar en primer término que el equilibrio de poder que la CE predica entre el ejercicio de poder del empresario y el ámbito de las libertades del trabajador ha de verse modulado o limitado, en primera instancia, por la preeminente figura de los derechos fundamentales. De este modo, en el caso de que una decisión empresarial afecte a cualquiera de los derechos fundamentales de un trabajador ha de realizarse un juicio de proporcionalidad sobre la misma, en el cual se deberá juzgar: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, si, además, la medida es la más moderada para conseguir eficazmente el propósito buscado, y si la medida es equilibrada, en el sentido de si de la misma se derivan más beneficios para el interés general que perjuicios sobre los valores o bienes en conflicto. La exigencia de este «juicio de proporcionalidad» también viene reiterándose por la jurisprudencia constitucional.

Una vez establecidas las bases de los derechos fundamentales en la esfera laboral, entraremos a estudiarlos por separado, modulándolos a la relación laboral, ya que los derechos enumerados en los preceptos mencionados, como ya se ha dicho, tienen un carácter «inespecífico». Asimismo, existen dos derechos de carácter «específico» para los trabajadores, como son el derecho de huelga y el derecho de libertad sindical.

2.1 Derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 de la CE)

El derecho a la igualdad y a la no discriminación es un derecho que impregna todo el Ordenamiento jurídico y, como no podía ser de otra forma, también al ámbito de las relaciones laborales.

La importancia de este principio sobre el campo de las relaciones laborales se dejó patente por el Tribunal Constitucional desde sus inicios, declarando que la igualdad que predica este artículo supone que los supuestos de hecho que tengan identidad de hecho has de conllevar las mismas consecuencias jurídicas. De este modo, el precepto obliga al legislador a tenerlo siempre en cuenta a la hora de legislar y le impide «configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente aceptables, se encuentran en la misma situación» (SSTC 144/1988, 181/2000 y 190/2001). Aun así, no se tiene en la cultura jurisprudencial constitucional de nuestro país una defensa férrea de la igualdad en cualquier caso, sino en los casos en los que la desigualdad de tratamiento sea irrazonable e injustificada. En este sentido, cabe destacar la desigualdad formal que existe entre las figuras del empresario y el trabajador, con prevalencia del segundo sobre el primero, debido a las posiciones que ocupan ambos sujetos en la relación laboral, por la que el trabajador está subordinado y es dependiente del empresario, el cual es propietario de los elementos económicos y de producción anejos a la misma. También cabe destacar que en nuestro Ordenamiento jurídico el principio de igualdad del art. 14 de la CE no ha impedido la creación de normas de discriminación positiva hacia ciertos sectores de la ciudadanía, como pueden ser los discapacitados o las mujeres, que se encuentran en situaciones de desigualdad frente a otros sectores sociales con respecto al acceso al trabajo.

Otro límite que conlleva el derecho fundamental a la igualdad es la igualdad en la aplicación de la Ley. Esto significa que un mismo órgano judicial no puede desviarse en un caso concreto de la solución dada en sentencias precedentes para casos iguales sin una motivación suficiente. Este límite a la actuación judicial está ya consolidado en la jurisprudencia constitucional, la cual ha exigido para que se observe la lesión del principio de igualdad en la aplicación de la Ley:

- Que las sentencias comparadas hayan sido emitidas por el mismo órgano judicial, se hayan dictado en base a casos sustancialmente iguales y que su resolución haya sido contradictoria.
- Que el cambio de criterio del tribunal no esté lo suficientemente motivado con respecto a los principios establecidos en la Constitución, lo cual conecta el derecho fundamental de igualdad del art. 14 con el principio de interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 de la CE.

Por su parte, el derecho a la no discriminación supone que en ningún caso se permita la existencia de discriminación alguna por cualquier condición o circunstancia personal o social de los ciudadanos. En lo que respecta al trabajo, este derecho supone que los trabajadores tienen derecho a no ser discriminados «directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados», por lo que «se entenderán nulos y sin efectos los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario, que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta» (art. 4.2.c) de la LET, en relación con el art. 17.1 del mismo cuerpo legal) en relación a las materias expuestas en estos artículos.

2.2 Derecho a la libertad ideológica y religiosa (art. 15 de la CE):

La Constitución consagra la libertad ideológica y religiosa de todas las personas, sin más limitación que la necesaria para el mantenimiento del orden público. Asimismo, el segundo punto de este artículo propugna también el impedimento por el cual nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

En el plano laboral, este derecho se traduce en que los trabajadores no están obligados a declarar sobre su afiliación sindical, y tanto empresario como sindicatos están obligados a respetar este derecho personal del trabajador. De este modo, el empresario no puede obligar a los representantes sindicales en la empresa a revelar el nombre de los trabajadores afiliados a su sindicato, ni aunque dicha información le sea imprescindible para el cumplimiento de ciertas obligaciones legales.

2.3 El derecho al honor (art.18 CE):

La garantía que consagra la Constitución en su artículo 18 supone la defensa del prestigio personal, entendido, dentro de la esfera laboral, como el prestigio profesional

de la persona, de manera que protege los casos más graves de injerencia en los que «el juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta laboral de una persona» pueden constituir un auténtico ataque al honor personal del trabajador afectado, como ha determinado reiterada jurisprudencia constitucional (SSTC 223/1992, 321/1993 y 282/2000). Así, este derecho se ve afectado en los casos en los que el empresario modifica las condiciones de trabajo en base a hechos no acaecidos o cuando el empresario describe en la carta de despido de un trabajador conductas no realizadas por él para justificar el mismo. Ahora bien, para ver lesionado este derecho el menoscabo en el honor del trabajador ha de ser grave, por lo cual, la información o el relato de la conducta laboral de un trabajador en su puesto de trabajo solo resulta atentatoria del derecho al honor cuando, excediendo de la libre evaluación o calificación de una conducta laboral ajena, se utiliza para encubrir una descalificación grave del propio trabajador afectado por la misma, de modo que dichas «infamias» «pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética» en el desempeño de su actividad profesional (SSTC 180/1999 y 282/2000).

2.4 El derecho a la intimidad y dignidad personal (art. 18 de la CE):

El derecho a la intimidad y dignidad personal que se consagra en el art. 18 de la Constitución reconoce la existencia de un ámbito personal y propio que deriva de la dignidad de la persona, cuyo núcleo central radica en la facultad de «abstención de injerencias por parte de otro» dentro de dicha esfera personal. Este derecho fundamental se proyecta, en el ámbito laboral, y en relación con el art. 4.2.e) de la LET, como el derecho que tienen los trabajadores a que se les respete su intimidad y su dignidad, protegiendo especialmente las ofensas verbales o físicas por cualquiera de las razones enumeradas en el mencionado art. 4.2.e) de la LET. Esto conlleva que, aunque la relación laboral sobrepase la esfera privada que protege el derecho a la intimidad, lo cierto es que el empresario no podrá realizar intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo como externalización de las facultades de vigilancia y control que le confiere el art. 20.3 de la LET. Por ello, cualquier medida restrictiva de este derecho fundamental que lleve a cabo el empresario habrá de realizarse mediante una estricta observancia del principio de proporcionalidad entre los beneficios que supone la medida tomada y el daño o injerencia que soporta el trabajador en su derecho a la intimidad (SSTS 66/1995, 55/1996, 207/1996 y 37/1998). Así, por ejemplo, la instalación y empleo por parte del empresario instrumentos de control de la

actividad laboral, como cámaras o micrófonos, será acorde con el derecho a la intimidad y dignidad cuando la medida resulte justificada, idónea para la finalidad buscada, necesaria y equilibrada (juicio de proporcionalidad).

