



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA  
CATALUNYA  
**SALA SOCIAL**

**NIG** : 08121 - 44 - 4 - 2017 - 8008399  
mmm

**Recurso de Suplicación: 4708/2019**

ILMO. SR. Andreu ENFEDAQUE MARCO  
ILMO. SR. José QUETCUTI MIGUEL  
ILMO. SR. Gregorio RUIZ RUIZ  
ILMO. SR. Ignacio M<sup>a</sup> PALOS PEÑARROYA  
ILMO. SR. Francisco Javier SANZ MARCOS  
ILMA. SRA. M<sup>a</sup> Teresa OLIETE NICOLÁS  
ILMO. SR. Felipe SOLER FERRER  
ILMA. SRA. Sara María POSE VIDAL  
ILMO. SR. Adolfo Matías COLINO REY  
ILMA. SRA. Natividad BRACERAS PEÑA  
ILMO. SR. Francisco BOSCH SALAS  
ILMO. SR. Luis REVILLA PÉREZ  
ILMO. SR. Emilio GARCÍA OLLÉS  
ILMO. SR. Luis José ESCUDERO ALONSO  
ILMO. SR. Daniel BARTOMEUS PLANA  
ILMO. SR. Núria BONO ROMERA  
ILMA. SRA. AMPARO ILLÁN TEBA  
ILMO. SR. SALVADOR SALAS ALMIRALL  
ILMO. SR. Amador GARCÍA ROS  
ILMO. SR. Félix V. AZÓN VILAS  
ILMO. SR. Joan AGUSTÍ MARAGALL  
ILMO. SR. Miguel Angel FALGUERA BARÓ  
ILMA. SRA. M<sup>a</sup> Macarena MARTÍNEZ MIRANDA  
ILMA. SRA. María Pilar MARTÍN ABELLÀ  
ILMO. SR. Carlos Hugo PRECIADO DOMENECH

En Barcelona a 21 de julio de 2020

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente





## SENTENCIA núm. 3550/2020

En el recurso de suplicación interpuesto por frente a la Sentencia del Juzgado Social 1 Mataró de fecha 12/4/2018 dictada en el procedimiento Demandas nº 427/2017 y siendo recurrido/a . Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Francisco Bosch Salas.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 12/4/2018 que contenía el siguiente Fallo:

"**ESTIMAR PARCIALMENTE** la demanda interpuesta por el trabajador demandante **D. XXXXX contra FUNDACIÓN DAINA, en materia de despido y RC., , DECLARANDO LA IMPROCEDENCIA** del despido de fecha 28.02.2017 **y condenando a la empresa demandada** “ a estar y pasar por esta declaración, A OPTAR entre readmitir al trabajador con abono de los salarios dejados de percibir sin perjuicio de lo que proceda descontar en su caso por prestaciones o por salarios recibidos en otras empresas o a satisfacerle la indemnización **719,40 euros**, calculada a razón de 33 días de salario por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades entre el día de antigüedad, 07.07.2016 hasta la fecha de despido 28.02.2017 debiendo descontar de dicha cantidad la cantidad ya abonada por la empresa demandada en concepto de indemnización, **ABSOLVIENDO A la empresa del resto de** pretensiones alegadas en su contra. La empresa demandada dispondrá de un plazo de 5 días desde la notificación de la presente sentencia para optar entre la readmisión o el pago de las indemnizaciones procedentes; opción que deberá de realizar por escrito o por comparecencia delante del Letrado de Administración de Justicia, con la advertencia que se entenderá que opta por la readmisión si no hace ejercicio de la facultad de optar. Respecto del FOGASA, procede su absolución, sin perjuicio de las responsabilidades legales que en su caso le puedan corresponder. ”.

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"**PRIMERO.-** El trabajador demandante, D. , mayor de edad con DNI nº XXXXXX, ha venido prestando servicios laborales por cuenta y bajo la dirección de la empresa y domicilio social en la localidad de , desde 07.07.2016, mediante contrato de trabajo indefinido, ostentado una categoría profesional de “contable”, a jornada parcial de 20 h semanales, percibiendo un salario mensual bruto con la inclusión de pagas extras de 1.067,81 euros, si bien en el mes de noviembre 2016 se acordó una reducción de jornada a 16h semanales pasando a percibir un salario mensual bruto de 854,26 euros, prestando servicios en el centro de trabajo de oficinas de la empresa demandada sito en la C/ , siendo de aplicación el Convenio colectivo de oficinas y despachos de Cataluña, sin que haya ostentado funciones representativas ni sindicales.





**SEGUNDO.-** En fecha 08.03.2017 la empresa demandada notificó al actor su despido mediante burofax, documento nº2 adjuntado con la demanda y cuyo contenido se da íntegramente por reproducido. La empresa demandada abonó mediante transferencia al actor la cantidad de 755,78 euros a efectos de liquidación (indemnización y parte proporcional de vacaciones).

**TERCERO.-** En fecha 4.04.2017 se llevó a cabo el acto de conciliación ante el CMAC, con el resultado intentado sin efecto por la incomparecencia de la empresa demandada, habiendo presentado la actora la correspondiente papeleta de conciliación en fecha 17.03.2017. Si bien consta en la propia papeleta de acta de conciliación que la empresa demandada realizó una aportación previa de documentación en fecha 31.03.2017 en la que hizo consta que le era imposible asistir al acta de conciliación por tener otros compromisos, manifestando su oposición a la papeleta de conciliación presentada por la actora."

**TERCERO.-** En fecha 15/5/2018 se dictó auto de aclaración de la anterior sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Procede la aclaración y rectificación de la sentencia nº nº103/2018 de fecha 12.04.2018, aclarando el fallo de la misma y quedando de la siguiente manera: "“ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el trabajador demandante D. contra , en materia de despido y RC, DECLARANDO LA IMPROCEDENCIA del despido de fecha 28.02.2017 y habiendo abonado la empresa demandada al trabajador demandante el importe de 626,46 euros en concepto de indemnización, no procede condena alguna por dicho concepto, ABSOLVIENDO A la empresa del resto de pretensiones alegadas en su contra”, manteniendo íntegramente el resto de pronunciamientos del fallo."

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado lo impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia, de fecha 04/12/18, estimó parcialmente la demanda, declaró la improcedencia del despido impugnado efectuado por Fundación Dana, que gestionaba a la Sociedad Protectora de Animales de Mataró, y desestimó la acción acumulada en reclamación de cantidad. Por posterior auto de fecha 05/15/18, se aclaró que no condenaba al abono de ningún importe en concepto de indemnización, por haberse abonado previamente la misma.

Contra dicha sentencia interpone recurso de suplicación el demandante, en base a la revisión de los hechos declarados probados y el examen del derecho aplicado, recurso que ha sido impugnado por la demandada, que formula una primera alegación de inadmisión del recurso , que debe ser resuelta como primera cuestión.





**SEGUNDO.-** La demandada, en el primer motivo de su escrito de impugnación, considera que el recurso de suplicación no debería ser admitido "por cuanto que ha existido una demora considerable en la presentación de dicho recurso, superándose con creces los plazos previstos para ello y por causa imputable al propio actor, tal y como se desprende de los escritos que conforman el expediente judicial".

En síntesis, la demandada alega que "la parte actora no ha facilitada en modo algunos los trámites de notificaciones, demorándose más de un año la fase de recurso que ahora se pretende admitir", en referencia a varias notificaciones judiciales por medio del servicio de correos que resultaron devueltas, sin utilizar la vía telemática (que considera preceptiva), por lo que considera que no debería haber sido admitido a trámite el recurso de suplicación.

Esta primera alegación de inadmisión, en los términos que está formulada, no puede ser estimada al no concretar la parte recurrida ninguna infracción procesal ni denunciar la superación de ningún plazo procesal, ni en el anuncio ni en la posterior interposición del recurso de suplicación. Tampoco consta que haya recurrido en reposición ni la diligencia de ordenación de 03/18/19 (folio 249), que tuvo por anunciado en tiempo y forma el recurso de suplicación, ni la de 20/06/19 (folio 273), que lo tuvo por interpuesto, también en tiempo y forma (folio 273).

En todo caso, la Sala -examinadas las actuaciones- no constata ninguna actuación de la parte demandante que justifique la inadmisión postulada por la demandada: así, notificada la sentencia el 05/18/18, anunció recurso de suplicación -dentro de plazo- el día 28.5 .18 (folio 231 bis), y fue la letrada recurrente la que en fecha 15/11/18 manifestó en el juzgado que no había sido emplazada para formalizar el recurso y comunicó el nuevo domicilio profesional (folio 233); por diligencia de ordenación de fecha 11/26/18 fue requerida a fin de que remitiera ambos escritos por vía telemática, dictándose nueva diligencia de ordenación en fecha 03/18/19 (folio 249) emplazando a la parte demandante para formalizar el recurso de suplicación, si bien mediante posterior diligencia de ordenación de 04/06/19 se volvió a conferir el mismo plazo, una vez corregida la falta de acceso al vídeo de grabación del juicio, previamente denunciada por la letrada del demandante. Finalmente, formalizó el recurso de suplicación en fecha 06/19/19 (folio 263), y se tuvo por formalizado en plazo por diligencia de ordenación de 06/20/19 (folio 273).

Ciertamente, la duración de tramitación del recurso de suplicación en el juzgado de instancia, previamente a su elevación a la Sala, más de un año, es del todo excesiva y, por tanto, lamentable, pero no se objetiva -ni identifica con la necesaria concreción la parte demandada- qué actuación u omisión de la parte recurrente determina su responsabilidad en este retraso desmedido, y -en todo caso- qué fundamento legal justificaría la postulada inadmisión del recurso.

Alega, también, como segunda causa de inadmisión, que el recurso de suplicación no puede ser "utilizado" como una segunda instancia, "en la que espera que el Tribunal le reconozca lo que la Juzgadora 'a quo' no le ha reconocida una vez examinada exhaustivamente la totalidad de la prueba presentada por las partes".

Esta alegación, tan genérica como la anterior, también debe ser desestimada, dado que la crítica que formula -caso de estar fundamentada- deberá de ser





invocada como motivo de desestimación de los específicos motivos del recurso de suplicación que justifiquen la misma, pero en ningún caso como causa de inadmisión del propio recurso.

**TERCERO.-** Como primer motivo, y en base al apartado b) del art. 193 LRJS, postula la recurrente la revisión de varios hechos probados.

Antes de abordar esta pretensión procede recordar que es doctrina consolidada y pacífica que para que la revisión de los hechos probados pueda ser atendida es preciso que concurren una serie de elementos "sine qua non", a saber: a) que se determinen con precisión y claridad los hechos afirmados, negados u omitidos que se consideren erróneos, contrario a lo que se ha acreditado respecto de los elementos documentales o periciales sobre los que se basa la sentencia recurrida, b) que se ofrezca al tribunal ad quem un redactado alternativo concreto y específico sobre el que debe basarse la narración fáctica refutada como incorrecta, bien sea sustituyendo algunos de sus puntos, bien complementándolos, bien incluyendo otros nuevos; c) que se citen en forma concreta los documentos o pericias respecto a las que se haga evidente el error del juzgador "a quo", sin que sea aceptable una invocación genérica o una revisión de hechos no discutidos a lo largo de las actuaciones; d) que estos documentos o pericias pongan en evidencia el error u omisión de este juzgador de forma clara, evidente, directa y patente, sin necesidad de conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y / o razonables; y e) que la revisión que se pretende sea trascendente en cuanto la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, dado que el principio de economía procesal impide incorporar hechos respecto a los que su inclusión ningún efecto práctico tendría.