Ahora bien, esta no es la única esfera en la que actúa el derecho a la intimidad y dignidad del trabajador. Este principio también actúa cuando el trabajador recibe acoso sexual en el trabajo, lo cual supone que el trabajador reciba ofensas verbales o físicas de índole sexual. De este modo, el acoso sexual protegido constitucionalmente exige que se cree en el ámbito de trabajo una atmósfera desagradable mediante la realización de actos que conlleven un comportamiento libidinoso; pero, además, la protección constitucional exige que la persona que recibe tal comportamiento debe dejar patente que tales conductas son indeseadas o indeseables para ella y que los comportamientos descritos creen un «clima radicalmente odioso o ingrato» (STC 224/1999).

En el ámbito del derecho constitucional a la intimidad y dignidad personal de los trabajadores también aparece el acoso moral o psicológico en el trabajo. Este acoso se configura como un hostigamiento continuo y sistemático realizado contra el trabajador por parte del empresario, de sus superiores jerárquicos en la empresa o por sus propios compañeros del trabajador, y esta conducta ha de realizarse con un propósito de infligir en la persona del trabajador un daño psicológico destructivo, que incluso pueda llevarle a abandonar la empresa. Cabe destacar con respecto a esta dimensión del derecho a la intimidad y dignidad del trabajador que no es la conducta en sí del hostigador la que menoscaba el principio fundamental, sino la intencionalidad de su conducta: «el agresor persigue directa y decididamente la destrucción psicológica y profesional de la víctima, además del reforzamiento de su propia posición como acosador»².

2.5 El derecho a la propia imagen (art. 18 de la CE):

Este derecho, consagrado en el mismo artículo que el derecho a la intimidad y la dignidad personales, protege el interés de la persona de no ver una difusión incondicionada de su aspecto físico, «que constituye el primer elemento configurador de su intimidad y de su esfera personal, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como

² PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Derecho del Trabajo*, 20^a edic., Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p.134

individuo», de modo que la captura y difusión de la imagen de una persona solo será admisible cuando la conducta de la persona o el contexto justifiquen que prevalezca el interés ajeno o el público frente a la imagen propia (STC 99/1994).

De este modo, en la esfera del trabajo, la contratación para una prestación laboral no conllevará implícita el derecho del empresario a la comercialización de la imagen de su empleado, así como que la negativa de un trabajador a aparecer en espacios públicos promocionando la empresa por el hecho de que será captada y utilizada su imagen es legítima y éste no puede ser despedido por tal negativa.

2.6 La libertad de expresión (art. 20.1.a) de la CE):

Reiterada jurisprudencia constitucional ha defendido que el derecho a la libertad de expresión, consagrado en el art. 20 de la CE, se mantiene intacto en la relación laboral, permitiendo al trabajador «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción» (SSTC 105/1983, 204/1997, 20/2002 y 56/2008, entre otras). Claro está que la libertad de expresión, como cualquier otro derecho fundamental, está limitado por los demás derechos con los que entre en conflicto. En este sentido, tiene especial relevancia los conflictos entre la libertad de expresión y el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, en tanto en cuanto el derecho fundamental de la libertad de expresión no ampara el uso de expresiones injuriosas, insultantes o vejatorias que atenten contra la honorabilidad de la persona afectada por las mismas, sin importar si esta persona tiene relevancia pública o no. Eso sí, en el ámbito de una relación laboral las manifestaciones de una parte respecto de la otra deben enmarcarse en el contexto de dicha relación, ya que hay actitudes que en caso de no existir la relación serían legítimas, pero que en ese contexto pueden no ser legítimas. Esto es así porque el contrato de trabajo genera «un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas, no tienen por qué serlo necesariamente en el ámbito de dicha relación», como expresó el Tribunal Constitucional en su sentencia 6/1988. De este modo, en el contexto de la relación laboral el derecho a la libertad de expresión encuentra un límite adicional para su ejercicio, el cual se deriva del principio de buena fe. Pero esto no conlleva que el trabajador tenga un deber genérico de lealtad que sujeta al trabajador al interés

empresarial, ya que, como ha expresado el Tribunal Constitucional, hay que encontrar un equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo para el trabajador y su libertad constitucional. De este modo, y dada la posición preeminente que ocupan los derechos fundamentales en nuestro Ordenamiento jurídico, este equilibrio se conseguirá en la «medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva» (SSTC 99/1994, 90/1999 y 20/2002). De esta manera, el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión se ve sobrepasado en el momento en el que el trabajador comprometa y dañe un interés legítimo y claramente imprescindible del empresario.

2.7 La libertad de información (art. 20.1.d) de la CE):

Consagrado en el mismo artículo que la libertad de expresión, la libertad de información supone y protege el derecho de las personas de «comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, creando así un derecho fundamental, independiente y distinto del derecho a la libertad de expresión. Esto ha sido defendido por la jurisprudencia constitucional que los diferencia claramente, definiendo el derecho a la libertad de expresión como la mera expresión de opiniones, pensamientos o ideas, mientras que el derecho a la libertad de información como el derecho a la «libre comunicación y recepción sobre hechos» (SSTC 4/1996, 204/1997, 197/1998, 57/1999, 199/1999 y 56/2008, entre otras), cuyos titulares son tanto los medios de comunicación y los periodistas, como quien facilite una noticia veraz, así como la colectividad, en sentido amplio, como receptora de la información. Esta distinción cobra especial importancia cuando en un caso concreto se ven involucrados ambos derechos fundamentales con respecto a la actuación de una misma persona. La jurisprudencia constitucional ha dirimido estos problemas dando prevalencia a uno de los dos derechos subsumiendo ambos en el correspondiente apartado del art. 20.1 de la CE.

Por otro lado, en esta letra del precepto también se reconoce la llamada «cláusula de conciencia», la cual cobra verdadera importancia en la relación laboral de los profesionales de la información, el cual trata de dar cierta independencia a los periodistas en su función de productores de información. Así, se reconoce el derecho de estos profesionales a rescindir el contrato de trabajo cuando la empresa de comunicación en la que trabajan de un giro en su línea informativa o ideológica.

Asimismo, también protege el derecho de estos profesionales a negarse a participar en la creación de noticias contrarias a los principios éticos de la profesión.

2.8 El derecho de reunión y manifestación (art. 21 de la CE):

Este derecho fundamental consagra el derecho de todas las personas, incluidos los trabajadores, a reunirse pacíficamente sin necesidad de requerir una autorización previa para ello. De este modo, los trabajadores, o sus asociaciones, pueden reunirse o manifestarse en la vía pública simplemente dando comunicación previa a la autoridad competente, «que solo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para las personas o los bienes», como preceptúa la Constitución en su artículo 21.2. Este límite se aplica, según jurisprudencia constitucional, en casos en los que se puedan producir durante las concentraciones o manifestaciones actitudes violentas, pero para que este límite se aplique y se prohíba una concentración o manifestación no es suficiente que exista una mera sospecha de que se van a producir actos violentos, sino que se exige que quien prohíbe la reunión posea datos objetivos suficientes mediante los cuales cualquier persona pueda llegar a la conclusión de que la concentración producirá con mucha certeza desordenes públicos. De este modo, en caso de duda, como declara la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no se debería prohibir las reuniones, aplicando el principio de *favor libertatis*.

Por otro lado, el derecho de reunión en los centros de trabajo es un derecho ejercido por los trabajadores frente a los empresarios, a quienes el Ordenamiento jurídico les impone ciertas obligaciones, como puede ser la obligación de facilitar a los trabajadores un local para poder ejercer este derecho.

2.9 El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la CE):

El artículo 24 de la Constitución consagra el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, lo cual se refiere, concretamente en el ámbito laboral, al ejercicio «individual de las acciones derivadas del contrato de trabajo», como declara el artículo 4.2.g) de la LET.