Postula el recurrente varias revisiones fácticas, a las que damos específica respuesta a continuación, siguiendo el mismo orden y numeración en el que han sido formuladas, y teniendo en cuenta -también- las alegaciones de la demandada en su escrito de impugnación :

1.A): Cuestiona el recurrente la fecha de inicio de la prestación de servicios, fijada en el hecho primero en la de 07/07/16, cuando debería ser de 06.06.16, pretensión revisora que fundamenta en gran cantidad de documentos, básicamente correos electrónicos, cuya autenticidad habría quedado establecida mediante prueba testifical.

Debe ser desestimada esta primera revisión postulada: al margen de incumplir la exigencia de proponer un texto alternativo al hecho probado impugnado, el recurrente prescinde de que la Sala no puede valorar la prueba "ex novo", competencia exclusiva del magistrado / a de instancia y, por tanto, el margen de revisión que posibilita el recurso de suplicación se contrae a corregir errores u omisiones manifiestos en el ejercicio de esta competencia.

La magistrada, en el fundamento jurídico segundo "in fine", tras analizar los correos electrónicos que fundamentan la pretensión revisora del recurrente, valora y razona, en forma suficientemente clara, que de los mismos no se desprende que el recurrente estuviera sometido, en esta primera etapa de su prestación de servicios, a órdenes concretas, ni directrices, ni horario, sin que se haya acreditado que prestara servicios en las oficinas de la empresa, ni que percibiera retribución.





Y estos razonamientos de convicción no han sido objeto de específica crítica por parte de la recurrente, en orden a poner de manifiesto error u omisión esencial, déficit que -necesariamente- aboca al fracaso de esta primera pretensión revisora.

1.B): En este segundo epígrafe de este motivo de recurso, bajo el título "en relación a la jornada laboral-horas trabajadas", postula el recurrente que se especifique "que el trabajador realizaba toda una serie de horas extraordinarias ... por un total de 2.083,60 €".

Como el anterior, también debe ser desestimada esta revisión, por los mismos motivos: cuesta identificar con claridad qué hechos pretende introducir el recurrente, al no ofrecer un redactado alternativo al hecho probado impugnado, y en mezclar afirmaciones fácticas con consideraciones jurídicas,

En todo caso y como ya se ha dicho con respecto a la primera revisión fáctica, lo que se pide de la Sala, en definitiva, es que vuelva a valorar "ex novo" la prueba practicada -no sólo la documental sino también la testifical- en orden a acreditar la pretendida realización de horas extraordinarias, en lugar de poner de manifiesto el hipotético error en la valoración de la prueba que, respecto de este extremo y en forma clara y convincente, expone la magistrada en el fundamento jurídico quinto, penúltimo párrafo, de la sentencia.

Se debe desestimar también esta pretensión revisora

2.A): Bajo el título "en relación a no expresar la causa de despido, se propone la adición del siguiente ...", postula el recurrente que se añada al relato fáctico "que la empresa notifica el despido sin expresar causa (Folio 19), pretensión revisora referida al hecho probado segundo, ciertamente relevante en orden a la postulada declaración de nulidad y que, por tanto, debe ser acogida, pero mediante simple reproducción literal de la carta de despido, para eliminar el carácter predeterminando del texto alternativo postulado:

Por lo tanto, el hecho probado segundo debe quedar redactado en los siguientes términos:

"Segundo. - En fecha 03/08/17 la empresa demandada notifica al actor su despido mediante burofax (documento nº 2 adjunto a la demanda), del siguiente tenor literal:

Sr. XXXXX Mataró a 28 de febrero de 2017

Por la presente, se le notifica que esta empresa, en base a las facultades que le otorgó el artículo 52, del texto de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, ha tomado la decisión unilateral e irrevocable de extinguir el contrato de trabajo que nos une, procediendo en consecuencia a su despido con efectos de hoy 28 de febrero de 2017.

Ponemos a su disposición la indemnización que legalmente le corresponde que sube 626,46 €, así como la cantidad que le corresponde en concepto de salario pendiente hasta la fecha, quedando extinguido el contrato que nos une".

La empresa demandada abonar mediante transferencia al actor la Cantidad de 755,78 euros a efectos de liquidación (indemnización y parte proporcional de vacaciones). "







2. B): La cuarta pretensión revisora postula que incluya -sin ni siquiera especificar al hecho probado a lo que se refiere- la falta de inclusión del preaviso a la comunicación extintiva, pretensión que debe ser desestimada -por innecesaria una vez reproducida literalmente la comunicación extintiva en el hecho probado segundo, tenor literal de lo que ya se desprende la ausencia de preaviso, por otra parte ya recogida en el fundamento jurídico cuarto. Por lo demás, la valoración de la falta de preaviso es una cuestión jurídica a analizar por la vía del apartado c) del art. 193 LRJS.

3): También innecesaria resulta la última revisión postulada, referida al hecho probado tercero, que ya recoge en forma suficiente el hecho de la incomparecencia de la empresa demandada el día del intento de conciliación, en orden a la pretensión del recurrente de imposición de costas en base al art. 66 LRJS.

Se debe desestimar, por tanto, esta última pretensión revisora.

**CUARTO.-** El segundo motivo, al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS, se divide en tres apartados, que serán examinados en forma separada.

En el primero, bajo el título "en relación al primer motivo-Hecho probado primero", con cierto desorden expositivo, se denuncia la infracción de toda una serie de preceptos, denuncias que -por tanto- requieren un abordaje y resolución diferenciado, siguiendo el mismo orden y epigrafiado del recurso:

1.A) -En relación a la fecha de inicio de la relación laboral, el enunciado de la denuncia ni siquiera especifica el precepto legal infringido, aunque -más adelante- reproduce el tenor literal de los arts. 1.1 ET y 8.1 ET, que la Sala entiende que se pueden vincular a la misma.

No obstante, el déficit argumental de esta primera denuncia es manifiesto, ya que no especifica, ni en forma lacónica, en que consiste la infracción que denuncia, sin que proceda -obviamente- que la Sala sane o supla este déficit. Hay que recordar, en este sentido, que el art. 196-2 LRJS dispone no sólo que "en el escrito de interposición del recurso, junto con las alegaciones sobre su procedencia y sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos, se expresarán, con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideran infringidas ", sino, también, que" en todo caso se razonará la pertinencia y fundamentación de los motivos ", razonamiento que no se hace en el presente caso.

En todo caso, la denuncia se fundamenta en la revisión fáctica previamente formulada sobre la fecha de inicio de la prestación de servicios en régimen laboral, que ha sido desestimada.

Se debe desestimar, por tanto, esta primera denuncia.

1.B) A la misma conclusión desestimatoria se debe llegar con respecto a la segunda denuncia, referida a las horas extraordinarias, en la que tampoco identifica el precepto ni la jurisprudencia pretendidamente infringidos, con el agravante diferencial -respecto a la denuncia anterior- que ni siquiera se menciona el art. 35 ET, regulador de las horas extraordinarias.

Sin ni siquiera mantener la secuencia de epígrafes iniciada con las dos primeras denuncias, el recurrente va enunciando otros preceptos presuntamente





infringidos, pero con el mismo defecto insubsanable, una total ausencia de argumentación, que hace imposible ni siquiera su consideración ( en relación a los arts. 26 y 29 ET ), que incluyen la infracción sobre las normas de alta en el Régimen General, y la infracción de la Lisos. La letrada que firma el recurso se limita a enunciar el precepto y su contenido, sin argumentar en qué forma se habría producido la infracción denunciada.

El siguiente apartado, bajo el título "omisión o inaplicación de la doctrina jurisprudencial", reproduce parcialmente la STS 45/2018, de 01/24/18, referida a los rasgos característicos de toda relación laboral, pero -nuevamente- sin especificar en qué forma la sentencia de instancia habría infringido este criterio jurisprudencial, razonamiento del todo indispensable dado que la sentencia de instancia -en el fundamento jurídico segundo- razona extensa y fundadamente los motivos de considerar que la prestación de servicios profesionales previa al 07/07/16 no fue de carácter laboral.

El mismo defecto insubsanable, falta de argumentación de las pretendidas infracciones normativas denunciadas, concurre respecto al resto de preceptos invocados: artes. 12.4 y 35.5 ET, art. 30 del Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos, así como la diversa jurisprudencia invocada. Este déficit argumental hace inviable identificar el objeto de denuncia y el fundamento de la misma.

Deben ser desestimadas, por tanto, todas las denuncias de infracción normativa que constan en el apartado 1) de este segundo motivo, expuestas desde la séptima a la duodécima página.

#### **QUINTO.- Omisión de la causa de nulidad**

Por el contrario, sí debe ser considerada y resuelta en cuanto al fondo la denuncia que se formula en el apartado 2.A) de este segundo motivo, bajo el título "en cuanto a no expresar la causa de despido", con específica y ordenada invocación -como preceptos infringidos- de los arts. 53.1 a) ET, el art 4º del convenio 158 OIT, el art. 6.4 del Código Civil y el arte. 24.1 CE.

En síntesis, denuncia el recurrente que la carta de despido se limita a invocar el art. 52 ET, sin especificar la causa objetiva del mismo, lo que, a su entender, infringe el art. 4 del convenio 158 de la OIT y, a la luz del art. 6.4 del Código Civil, constituiría un manifiesto fraude de ley que determinaría que el despido impugnado deba declararse nulo y no improcedente. Denuncia también la doctrina establecida por las STS de 22.10.90 y 13.12.90, así como en la posterior STS de 10/11/11, y que -en todo caso- la falta de expresión de la causa genera indefensión, con vulneración del art. 24.1 CE que determinará, también, la declaración de nulidad.

Dados los términos de la denuncia formulada, es indispensable recordar el tenor literal de la carta de despido (folio 19 de las actuaciones), reproducido en el hecho probado segundo, una vez revisado:

"Por la presente, se le notifica que esta empresa, en base a las facultades que le otorgó el artículo 52, del texto de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, ha tomado la decisión unilateral e irrevocable de extinguir el contrato de trabajo que nos une, procediendo en consecuencia a su despido con efectos de hoy 28 de febrero de 2017.







Ponemos a su disposición la indemnización que legalmente le corresponde que sube 626,46 €, así como la cantidad que le corresponde en concepto de salario pendiente hasta la fecha, quedando extinguido el contrato que nos une ".

La sentencia de instancia desestima la pretensión de nulidad formulada en la demanda, en el fundamento jurídico tercero, "al no haber acreditado la parte actora que concurren en el presente caso las causas de nulidad que estipula el art. 55 ET ".

**SEXO.**- Centrado en estos términos el debate, y antes de abordar la infracción de los diferentes preceptos invocados, la Sala debe comenzar haciendo dos observaciones respecto a la jurisprudencia invocada por el recurrente como infringida.

La primera, que la STS de 11.10.11 que, ciertamente, declaró la nulidad en un supuesto sustancialmente coincidente con el presente caso, referido a una carta de despido objetivo sin especificación de la causa objetiva que la fundamentaba, hace referencia a una situación de hecho anterior a la reforma introducida en el apartado 4º del art. 53 ET y al art. 122.3 LRJS por los artículos 2.5 y 2.7, respectivamente, del RD Ley 10/2010 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, modificación normativa que comportó que el incumplimiento de requisitos formales en la comunicación del despido dejara de sancionarse judicialmente con la calificación de nulidad y pasara a calificarse con la de la simple improcedencia. Por lo tanto, la doctrina establecida en esta sentencia es, ahora mismo, inaplicable.

Y la segunda, que las STS de 22.10.90 y 13.12.90 también invocadas se refieren a la figura del "despido radicalmente nulo por fraude de ley", figura de creación jurisprudencial por parte del Tribunal Supremo a partir de 1988 pero que el propio Tribunal Supremo decidió dejar de aplicar al no verla recogida normativamente a la LPL de 1990 (STS 02/11/93, 19.1.94,14.5.94, 05/31/94, 09/16/97, entre otros).