De este derecho, además, se desprende otra garantía, la garantía de indemnidad, por la que no pueden derivarse para el trabajador consecuencias perjudiciales por ejercitarse

acciones judiciales legítimas, lo cual se exterioriza en la práctica como una prohibición al empresario de adoptar medidas de represalia por el ejercicio de tales acciones, y no solo en momentos procesales en los que el trabajador ya se haya comunicado con los jueces y tribunales, sino también en momentos previos a la tutela judicial en sentido estricto, como pueden ser las reclamaciones administrativas previas a la realización de un juicio contencioso-administrativo, o los medios extraprocesales de resolución de conflictos previos a los medios procesales, lo cual ha sido muy reiterado por la jurisprudencia constitucional y ahora es considerada doctrina constitucional consolidada por ciertos autores. Del mismo modo, este principio también conlleva que las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de un trabajador como consecuencia ante una reclamación realizada en la empresa serán nulas.

2.10 El derecho de huelga y la libre sindicación (art. 28 CE)

Como derechos fundamentales laborales específicos se encuentran el derecho de libertad sindical, consagrado en el primer punto del art. 28 de la CE, y el derecho de huelga, consagrado en el segundo punto del mismo artículo.

En lo que respecta a la regulación del derecho de huelga, su desarrollo normativo todavía se encuentra en el RD-L 17/77 sobre relaciones de trabajo, por lo que sus efectivos límites han sido establecidos por la doctrina constitucional desde los inicios de este Tribunal, iniciándose con la sentencia 11/1981. De este modo, la huelga se define como un cese en el trabajo, que ha de ser temporal, organizado y colectivo, utilizado por los trabajadores como medida de presión contra las decisiones empresariales. Es un derecho subjetivo de los trabajadores que se ejercita con el fin de conseguir sus propios intereses, y que en su ejercicio se perturba el normal desarrollo de la vida social, pero siempre de manera pacífica. Las huelgas deben alterar la normal correlación de fuerzas entre trabajadores y empresarios, suponiendo un perjuicio mayor para el empresario que para los trabajadores, pero no pueden devendir en conductas que sobrepasen los límites del derecho, en cuyos casos la huelga será ilícita.

Asimismo, hay ciertas conductas empresariales que si se dan en el marco del transcurso de una huelga devienen ilícitas, como pueden ser sustituir trabajadores durante la misma, o aumentar la jornada laboral de trabajadores de empresas de trabajo temporal, entre otras. Estas conductas empresariales están tipificadas porque su realización merma el sentido y la fuerza de la huelga.

En cuanto al derecho de libertad sindical, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 70/2000 y 281/2005, entre otras), en conexión con la LO 11/1985 de Libertad Sindical, ha determinado que dentro de su ámbito subjetivo no solo se encuentra la vertiente organizativa o asociativa, sino que engloba también la vertiente funcional, definiendo esta como el derecho de los sindicatos a ejercer actividades de defensa, protección y promoción de los derechos de los trabajadores, afirmando que el tenor literal del art. 28.1 de la CE no conlleva un *numerus clausus*. Por ello, lo establecido literalmente es su contenido esencial, el cual constituye su núcleo mínimo e indisponible, pero el contenido total del derecho que aquí se recoge es aún mayor. Además, este contenido del derecho puede verse ampliado de manera unilateral por el empresario entregando mejoras o más derechos a las organizaciones sindicales, en cuyo caso estos se configuran como disponibles para el empresario, quien podrá suprimirlos posteriormente. Pero ello no impide que estas mejoras o derechos estén fuera del control constitucional, ya que su posterior supresión está supeditada a la verificación de que tal acto no tenga una motivación antisindical.

III. CALIFICACIÓN DEL DESPIDO CON VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR

1. LA CALIFICACIÓN DE NULIDAD DEL DESPIDO: SUPUESTOS DE VULNERACIÓN DE DERECHOS

El despido disciplinario, como cualquier despido, puede ser impugnado por el trabajador ante el orden jurisdiccional social, lo cual dará lugar a que el juez de lo social declare el despido como procedente, improcedente o nulo. Dado que el trabajo que nos ocupa se refiere a la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, nos centraremos únicamente en la calificación del despido como nulo.

Tras la última reforma de la LET, el concepto legal de despido nulo quedó restringido, de manera que, como se especifica tanto en el artículo 55.5 de la LET, como en el artículo 108.2 de la LRJS, solo se considera nulo el despido que tenga como móvil una de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o que se

produzca con violación de los derechos y libertades fundamentales del trabajador. De este modo, nos centraremos en la calificación del despido como nulo por la vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Además de establecer los supuestos de nulidad genéricos, ambos preceptos (art. 55.5 de la LET y 108.2 de la LRJS) establecen más adelante supuestos específicos que conllevan la nulidad del despido, los cuales serán estudiados más detenidamente en el punto tercero de este bloque.

Y, para finalizar, ambos preceptos establecen una cláusula especial de exoneración de la calificación del despido como nulo, según la cual, todo despido regulado en estos artículos será nulo «lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados».

Esta nueva redacción de la LET difiere en este punto de la anterior, ya que en la anterior LET también se preveía la nulidad del despido por causas formales, limitando el despido nulo a lo que la jurisprudencia constitucional y la doctrina llamaron «despido radicalmente nulo». Este despido «radicalmente nulo» es el que nos ocupa en este trabajo, el cual fue construido inicialmente en la STC 38/1981 bajo tres premisas:

- Que la actuación empresarial fuera lesiva de los derechos fundamentales del trabajador despedido
- La inversión de la carga de la prueba (que nos ocupara más adelante en el trabajo), siendo el empresario el obligado a probar los hechos generadores de la decisión extintiva de la relación laboral, los cuales deberán ser ajenos a todo propósito discriminatorio o lesivo de los derechos fundamentales; y no el trabajador el encargado de demostrar su inocencia.
- La readmisión obligatoria del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir.

2. CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD DEL DESPIDO

Como ya se ha introducido en el punto anterior, la declaración de nulidad de cualquier despido impone al empresario la obligación de readmitir en su antiguo puesto de trabajo al trabajador despedido, así como el pago de los salarios de tramitación, o salarios dejados de percibir desde el momento en que se hizo efectiva la extinción de la relación

laboral hasta que recayó sentencia firme dictando la nulidad del despido (arts. 55.6 y 113 LRJS). Esto es así porque la sentencia priva de eficacia jurídica el acto, por lo que el despido ilegítimo nunca ha existido, entendiéndose que el trabajador no pudo trabajar por el hecho sobrevenido acaecido por voluntad del empresario. Esta opción es impuesta legalmente al empresario, el cual no puede decidir entre la readmisión del trabajador o la indemnización al mismo con 45 o 33 días de salario por año de trabajo, como sucede con el despido declarado improcedente. Además, el art. 297 de la LRJS, en relación al art. 113, también obliga al empresario a «satisfacer al recurrido la misma retribución que venía percibiendo con anterioridad a producirse aquellos hechos y continuará el trabajador prestando servicios», si la sentencia que declara la nulidad del despido, o de la decisión extintiva de la relación laboral, fuera recurrida, mientras dure la tramitación del recurso.

Asimismo, el art. 183 de la LRJS establece una indemnización adicional que el empresario deberá resarcir al trabajador en caso de haber vulnerado sus derechos fundamentales. Así, el primer punto de dicho precepto establece 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». De este modo, el juez o tribunal deberá establecer la cuantía del daño que el trabajador ha sufrido por parte del empresario por ser discriminado o porque éste vulnerara alguno de sus derechos y libertades fundamentales. Cuantía que, en todo caso, como preceptúa el punto tercero de este artículo, será compatible con cualquier otra indemnización prevista tanto en el Estatuto de los Trabajadores, como en cualquier otra norma laboral.

Además de esto, el art. 113 de la LRJS establece que, en caso de que la sentencia fuera recurrida por el empresario, ésta será ejecutada provisionalmente en los términos del art. 297 del mismo cuerpo legal, el cual preceptúa que mientras dure la tramitación del recurso este deberá satisfacer al trabajador la misma retribución que venía percibiendo el trabajador con anterioridad al despido, mientras el trabajador estará obligado a seguir prestando los servicios que prestaba con anterioridad al despido.

3. LAS PRESUNCIONES DE NULIDAD DEL DESPIDO Y SU RELACIÓN CON LA TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Como ya se ha dejado anotado en el primer punto de este bloque, tanto el artículo 55.5 de la LET como el artículo 108.2 de la LRJS establecen unos supuestos específicos que presumen automáticamente que la extinción de la relación laboral va a ser calificada por el juez de lo social como nula, cuyo tenor literal es:

- «a) El de los trabajadores durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refieren los artículos 45.1.d) y e) o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos períodos.
- b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en esta ley.
- c) El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción, delegación de guarda, acogimiento, o paternidad a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción, delegación de guarda o acogimiento del hijo o del menor».

Posteriormente, para finalizar el precepto, el legislador introdujo una cláusula de exoneración empresarial de esta presunción por la que, en estos casos, el despido no será nulo si se declara que la decisión extintiva de la relación laboral por parte del empresario no se debió a ninguno de los motivos expuestos. En estos casos, si el juez de

lo social observa que el despido no se ha debido a ninguna de las causas establecidas en este artículo deberá dictar sentencia declarando la procedencia del despido.

Estas presunciones de nulidad previstas en las normas laborales se enmarcan en la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores y trabajadoras. Así, estos supuestos preceptuados se enmarcan en la protección de derechos, principalmente el derecho a la igualdad del artículo 14 de la Constitución, pero también otros, como el derecho a la integridad personal y familiar del artículo 18 del mismo texto legal.

Pero, además de que el Ordenamiento jurídico expresamente presume como vulnerador de los derechos fundamentales el despido realizado en el marco de estas situaciones determinadas en los artículos aducidos, los tribunales siempre presumen la nulidad del despido por vulneración de los derechos fundamentales cuando el demandante (trabajador), en la demanda, aporta indicios suficientes para que el juez observe que las causas determinadas por el empresario para el despido en la comunicación al trabajador ocultan un ánimo de despedir al trabajador vulnerando sus derechos fundamentales (SSTC 38/1981, 7/1993, 90/1997 y 29/2002, entre otras). Así, el art. 181.2 de la LRJS preceptúa que «en el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y su proporcionalidad».

De este modo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 38/1981, 114/1989, 85/1995 y 138/2006, entre otras) ha determinado que para que los tribunales y jueces apliquen el art. 181.2 de la LRJS no basta una mera comunicación de la vulneración de un derecho fundamental, sino que se han de aportar argumentos suficientes para introducir en el tribunal la duda de si tal vulneración ocurrió, en cuyo caso se invierte la carga de la prueba, siendo el demandado (empresario) el que tenga que demostrar que el despido se debió a motivos totalmente ajenos a la vulneración de los derechos fundamentales aducidos por el demandante (trabajador), y que tales motivos fueron suficientes para que el trabajador fuera despedido, el cual es el único medio para poder destruir la apariencia lesiva creada por los indicios aportados por el trabajador. Este procedimiento establecido legalmente, en el que los jueces dan un valor preeminente a los indicios de vulneración de los derechos fundamentales alegadas por el trabajador en la demanda frente a las causas del despido aducidas por el empresario en su

comunicación de la extinción de la relación laboral, es esencial para la tutela de los derechos fundamentales, ya que no es el trabajador el que lleve la carga de la prueba y tenga que realizar un alegato complejo para demostrar que las causas de la comunicación del despido no son ciertas, sino que encubren un ánimo por parte del empresario de despedir al trabajador por cualquier circunstancia que vulnere algún derecho fundamental de este, sino que el trabajador solo tiene que dar indicios suficientes de tal vulneración como causa del despido, siendo el empresario el que tenga que realizar el complejo alegato de demostración de que no es así, teniendo, además, que demostrar la procedencia del despido mediante causas reales y suficientes para ello, no bastando que el despido pudiera ser calificado como improcedente.

IV. ALGUNAS SITUACIONES DE ESPECIAL PROTECCIÓN ANTE EL DESPIDO

1. PROTECCIÓN A LA FAMILIA

La protección a la familia, en la esfera laboral, tiene especial relación con el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, en todos los ámbitos laborales, como pueden ser el salario a percibir, el acceso a puestos de trabajo o el acceso a permisos o excedencias por causa de hijos; así como la discriminación existente en la sociedad, como han puesto de relieve múltiples estudios y estadísticas, contra las mujeres por razón de su embarazo, dado que este supone unos derechos de permisos retribuidos y una disminución en la realización efectiva de trabajo por parte de la trabajadora embarazada.

De este modo, el derecho fundamental a la no discriminación e igualdad de trato, del art. 14 de la CE, fue desarrollado por la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres. En este instrumento normativo se establecieron una cantidad relevante de medidas que intentan hacer efectiva esa igualdad entre sexos con la que predica la Constitución, pero que, como es bien sabido, no es realizada en la práctica. Dentro de las medidas establecidas por esta norma, una que nos incumbe especialmente es la preceptuada en su artículo 8, en el cual se afirma que «constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad». Pero, además de estar directamente relacionado con el art. 14 CE, esta protección de la familia también se apoya en otros principios constitucionales, como son el derecho a la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, establecido en el art. 40.2, por cuya garantía deben velar los poderes

públicos, así como el aseguramiento de la protección de la familia y de los hijos, preceptuado en el art. 39.1 y 39.2.

En lo que respecta a los despidos relacionados por el embarazo, las directrices para el correcto enjuiciamiento sobre la existencia de motivos discriminatorios por razón del mismo a la trabajadora embarazada se establecieron en la STC 92/2008, de 21 de julio, en relación con el art. 55.5 de la LET 1995. Esta sentencia es esencial para la valoración de la posición actual de la doctrina jurisprudencial de los tribunales españoles con respecto a este tema. Esta sentencia estableció por primera vez las directrices de la nueva doctrina del Tribunal Constitucional con respecto a la declaración de discriminación en el despido de la trabajadora embarazada, alejándose claramente de la doctrina anterior a la misma en la cual se exigía para poder apreciar por parte del tribunal la nulidad del despido realizado a una trabajadora embarazada por discriminatorio que el empresario tuviera conocimiento de la situación de embarazo de la trabajadora en el momento del despido, así como que ésta hubiera puesto en conocimiento del empresario, con anterioridad a la fecha de despido, la circunstancia del embarazo. Este hecho fue esencial para la valoración de estas situaciones por el resto de tribunales españoles, debido a que este cambio de posición del TC fue a causa de la legislación comunitaria, pero el TC fue más allá del contenido mínimo establecido por dicha legislación que también contempla como requisitos el conocimiento previo por parte del empresario de la situación de embarazo y su comunicación por parte de la trabajadora despedida para considerar el despido nulo, lo cual se tradujo en la nueva redacción de la LOIEHM. La sentencia invocada estableció, literalmente, que «nada en el art. 55.5 b) LET permite apreciar que el legislador haya establecido como exigencia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el período de embarazo de una trabajadora la acreditación del previo conocimiento del embarazo por el empresario que despidie y, menos aún, el requisito de una previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado». Este hecho supuso un gran avance en la tutela de los derechos fundamentales y subjetivos de las trabajadoras, ya que, como establece la continua jurisprudencia tras la sentencia anteriormente invocada, «el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad de las mujeres trabajadoras constituye probablemente el problema más importante -junto a la desigualdad retributiva- con el que se enfrenta la efectividad del principio de no

discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales» (SSTSJAr 135/2009 y 415/2009, entre otras).