Se trata, pues, en el presente caso de decidir si el despido objetivo del trabajador recurrente efectuado por la empresa sin alegación de causa alguna ha de ser declarado nulo, con condena a la readmisión obligatoria en su mismo puesto y condiciones de trabajo, o si, por el contrario ha de ser declarado improcedente, como ha hecho la sentencia recurrida, con condena a la máxima indemnización legal de 33 días por año, en los términos legales. Además se discuten determinadas condiciones de trabajo, como la antigüedad y salario. El trabajador recurrente entiende que se ha violado el art. 53.1 a) del Estatuto de los Trabajadores, el Convenio 158 de la OIT en su art. 4, así como determinada jurisprudencia del tribunal Supremo del 2010 y 2011, que cita. En relación con ello, señala que puede existir vulneración del art. 24.1 CE como motivo de nulidad del despido.

Se trata de nuevo en definitiva de la antigua cuestión de los despidos individuales en fraude de ley por inexistencia de causa o por causa falsa, que la jurisprudencia del tribunal Supremo declaró nulos hasta el año 1993, jurisprudencia que como es sabido abandonó ante la nueva ley de Procedimiento Laboral de 1990, que establecía concretamente las causas de nulidad del despido. A ello se añaden las nuevas circunstancias legislativas y jurisprudenciales ocurridas desde entonces, como la derogación de los denominados despidos exprés, y determinadas normas y jurisprudencia europeas, además del principio de la tutela judicial efectiva.





Para un mejor análisis del tema analizaremos separadamente primero la legislación y jurisprudencia nacionales, incluida la doctrina constitucional pertinente, para con posterioridad analizar si la legislación internacional general (Convenio nº 158 OIT) y europea (Carta Social Europea, Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea), además de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos respecto de la impugnación de despidos sin alegación de causa (STEDH 10.7.12, KMC c/ Hungría), obligan a matizar aquélla. Se trata de determinar en definitiva el sentido de la legislación y jurisprudencia nacionales, para precisar finalmente si son contradichas por el derecho internacional, que eventualmente obligue a inaplicarlas.

### **SÉPTIMO.- Legislación interna: Estatuto de los Trabajadores y ley reguladora de la Jurisdicción Social**

Como es sabido el art. 55.5 ET, referido al **despido improcedente**, dispone que “será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”. Sigue diciendo el texto que “será también nulo el despido en los siguientes supuestos: ...”, detallando exhaustivamente en tres apartados determinados casos de nulidad relacionados con la maternidad y permisos conexos con ella.

Lo mismo vale para el **despido objetivo**, conforme al art. 53.5 ET, según el que “la calificación por la autoridad judicial de la nulidad, procedencia o improcedencia de la decisión extintiva (objetiva) producirá iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario, ...” mientras que el art. 53.4 dispone que “cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio. Será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos: ...”, con un listado idéntico al que ya se ha reiterado para el despido improcedente.

**La ley procesal**, por su parte, ratifica lo dispuesto por el Estatuto de los Trabajadores en sus arts 108 y 122 para el despido disciplinario y el despido objetivo, respectivamente. El art. 108, sobre “calificación del despido por la sentencia” dispone que “1. En el fallo de la sentencia, el juez calificará el despido como procedente, improcedente o nulo. Será calificado como procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en el escrito de comunicación. En caso contrario, o *en el supuesto en que se hubieren incumplido los requisitos de forma establecidos en el número 1 del artículo 55 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, será calificado como *improcedente*. 2. Será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Será también nulo el despido en los siguientes supuestos:...” , detallando los mismos supuestos que el ET.

Finalmente, por su parte el art. **122.3**, sobre “calificación de la extinción del contrato”, por despido objetivo, dispone que “3. *La decisión extintiva se calificará de*





*improcedente cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo 53 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores [sobre los requisitos formales del despido objetivo, consistentes en escrito con indicación de causa, puesta a disposición de la indemnización etc]". Mientras que en el apartado 2 detalla los supuestos en que "la decisión extintiva será nula", relacionando de forma exhaustiva idénticos casos que en la norma sustantiva.*

Estas normas, en tanto normas especiales, prevalecen sobre las normas generales del título preliminar del Código Civil sobre fraude de ley y abuso de derecho. En todo caso el art. 6.3 del Código Civil dispone que los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, "*salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*", lo que en el presente caso ocurre respecto de la calificación como improcedente y no nulo de los despidos a que nos referimos. Por otro lado, según el art. 7.2 "La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente *indemnización* y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso". Y en todo caso, conforme al art. 4.3 estas disposiciones "se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes", en el caso de laguna de ley, incluido el supuesto de fraude de ley, cuando lo que no ocurre en el presente caso en que existe una regulación específica.

La nulidad del despido se impone pues de forma inequívoca y sin lugar a interpretación alguna cuando existe violación de derechos fundamentales, y en las materias conexas listadas de forma exhaustiva, conforme a los artículos citados. En los casos en que no se cumplan los respectivos requisitos de forma, para evitar la indefensión del trabajador, el despido se calificará de forma automática y obligatoria como improcedente, con el abono de la máxima indemnización legal. De manera que la empresa no podrá intentar discutir ningún eventual incumplimiento contractual del trabajador, o ninguna circunstancia objetiva, conforme al art. 105.2 LRJS, -en relación con el art. 120 para el despido objetivo-, según el que para justificar el despido, al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido.