Así, con el art. 55.5 LET 1995 y en un momento previo a la STC invocada anteriormente, los tribunales españoles han venido aplicando la nulidad del despido de las trabajadoras durante su embarazo, por discriminatorio, cuando, tras la aportación de indicios razonables por parte de la trabajadora de que el despido vulneraba sus derechos fundamentales, el empresario no aportaba pruebas de que no conocía el embarazo de la trabajadora, dado que si desconocía tal situación, difícilmente podía ser discriminatorio por tal razón el despido, se declaraba la nulidad del mismo. Pero, con esta situación doctrinal y procesal, se realizó la citada reforma de la LOIEHM, en la cual, a los supuestos previstos en el art. 55.5 LET, se añadía otro supuesto por el cual también sería declarado nulo el despido de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo, sin establecer como requisito esencial ni la previa comunicación del embarazo por parte de la trabajadora al empresario, ni el conocimiento por parte del empresario del embarazo, como se estableció en la STC 92/2008. Esta nueva redacción de la LOIEHM, como ya se ha apuntado, tiene una relevancia esencial para la tutela de los derechos fundamentales de las trabajadoras, y ello es así, en especial, por dos razones: la primera, porque establece un supuesto de nulidad cuya única excepción es la declaración de la procedencia del despido por motivos ajenos al embarazo, lo cual supone que la acreditación de una causa real y suficiente, no discriminatoria, aún improcedente no sirve para tumbar la nulidad inicial, ya que esto puede ocurrir con una causa de procedencia del despido; y la segunda razón es que el artículo delimita un ámbito temporal esencial para determinar la nulidad que es la fecha del embarazo, ni siquiera se establece como ámbito temporal el conocimiento del embarazo por parte de la trabajadora. Así, lo establecido aquí se configura como un nuevo supuesto de nulidad objetiva que es ajeno a las causas de discriminación, y, por lo tanto, a la primera parte del art. 55.5 LET, y que opera en toda situación de despido de una trabajadora embarazada, sea o no por causa discriminatoria, y conozca o no la trabajadora o el empresario el embarazo.

2. DERECHO DE HUELGA

El derecho de huelga es un derecho fundamental, consagrado en el art. 28.2 de la CE, tiene una estructura especial, debido a que es un derecho de titularidad individual, pero su ejercicio tiene naturaleza colectiva. Este derecho se reconoce a todos y cada uno de los trabajadores para la defensa de los intereses que les son propios, para lo cual, como contenido esencial del derecho, utilizarán la cesación temporal en el trabajo, siendo también contenido esencial de este derecho la facultad de convocatoria, la elección de modalidad, los objetivos, la publicidad, la negociación y la terminación. Por tanto, la huelga es un cese en el trabajo, por parte de los trabajadores, que ha de ser temporal, organizado y colectivo, que se utiliza como medida de presión al empresario. Pero, como cualquier derecho, el derecho a huelga no es ilimitado, pero la falta de revisión de su regulación, que todavía se encuentra en el RD-L 17/77, sobre relaciones de trabajo, hace que haya tenido que ser la doctrina constitucional, iniciada por la STC 11/1981, la que enmarca los límites del ejercicio de este derecho, principalmente en las relaciones entre los trabajadores que quieren apoyar y secundar una huelga con aquellos que no quieren hacerlo.

De este modo, reiterada jurisprudencia ha determinado que el derecho de huelga es un derecho subjetivo a favor de los trabajadores para presionar a la empresa para que realice los intereses de estos, perturbando el normal desarrollo de la vida social, pero siempre de manera pacífica, tratando de alterar la normal correlación de fuerzas entre empresa y trabajadores, para lo cual la huelga ha de devenir en un perjuicio superior para la empresa que para los trabajadores. Por ello, se ha venido presumiendo jurisprudencialmente que las huelgas resultan ilícitas cuando rompen la proporcionalidad que deben observar en su realización, así como la realización de sacrificios mutuos en la misma, lo cual supone un abuso del derecho por parte de los trabajadores. Pero al margen de este tipo de huelgas, la jurisprudencia ha venido aceptando como lícitas el resto de huelgas que se realizan. Del mismo modo, resultan ilícitas ciertas conductas empresariales durante la ejecución de una huelga, como son: recurrir a técnicas de sustitución externa o interna de los trabajadores, la entrega de suministros a los clientes de un centro en huelga desde otro centro de la misma sociedad, la ampliación de jornadas de trabajadores de empresas de trabajo temporal, así como la realización de cambios de turno. La posibilidad de que el empresario realice estas conductas es porque la huelga se configura en un instrumento coercitivo de presión al empresario que se considera lícito en nuestro Ordenamiento jurídico, como en

muchos otros, razón por la cual esas conductas empresariales están tipificadas, debido a que su realización resta fuerza a la huelga, diluyendo su esencia y su razón de ser, ya que la presión se realiza impidiendo que la unidad de producción deje de funcionar temporalmente, y estas medidas impiden que tal unidad de trabajo deje de funcionar.

Del mismo modo, la publicidad de la huelga, que antes apuntábamos como contenido esencial del derecho recogido en el art. 28.2 de la CE, es fundamental para la misma, ya que su función es tratar de adherir a la misma al máximo número de trabajadores para que la misma tenga la mayor fuerza posible. Pero, del mismo modo, como también hemos apuntado, la huelga ha de ser pacífica, no pudiendo incurrirse en coacciones, intimidaciones, amenazas, ni actos de violencia de ningún tipo, por lo que, aun con publicidad efectiva, ha de permitir a los trabajadores que no quieran secundarla que se incorporen a su puesto de trabajo. Este límite no es un mero límite legalmente establecido, sino que, como ha expresado la jurisprudencia del TC, «quien ejerce la coacción psicológica o presión moral para extender la huelga se sitúa extramuros del ámbito constitucionalmente protegido y del ejercicio legítimo del derecho reconocido en el art. 28.2 CE, tanto porque limita la libertad de los demás a continuar trabajando, como porque afecta a otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, como son la dignidad de las personas y su derecho a la integridad física y moral» (STSJPV 272/2014, de 4 de febrero).

Planteado así, someramente, el derecho de huelga, en lo que respecta al despido disciplinario en conexión con este derecho, si el trabajador aporta pruebas suficientes, al margen de los motivos aducidos por el empresario en la carta de despido, que muestren indicios de que la decisión empresarial de extinción de la relación laboral fue tomada con vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, en este caso, que fue tomada por la adhesión o el apoyo del trabajador a una huelga, se invierte, como en el caso anterior, la carga de la prueba, siendo el empresario el que tenga que demostrar que el despido no se debió a este motivo, sino que fue motivado por una causa justa y real, que dé lugar a la procedencia del despido. Además, dada la compleja estructura del derecho de huelga, cabe apreciar que no toda conducta ilícita enmarcada en ella es constitutiva de despido, diferenciando los tribunales entre casos como puede ser tirar una piedra o un huevo, o entre la pegada de un cartel o la directa pintada de un bien mueble o inmueble. Así, los tribunales realizan una ponderación de los hechos, y utilizan criterios de proporcionalidad, para determinar si los hechos concretos que

juzgan son de la gravedad y suficiencia como para tener la mayor consecuencia en el ámbito laboral, como es el despido; teniendo siempre que alegar el empresario una causa ajena a la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, la cual será la que ponderen los tribunales en base a la suficiencia para la consecuencia del despido. Así, la STS de 10 de mayo de 1990 definió esta circunstancia, estableciendo que la «adecuación de la teoría gradualista y del principio de la proporcionalidad, a la hora de calificar un despido, exige el sacrificio de las circunstancias y el contexto bajo la valoración de las conductas de manera conjunta y global, relativizando o mitigando aquellas cuando se dan en una fuente de tensión o ruptura de la paz social, que opera como atenuante».

3. DERECHO A LA INDEMNIDAD

El derecho a la indemnidad es un principio que se deriva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE. En este artículo no se hace mención expresa al mismo, aunque no es cierto que nada se diga de él, ya que en el primer punto del citado artículo se establece que «en ningún caso» puede producirse indefensión, al respecto de que todas las personas tienen el derecho de que un juez o tribunal se pronuncie al respecto del «ejercicio de sus derechos e intereses legítimos». De este modo, en este artículo 24, se introduce el principio de indemnidad de todas las personas, pero no se desarrolla, trabajo que ha sido realizado por la jurisprudencia y la doctrina constitucional. Pero, además de encontrarse recogido en la CE, hay numerosos instrumentos normativos internacionales que recogen expresamente este derecho, como son:

- El art. 5.c) del Convenio 158 de la OIT (RCL 1985, 1548) preceptúa «entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo (...) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes».
- El art. 7 de la Directiva 76/207/CEE (LCEur 1976, 44) del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, dispone: «Los Estados

miembros adoptarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra cualquier despido que constituya una reacción del empresario a una queja formulada a nivel de empresa, o a una acción judicial encaminada a hacer respetar el principio de igualdad de trato» .

- El art. 9 de la Directiva 2000/43/CE (LCEur 2000, 1850) , de 29 de junio de 2000 , relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, establece: «Los Estados miembros adoptarán en sus ordenamientos jurídicos las medidas que resulten necesarias para proteger a las personas contra cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda producirse como reacción ante una reclamación o ante un procedimiento destinado a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato».
- El art. 11 de la Directiva 2000/78/CE (LCEur 2000, 3383) del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 , relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, establece: «Los Estados miembros adoptarán en sus ordenamientos jurídicos las medidas que resulten necesarias para proteger a los trabajadores contra el despido o cualquier otro trato desfavorable adoptado por parte del empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato».
- Además, dentro de Ordenamiento jurídico interno, el art. 17.1, párrafo 2º de la LET dispone que «serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación».

El derecho, principio o garantía de indemnidad se formula como el derecho de toda persona a que, del ejercicio de sus derechos e intereses legítimos frente a jueces y tribunales, así como de los actos preparatorios previos a los mismos, así como acciones ejercidas frente a la inspección de trabajo y seguridad social, no se derive ninguna

circunstancia perjudicial hacia su persona o derechos. Como se establece en reiterada jurisprudencia constitucional, el «derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface... mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza» (SSTC 14/1993, 125/2008, 92/2009, y SSTS RJ 2013\4502, 2008\4673 y 2008\7399).

Así expuesta la garantía general de indemnidad, en el ámbito laboral, esta garantía significa que el empresario no puede tomar decisiones restrictivas de los derechos de cualquier trabajador que ejercite, o trate de ejercer, judicialmente sus derechos o intereses legítimos. Por ello, como se establece en reiterada jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional, como del Tribunal Supremo, cualquier «actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria» al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (SSTC 76/2010, 6/2011 y 10/2011, entre otras). Asimismo, la defensa de la indemnidad no se agota en el momento en el que la relación laboral entre el trabajador y el empresario finaliza, sino que continúa, o, se manifiesta también en actos previos a la existencia de la relación laboral, de modo que «la garantía de indemnidad incluso alcanza a los supuestos en que la ilegítima decisión empresarial incluso se materializa en la falta de contratación posterior al ejercicio de las acciones judiciales».

De esta jurisprudencia, ya asentada, se desprende claramente la consecuencia de que la actuación empresarial «debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula», y, en lo que nos atañe, el despido, aun disciplinario, basado en otras causas, pero que realmente envuelva la razón real de que el empresario quería tomar represalias contra una actuación concreta del trabajador, que quería ver sus derechos defendidos, se considerará radicalmente nulo. Y, dada la gravedad de la actuación empresarial, el legislador ha establecido un mecanismo de defensa del derecho fundamental por el cual se invierte la carga de la prueba, obligando al demandado (el empresario) a aportar una «justificación objetiva y razonable, suficientemente probada» de que la medida se adoptó por motivos ajenos a los declarados por el demandante (el trabajador).

Cabe destacar en este punto, la conexión entre el principio de indemnidad que se ha expuesto y su conexión con la LOIEHM, que en su art. 9 establece que « se considerará discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres», demostrando la transversalidad de este principio.

V. TRATAMIENTO PROCESAL DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

1. LA IMPUGNACIÓN DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

La regulación procesal de la impugnación del despido disciplinario se establece, en concreto, en los arts. 103 y ss. de la LRJS, los cuales configuran un procedimiento específico para el despido disciplinario con especialidades propias que difieren del proceso ordinario regulado en los arts. 80 y ss. de la LRJS. Tanto el art. 103.1 de la LRJS, como el art. 59.3 de la LET, establecen un plazo de caducidad para interponer acción de reclamación contra el despido de veinte días hábiles desde la fecha de efectos del despido, siendo imprescindible el interponer la papeleta de conciliación ante el servicio de mediación, arbitraje y conciliación correspondiente, que en el caso de Aragón puede ser el SMAC o el SAMA, lo cual interrumpe el plazo de caducidad. Además, los artículos 103.1 de la LRJS y 59.3 de la LET establecen que el plazo que marcan es de caducidad a todos los efectos, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha determinado que este plazo sea aplicable también a los determinados como despidos tácitos, en los cuales el empresario no comunica directa o expresamente al trabajador el despido, pero este puede entenderlo por hechos u omisiones que revelan la decisión empresarial de extinguir la relación laboral, desde la fecha en la que el empresario realiza los hechos concluyentes y demostrativos que transmiten al trabajador su voluntad de poner fin a la relación laboral.

Como requisito previo a la interposición de la demanda, el art. 63 de la LRJS establece como obligatorio para impugnar judicialmente el despido disciplinario llevar a cabo un intento de conciliación extrajudicial previo. Este intento de conciliación o mediación

previo a la interposición de la demanda es obligatorio en todos los casos, salvo en los enumerados en el art. 64, entre los cuales se encuentra la tutela de derechos fundamentales. Esta obligación de asistencia al acto de conciliación o mediación previa se predica también en el art. 66.1 de la LRJS, añadiéndose en su punto segundo que la no comparecencia del solicitante del acto sin justa causa para ello determinará que se tenga por no presentada la papeleta de conciliación o la solicitud de mediación, teniendo que volver a solicitarla dentro del plazo de veinte días que la Ley marca para impugnar el despido disciplinario.

Tras la conclusión del acto extrajudicial de conciliación sin acuerdo, el proceso de impugnación del despido disciplinario se inicia con la interposición de la demanda, la cual deberá contener, además de los requisitos generales que para cualquier demanda establece el art. 80 de la LRJS, los requisitos especiales que para la demanda de impugnación del despido disciplinario establece el art. 104 de este mismo cuerpo jurídico, como son:

- Las características profesionales del trabajador demandante, como la antigüedad, el salario, forma y lugar de pago del mismo; lugar de trabajo, modalidad y duración del contrato, jornada laboral, categoría profesional y características especiales del trabajo, si las hubiere.
- Fecha de efectividad del despido, forma en que se produjo y hechos alegados por el empresario, y acompañando a la demanda la carta de despido, o comunicación del mismo.
- Comunicar si el trabajador despedido ostenta, o ha ostentado dentro del año anterior al despido, la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores, así como cualquier otra circunstancia relevante para la declaración del despido como nulo o improcedente.
- Comunicar el sindicato al que se encuentra afiliado al trabajador, en caso de reclamar la improcedencia del despido por falta de audiencia previa con los delegados sindicales, si los hubiera.