No existe tampoco respecto de estas normas la posibilidad de una interpretación constitucional de la ley, de la que se pretenda derivar como conclusión que la falta de mención de causa conlleva la nulidad. La interpretación constitucional exige que la norma sea susceptible de diversos sentidos, por ser oscura y poder ser adaptada al texto constitucional. Pero cuando la norma es clara y hasta contundente en su sentido, no cabe desconocerla si no es tras una sentencia constitucional que la expulse del ordenamiento jurídico. Así **la STC 185/2014 de 4/11/2014** señala que "Conforme a una doctrina reiterada de este Tribunal, que resume la STC 189/2013, de 7 de noviembre, FJ 4, «el criterio de la interpretación conforme se puede encontrar ya en Sentencias tan tempranas como la STC 4/1981, de 2 de febrero, o la STC 122/1983, de 16 de diciembre, en cuyo fundamento jurídico 6 ya decíamos que "siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la Constitución y la otra no conforme con ella, debe admitirse la primera con arreglo a un criterio hermenéutico reiteradas veces aplicado por este Tribunal". Este criterio, que constituye ya doctrina consolidada, se desarrolla igualmente en la STC 93/1984





, cuyo FJ 5 señala que "es necesario apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución y declarar tan sólo la derogación de aquéllos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación". En similar sentido, SSTC 176/1999, de 30 de septiembre, FJ 3; 89/2004, de 25 de mayo FJ 8, o 133/2006, de 27 de abril, FJ 14». No obstante, la salvaguarda del principio de conservación de la norma encuentra su límite en las interpretaciones respetuosas tanto de la literalidad de la norma cuestionada como del contenido del mandato incorporado en la norma examinada. Como también se apunta en la STC 189/2013, FJ 4, «se erige en parámetro hermenéutico el *que la interpretación conforme se pueda deducir "de modo natural y no forzado" del tenor literal del precepto, sin afectación de la seguridad jurídica* (por todas, SSTC 176/1999, de 30 de septiembre, FJ 4; 74/2000, de 16 de marzo, FJ 3; o 56/2004, de 21 de septiembre, FJ 8)».

### **OCTAVO.- Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en relación con el despido fraudulento**

Este listado de supuestos de nulidad, aumentado con el tiempo, es lo que llevó a la jurisprudencia a modificar en su día la anterior jurisprudencia sobre el despido en fraude de ley.

Así señaló la STS 2 noviembre 1993 que "la línea jurisprudencial que se invoca con relación a la citada figura, sentada con anterioridad y para hechos anteriores a la vigencia del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, quedó siempre constreñida a despido fraudulentamente realizado; experimentó evolución restrictiva, como manifiestan, entre otras, las SS. 11-4-1990 16 de mayo y 5 de junio del mismo año y 18-6-1991, en las que se declara que la nulidad radical por despido fraudulento constituye figura excepcional y extrema, en tanto que no contemplada por el Estatuto de los Trabajadores, por lo que para calificar como tal al despido era necesario que la decisión empresarial correspondiente se hubiera producido no sólo de manera antijurídica -pues las que generan nulidad o improcedencia también afectan a despidos realizados con vulneración de la ley-, sino además con dosis de arbitrariedad especialmente intensa, atentatoria de los más elementales principios que informan el ordenamiento jurídico laboral, buscando inadecuado amparo en normas que autorizan despido causal para lograr un resultado contrario al ordenamiento jurídico, cual es obtener una declaración de improcedencia para despido carente de causa, por ser dolorosamente inventada la que se aduce.

Ya esta Sala, precisamente en la sentencia que ineficazmente ha sido invocada para el debate de la contradicción -la de 30-11-1991-, apuntaba que la línea jurisprudencial expuesta y la de admisión, por tanto, del despido radicalmente nulo por fraudulento, podría no ser conciliable con la nueva disciplina establecida por el art. 108 del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral. Y así es en efecto; el citado artículo enuncia de manera cerrada los casos en que el despido ha de ser calificado como nulo, sin que en alguno de éstos quepa incluir la referida figura, la cual, por tanto, carece actualmente de refrendo o apoyo legal".

Siguieron a ésta, entre otras las SSTS 19/1/1994, 15/12/1994, 21/2/1994, 15/12/1994, 14/3/1994, 15/12/1994, 30/1/1995, 28/2/1995, 2/6/1995, 23/5/1996, 10/7/1996, 23/7/1996, 30/12/1997, 22/1/2008.





En esta línea la STS 29/9/2014 y la de 5/5/2015 recuerdan que “una línea jurisprudencial anterior, según la cual la práctica empresarial de indicar una causa de despido que no se corresponde con el motivo real de la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo -el llamado "despido fraudulento"- no justifica por sí misma la calificación de nulidad.

De acuerdo con esta doctrina, a partir del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral , no modificado en este punto en el texto refundido de 1995 ni en la vigente LRJS , el art. 108.2 ésta última disposición "enuncia de manera cerrada los casos en que el despido ha de ser calificado como nulo", y dentro de esta relación exhaustiva no se encuentra la extinción por voluntad del empresario cuyo verdadero motivo no coincida con la causa formal expresada en la comunicación del cese.

Esta línea jurisprudencial sobre la carencia de "apoyo o refrendo legal" de la nulidad del despido fraudulento se inicia en STS 2- 11-1993 (rec. 3669/1992 ), a la que corresponden los párrafos entrecomillados, y continúa en STS 19-1-1994 (rec. 3400/1992 ), STS 23-5-1996 (rec. 2369/1995 ) y 30-12-1997 (rec. 1649/1997 ). "Cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido - concluye STS 29-2- 2001 (citada)- la calificación aplicable es la de improcedencia" del despido, y no la de nulidad del mismo”.

Entre las últimas, la STS 28/11/2017 señala que “el principal problema que el recurrente plantea, esto es, el de la calificación del despido nulo por fraude de ley o abuso de derecho, como reconoce y admite el dictamen del Ministerio Fiscal, ha de entenderse resuelto por la doctrina unificada de esta Sala cuando, en palabras del propio Ministerio Público, "no encuentra causa de nulidad en el llamado despido fraudulento".

Y así es, en efecto. En todas estas resoluciones se ha llegado invariablemente a la conclusión de que en aquellos supuestos, como los allí enjuiciados, en que la empresa no ha alegado y probado la causa justificada de extinción objetiva enunciada en el art. 52.d) del Estatuto de los Trabajadores -ET - ("faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes", que alcancen o superen determinados niveles), el despido por motivo de enfermedad o baja médica merece, en principio, la calificación de despido improcedente y no la de despido nulo.