Tras la interposición de la demanda, como indica el art. 81 de la LRJS, el secretario judicial, dentro de los tres días posteriores a la tramitación de la demanda, transmitirá al juez la falta de jurisdicción o competencia del tribunal, en caso de que existiera, o admitirá la demanda a trámite, señalando fecha para el juicio, o comunicará a la parte

demandante los defectos u omisiones en los que haya incurrido al redactar la demanda que pudieran influir en la correcta tramitación del proceso o su terminación para que los subsane en un plazo máximo de cuatro días. Una vez transcurrido el plazo otorgado al demandante, el secretario judicial emitirá un Decreto admitiendo a trámite la demanda e indicando la fecha de celebración del juicio, en caso de que éste haya subsanado los defectos de los que adolecía la demanda, o dará cuenta al juez, en caso contrario, para que resuelva sobre la admisibilidad de la demanda. Del mismo modo, no será admitida a trámite la demanda por despido si esta no fuera acompañada por la certificación del acto de conciliación o mediación previa, o la papeleta de solicitud de las mismas, en caso de que fuera requisito imprescindible para su admisión a trámite. Por otra parte, si en la demanda hubiera petición expresa de realización de pruebas, estas serán aceptadas, o no, en el mismo decreto de admisión a trámite de la demanda, en el que se señalará la forma y fecha de las mismas.

Una vez ratificada y admitida a trámite la demanda, establece el art. 106.1 de la LRJS, que tanto en la fase de alegaciones, como en la práctica de la prueba, así como en la fase de conclusiones, corresponderá al demandado iniciar el alegato. Asimismo, le corresponderá al demandado la carga de demostrar que los hechos aducidos en la comunicación de extinción de la relación laboral son ciertos, siendo los hechos que consten en la carta de despido los únicos que puede utilizar el demandado como argumentos de oposición a la demanda en el juicio.

Como establece el art. 108 de la LRJS, tras la celebración del juicio, la impugnación del despido disciplinario, como cualquier despido, dará lugar a que el juez de lo social declare el despido como procedente, improcedente o nulo. El juez deberá declarar el despido procedente en caso de que se acredite en el juicio que el despido se debió a las causas alegadas por el empresario en su comunicación extintiva al trabajador, mientras que en caso contrario, o en caso de que el empresario no cumpliera los requisitos formales establecidos para ello, el juez deberá declarar el despido improcedente. Además, en caso de que se haya determinado que el despido fue improcedente porque las conductas realizadas por el trabajador no eran de la entidad y gravedad suficientes como para ser causa de despido, el juez podrá permitir al empresario imponer una sanción al trabajador acorde a la gravedad de la falta, sanción que el empresario podrá imponer en el plazo máximo de diez días tras la firmeza de la sentencia, plazo de caducidad de la misma, exigiéndose siempre la previa readmisión del trabajador en la

forma correcta, es decir, en el mismo puesto y circunstancias que tenía el trabajador con anterioridad al despido. En cuanto a la nulidad, como ya se ha escrito en el bloque tercero, el juez deberá determinar el despido como nulo en caso de que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación establecidas en la Constitución y en las leyes, así como cuando se produzca con violación de los derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador. Del mismo modo, se establecerá la nulidad en ciertos supuestos concretos, los cuales también están enumerados en el art. 108.2 de la LRJS.

Asimismo, como establece el art. 107 de la LRJS, además de declarar la procedencia, improcedencia o nulidad del despido, la sentencia deberá contener preceptivamente una serie de hechos que durante el juicio se determinaron como hechos probados, como son:

- La antigüedad del trabajador en la empresa, categoría profesional, salario, tiempo y forma del pago del mismo, lugar de trabajo, modalidad y duración del contrato, jornada de trabajo, y las características particulares, en caso de que existieran del trabajo realizado por el despedido.
- La fecha y forma del despido, así como los motivos aducidos por el mismo en la comunicación del mismo y los hechos acreditados en relación a estos motivos aducidos.
- Si el trabajador ostenta o ha ostentado, dentro del año anterior al despido, la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical, así como cualquier circunstancia relevante en torno a la declaración de nulidad o improcedencia.

2. LA MODALIDAD ESPECIAL DEL DESPIDO DISCIPLINARIO Y SU ADAPTACIÓN A LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En primer lugar, el art. 54.2 de la CE permite que cualquier ciudadano promueva la tutela de sus derechos fundamentales y libertades públicas ante los tribunales ordinarios.

En base a esto, el art. 184 de la LRJS establece que las demandas por despido y cualquier otro motivo de extinción del contrato, entre otras, en las que se invoque la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas se tramitarán obligatoriamente por el procedimiento propio de estas acumulando en ellos, según lo establecido en el segundo punto del art. 26 de la misma ley, las pretensiones respecto a la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas a las propias de la modalidad procesal exigida. De este modo, en lo que nos interesa, la LRJS prima la modalidad procesal del

despido disciplinario frente a la de tutela de los derechos fundamentales, teniendo que acumularse las pretensiones de esta en el procedimiento de despido. En cuanto al art. 26.2 de la LRJS, éste preceptúa que cuando se acumulen la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas a la modalidad procesal del despido disciplinario se podrá reclamar la indemnización derivada de tal lesión, así como los demás pronunciamientos propios que deban hacerse respecto de la modalidad procesal propia de la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas conforme a los arts. 182, 183 y 184 de esta ley.

De este modo, el juicio de despido disciplinario en el que además se suscite la tutela de derechos fundamentales se llevará a cabo del mismo modo que un juicio de despido disciplinario, pero con las especialidades aducidas en el art. 26.2 de la LRJS.

Así, en primer lugar, la sentencia deberá contener, además de lo referido con anterioridad, un pronunciamiento sobre si hay lugar o no al amparo judicial requerido y deberá declarar:

- La existencia o no de la lesión de derechos fundamentales o libertades públicas, determinando que derecho o libertad es la que ha sido lesionada, en base al contenido constitucional del mismo, aplicando las normas y doctrina constitucionales, aun habiendo sido mal invocadas por los litigantes.
- La nulidad del despido impugnado.
- El cese inmediato de la actuación lesionadora del derecho fundamental, la prohibición de interrumpir la conducta del trabajador cuyos derechos o libertades se han visto lesionados, o la obligación al empresario de realizar una conducta determinada y omitida previamente para reparar tal lesión.
- La reparación al demandante de su situación de disfrute de sus derechos fundamentales y libertades públicas en la situación anterior a la lesión objeto del litigio, así como la reparación pertinente por tal lesión en base a lo establecido en el artículo precedente, la cual será totalmente compatible con la indemnización que en su caso se dicte por el juez como correspondiente al trabajador por la extinción del contrato de trabajo.
- Lo que fuera procedente declarar en base a las medidas cautelares impuestas previamente.

En cuanto a la posible indemnización, el art. 183 de la LRJS establece que el juez deberá pronunciarse respecto de la cuantía de aquella cuando la sentencia considere que se ha producida una lesión de derechos fundamentales. Esta indemnización se calculará en relación a los daños morales que tal vulneración hayan causado en la víctima, como a los daños y perjuicios sufridos. Tal cuantía será determinada prudencialmente, como establece la ley, cuando la determinación exacta de la misma sea muy difícil o costosa para resarcir a la víctima y restablecerla en la situación previa a la lesión sufrida, así como para conseguir la finalidad de prevención del daño.