A su vez, esta jurisprudencia sobre calificación del despido por enfermedad enlaza expresamente ( STS 29-2-2001 ) con una línea jurisprudencial anterior, según la cual la práctica empresarial de indicar una causa de despido que no se corresponde con el motivo real de la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo -el llamado "despido fraudulento"- no justifica por sí misma la calificación de nulidad.

De acuerdo con esta doctrina, a partir del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) de 1990, no modificado en este punto en el texto refundido de 1995 ni en la vigente LRJS, el art. 108.2 ésta última disposición "enuncia de manera cerrada los casos en que el despido ha de ser calificado como nulo", y dentro de esta relación exhaustiva no se encuentra la extinción por voluntad







del empresario cuyo verdadero motivo no coincida con la causa formal expresada en la comunicación del cese.

Esta línea jurisprudencial sobre la carencia de "apoyo o refrendo legal" de la nulidad del despido fraudulento se inicia en STS 2-11-1993 (rec. 3669/1992 ), a la que corresponden los párrafos entrecomillados, y continúa en STS 19-1-1994 (rec. 3400/1992 ), STS 23-5-1996 (rec. 2369/1995 ) y 30-12-1997 (rec. 1649/1997 ). "Cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido - concluye STS 29-1-2001 (citada)- la calificación aplicable es la de improcedencia" del despido, y no la de nulidad del mismo".

No puede olvidarse finalmente la serie de SSTS 5 de febrero de 2014, 17 de febrero de 2014 , dos sentencias , 18 de febrero de 2014 (dos) , 19 febrero 2014, 15 de abril de 2014, 16 de abril de 2014 (dos), 20 de mayo de 2014, 24 de junio de 2014, 25 de junio de 2014, 12 de septiembre de 2014, 21 de octubre de 2014, 10 de diciembre de 2014, 11 de diciembre de 2014, que mantienen expresamente la vigencia de la referida doctrina, en un tema referido a la nulidad de los despidos colectivos por fraude de ley por evitación de la subrogación, y a la que más adelante nos referiremos especialmente.

De esta manera ha de concluirse que la ley califica de improcedente el despido en que no se cumplen los respectivos requisitos de forma, mientras que la jurisprudencia, como no puede ser de otro modo, aplica constantemente esta calificación.

En este sentido ya la sentencia de esta Sala 7077/2004 de 15 octubre declaró que "debe matizarse que la nulidad radical del despido perdió su sentido tras la promulgación de la nueva Ley de Procedimiento Laboral y la jurisprudencia puso de manifiesto que las causas de nulidad del despido eran las enumeradas en el citado artículo 108.2 y ninguna otra, entendiéndose incluso que el fraude de Ley tampoco constituía razón para calificar como nulo un despido. Más aún ha sido el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores restrictivo en la redacción dada por la Ley 11/94 así como el nuevo artículo 108.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, no ya respeto a la nulidad radical, que el Texto Procesal de 1990 vació de contenido y razón de ser, sino respeto a la nulidad simple. Esta última solamente se puede apreciar cuando la decisión empresarial sea discriminatoria o vulnere derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador".

### **Supuesta evolución legislativa en relación por la derogación del llamado despido exprés**

En nada afecta a este hecho el que se haya derogado el denominado **despido exprés**, que no existía cuando tal doctrina fue instaurada ni en la mayor parte del tiempo en que ha regido, y que nada tiene que ver tampoco en su mantenimiento actual. Si con el hecho de tal derogación quisiera mantenerse que ahora, pero no antes, el despido llamado fraudulento ha de calificarse como nulo y ya no como improcedente, se topa con el hecho incontestable de que las normas sustantivas y procesales que determinan la calificación del despido como nulo y como improcedente son idénticas, prescindiendo por completo de esta derogación, que solo afecta al despido exprés, pero no al despido con defectos formales en la comunicación, cuyas normas reguladoras se han citado más arriba, y que dicen







ahora si acaso con más contundencia y especificación lo que ya dijeron en la LPL 1990, cuando el Tribunal Supremo modificó su doctrina por haberse modificado la ley.

### **NOVENO.- Supuesta evolución jurisprudencial**

Puede alegarse como una supuesta evolución jurisprudencial que justifique la nulidad de los despidos discutidos una serie de sentencias dictadas por el Tribunal Supremo sobre fraude de ley en relación a subrogación de determinados Consorcios andaluces.

El 124.2 LRJS indica que la demanda impugnatoria del despido colectivo podrá impugnarse -entre otros motivos- cuando «la decisión extintiva se ha adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso del derecho». Y el **124.11. LRJS** (sobre despidos colectivos) dispone que “la sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En este supuesto la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de esta ley”.

Por su parte, el art. **122.3 LRJS**, sobre “calificación de la extinción del contrato”, por despido objetivo, dispone que “*la decisión extintiva se calificará de improcedente cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo 53 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores* [sobre los requisitos formales del despido objetivo, consistentes en escrito con indicación de causa, puesta a disposición de la indemnización etc]”. Mientras que en el apartado 2 detalla los supuestos en que “la decisión extintiva será nula”, relacionando de forma exhaustiva idénticos casos que en la norma sustantiva.

De esta manera no es posible sostener que la regulación del despido colectivo obliga a declarar la nulidad de los despidos objetivos con defecto de forma. Si bien es cierto que la diferencia entre ambos despidos radica sustancialmente en razones cuantitativas, la regulación de la nulidad es completamente diferente. La razón está en el carácter colectivo de los primeros despidos, que exige una negociación con la representación de los trabajadores, con la documentación correspondiente para asegurar la existencia de la causa, de modo que la ausencia de tales requisitos -de los que puede depender el despido o no de un gran número de trabajadores- lleva a la declaración legal de nulidad. Y al contrario, el art. 123.3 LRJS dispone expresamente para el despido objetivo que “*la decisión extintiva se calificará de improcedente cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo 53 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*” [sobre los requisitos formales del despido objetivo], de manera que la diferencia en el tratamiento legal de los defectos discutidos entre ambos tipos de despidos es palmaria.