3. INDICIOS DE VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR POR PARTE DEL EMPRESARIO Y LA INVERSIÓN EN LA CARGA DE LA PRUEBA

En el marco de la modalidad procesal de la tutela de los derechos fundamentales, el art. 181.2 de la LRJS preceptúa que «en el acto de juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad». Esta es una garantía fundamental del procedimiento de tutela de los derechos fundamentales, cuyo alcance exacto ha sido determinado por la doctrina constitucional, desde la STC 38/1981.

Así, la denominada por la doctrina como «prueba indiciaria» tiene como finalidad evitar que no se puedan conocer los verdaderos motivos que llevaron al empresario a dar por finalizada la relación laboral, y que tal imposibilidad impida declarar la lesión de derechos fundamentales, para lo cual esta doctrina está formada por dos elementos: la aportación de indicios por parte del trabajador y la aportación de pruebas y posterior argumentación por parte del empresario. En cuanto a la aportación del trabajador, este tiene que aportar indicios que razonablemente lleven a la conclusión de que tal actuación empresarial lesionó sus derechos fundamentales. Indicios cuya finalidad es poner de manifiesto que los motivos aportados por el empresario en la carta de despido no son los reales, sino que lo fue la vulneración del derecho fundamental aducido por el trabajador. Pero, como ha puesto de relieve continuamente la jurisprudencia constitucional, la labor del demandante no debe limitarse a la mera alegación de la

vulneración de un derecho fundamental, sino que los indicios aportados por él deben permitir al tribunal deducir que tal vulneración ha ocurrido efectivamente.

De este modo, una vez realizada correctamente esta aportación de indicios suficientes por parte del trabajador puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación fue motivada por motivos totalmente ajenos a la vulneración de un derecho fundamental, así como que tales motivos tuvieron la entidad suficiente para tomar la decisión extintiva. Como determina la doctrina constitucional, solo de esta manera puede el demandado destruir la apariencia lesiva creada por los indicios aportados por la parte demandante. De modo que ésta se configura como una auténtica carga probatoria, y no como un mero intento de negar que tal vulneración alegada por el demandante no ha ocurrido, debiendo dejar claro al tribunal que las causas alegadas por el demandado son las únicas por las cuales se realizó el despido, de modo que se realizó alejado de todo propósito vulnerador de los derechos fundamentales del trabajador. De este modo, en caso de que el demandado no pueda aportar pruebas reales y suficientes que acrediten tal alejamiento de la decisión extintiva de la vulneración de los derechos fundamentales del trabajador estos se tendrán como vulnerados, adoptando el tribunal una decisión al respecto.

VI. CONCLUSIONES

Una vez terminado este trabajo de investigación cabe aportar las conclusiones personales que he alcanzado.

En primer lugar, la conclusión más clara a la que he llegado es que el planteamiento, primero del artículo 181.2 de la LRJS, y el posterior desarrollo que del mismo ha llevado a cabo la doctrina constitucional, son una de las garantías más fuertes y, por lo tanto, más importantes de los derechos subjetivos dentro de nuestro Ordenamiento jurídico.

Junto a la importancia de este hecho, destacar también que ésta no es una línea jurisprudencial de los tribunales ordinarios, o incluso de los Tribunales Superiores de Justicia de las comunidades autónomas, sino que es doctrina constitucional asentada desde los inicios de este Tribunal. Esto implica que todos los jueces y tribunales tienen

que seguiría, lo que le da una protección enorme a la aplicación de la misma dentro de la práctica judicial, lo cual me parece fundamental, teniendo en cuenta, como he dicho anteriormente, el valor que tiene esta doctrina para la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Otra conclusión que he sacado, y que tiene base en la conclusión anterior, es que los jueces y tribunales tienden a ser severos con los empresarios cuando vulneran derechos fundamentales de los trabajadores. Me refiero a que suelen aceptar los indicios del trabajador que soportan su alegato de la vulneración de derechos fundamentales por parte del empresario, y la posterior imposición de la prueba al mismo, lo cual me parece algo muy bueno para el buen funcionamiento de la sociedad como Estado Social y Democrático. Me ha sorprendido gratamente ver la cantidad de casos en los que los jueces apoyaban las tesis del trabajador frente a las tesis del empresario.

Este trabajo también me ha servido para conocer más en profundidad los derechos fundamentales de nuestro Ordenamiento jurídico y su contenido propio, así como la calificación del despido con vulneración de los mismos como nulo y la doctrina propia del periodo anterior a la reforma del Estatuto de los Trabajadores de la nulidad radical. Asimismo, este trabajo me ha servido para conocer más en profundidad una serie de supuestos de especial protección en el Ordenamiento y, en especial, la relación del despido nulo con la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva entre Hombres y Mujeres, ley cuyo contenido no conocía hasta la realización de este trabajo.

Y, por último, gran función de aprendizaje me ha supuesto el bloque quinto de este trabajo, en el que se hace referencia a los aspectos procesales del despido disciplinario con vulneración de los derechos fundamentales. Personalmente, el aspecto procesal del derecho es algo que me cuesta mucho de entender y retener en la cabeza cuando lo estudio en las aulas universitarias, pero al ser este un trabajo sobre un tema muy concreto, me ha servido para que se me haya quedado más fácilmente el aspecto puramente procesal del mismo, además de que en este caso no se me ha entregado el material a estudiar, sino que he sido yo el que ha tenido que buscarlo y estructurarlo, lo cual ha sido esencial para mi aprendizaje en este sentido.

Por lo demás, mi mayor conclusión ha sido algo que de una manera u otra he reiterado durante todo el trabajo, como es que tanto la jurisprudencia constitucional como la social son muy garantistas con los derechos fundamentales de los trabajadores, lo cual

para mí es esencial en un Estado Social y Democrático de Derecho, por lo que solo puedo pedir que esta doctrina se mantenga y no se cambie nunca.

ANEXO DE ABREVIATURAS

- **Art.:** artículo
- **Arts.:** artículos
- **ss.:** siguientes
- **LET:** Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
- **CC:** Código Civil español de 1889
- **TC:** Tribunal Constitucional
- **STC:** sentencia del Tribunal Constitucional
- **SSTC:** sentencias del Tribunal Constitucional
- **CE:** Constitución Española de 1978
- **LRJS:** Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social
- **LOIEHM:** Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres
- **RD-L 17/77:** Real Decreto-Ley 17/77, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo
- **TSJ:** Tribunal Superior de Justicia
- **STSJAr:** sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón
- **STSJPV:** sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
- **STJCE:** sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
- **P.:** página
- **PP.:** páginas

BIBLIOGRAFÍA

- ELORZA GUERRERO, F., «Extinción del contrato de trabajo: La información facilitada por el trabajador como causa del despido disciplinario», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar*, nº 72, 2003
- GARCÍA NINET, J. I., VICENTE PALACIO, A., *Derecho del Trabajo*, 8^a edic., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014
- HERNÁNDEZ GARCÍA, C., «El despido disciplinario: concepto y causas», *Boletín económico de Información Comercial Española*, nº 2804, 2004
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y., «Despido en tiempos de crisis: balance de las modificaciones españolas en los últimos tiempos», *Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 22, nº 2, 2013
- MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M. N., *Manual de Derecho del Trabajo*, 13^a edic., Comares, Granada, 2015
- MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 35^a edic., Madrid, 2014
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del trabajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 20^a edic., Madrid, 2012
- ROMERO BURILLO, A.M., MORENO I GENE, J., «El despido de trabajador por motivo de sus ausencias al trabajo tras las últimas reformas laborales», *Revista Internacional de Organizaciones*, nº 8, 2012, pp. 31-62