No obstante ello, el tribunal Supremo ha analizado la diferente redacción dada por el art. 124 LRJS a la impugnación de los despidos colectivos (por fraude de ley,





entre otros casos) y los supuestos de declaración de nulidad en diversos supuestos de subrogación de Consorcios andaluces, que se alegaba impedida por actitud fraudulenta, y ha concluido que “lo cierto es que la redacción del apartado 11 del mismo precepto -en que se tratan los posibles pronunciamientos de la sentencia- únicamente predica de forma expresa la declaración de nulidad respecto de los defectos procedimentales o de aportación documental que expresamente señala [falta del periodo de consultas; ausencia de la documentación obligada; inobservancia del procedimiento; inexistencia de autorización judicial en caso de concurso], «así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas», sin mencionar al cuestionado «fraude», para concluir que “**esta ausencia** en el elenco de causas de una y otra declaración no es más que un simple vacío legal, que lógicamente habrá de suplirse con la previsión contenida en el art. 6.4 del Código, a cuyo tenor los actos realizados al amparo del texto de una norma que persiga un resultado contrario al ordenamiento jurídico «se considerarán en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir». (STS 19/2/2014)

Por lo que declara la nulidad, pero ello sin perjuicio de que “d) tampoco es obstáculo (para ello) nuestra usual doctrina en torno a que tras la entrada en vigor del TR LPL/1990, *la figura -creación jurisprudencial- de nulidad del despido por fraude de ley es inexistente* [ SSTS 02/11/93 -rcud 3689/92 -; 15/12/94 ( -rcud 985/94 -; 30/01/95 -rcud 1592/94 -; 02/06/95 -rcud 3083/94 -; y 23/05/96 -rcud 2369/95 -], habida cuenta de que en el presente caso no estamos en presencia de un fraudulento despido individual, sino que enjuicamos la validez de una decisión extintiva adoptada en expediente de despido colectivo, con la que se ha pretendido eludir toda la normativa autonómica que prescribía la obligada asunción del personal por parte del SAE, y que *esta decisión de proyección colectiva tiene su propia regulación y consecuencias -particularmente las ligadas a un posible fraude- trascienden a un plano superior de intereses generales, revistiendo mucha mayor gravedad que las propias de un cese individual*” (SSTS 5 de febrero de 2014, 17 de febrero de 2014 , dos sentencias , 18 de febrero de 2014 (dos) , 19 febrero 2014, 15 de abril de 2014, 16 de abril de 2014 (dos), 20 de mayo de 2014, 24 de junio de 2014, 25 de junio de 2014, 12 de septiembre de 2014, 21 de octubre de 2014, 10 de diciembre de 2014, 11 de diciembre de 2014).

De manera que toda esta serie de sentencias recalca la pervivencia de la doctrina que pretende el recurso que sea desconocida, por la diferencia existente entre los despidos colectivos y los individuales, cuyas diferencias se recalcan.

**DÉCIMO.- Consecuencias de la falta de expresión de causa: improcedencia directa y obligada, frente a discusión sobre la existencia o no de improcedencia.**

Nótese que la razón que subyace en todos los supuestos de defectos en la comunicación del despido es el de la indefensión causada al trabajador, que ante la inconcreción de los hechos o de su ausencia no puede impugnar adecuadamente su despido por desconocimiento de su causa. Precisamente por esto, la ley, sin más requisitos, dispone la calificación del despido como improcedente, y en consecuencia impone la condena alternativa a la readmisión o a la indemnización con la máxima indemnización legal, con opción que puede ser para la empresa o para el trabajador en el caso de representantes de los trabajadores o sindicales.





Ha de resaltarse pues que esta condena automática y obligada que se obtiene, sin más fundamento que la inconcreción o la ausencia de expresión de causa, es idéntica a la que podría obtener en el caso de que se hubiera expresado correctamente la misma y el trabajador hubiera podido impugnar el despido, sin indefensión por ello. En este supuesto ordinario, si tras la alegación y prueba de los hechos fundantes del despido la empresa no logra acreditar la realidad y entidad de la causa, la sentencia deberá ser la de improcedencia, con la misma condena alternativa y opciones a que nos hemos referido. Y ello tanto en los supuestos de inconcreción de la causa, conforme a innumerables sentencias del Tribunal Supremo, como en los de falta de alegación de la causa o de causa falsa, como también en los casos de despido verbal o de despido tácito. En todos los supuestos de falta de cumplimiento de los requisitos de forma legalmente impuestos, consistentes sustancialmente en la alegación suficiente de la causa del despido, el despido es improcedente. Es cierto que en caso de cumplimiento de los requisitos de forma legales el trabajador tendrá a disposición con la carta la indemnización de 20 días por año -no la máxima de 33 días con la proporción de 45 días en su caso correspondiente-. Pero a la inversa, la empresa en tal caso de incumplimiento no podrá de ningún modo intentar acreditar la concurrencia de la causa, lo que sí obviamente puede ocurrir en el caso de cumplimiento, con la eventual declaración de procedencia del despido.

Nótese que una solución contraria, como la pretendida, en el sentido de que el despido se calificara como nulo y no como improcedente, debería aplicarse no solo a los despidos escritos sin alegación de causa, sino con mayor razón, si cabe, en los supuestos de despido verbal, y con aun mayor razón en los de despido tácito, en los que el incumplimiento de los expresados requisitos y el consiguiente desconocimiento de la razón de su despido por el trabajador es mayor, tanto en los supuestos de despido objetivo como disciplinario.

Además, ha de señalarse que de cumplirse con la forma del despido, que aquí falta, la indemnización puesta a disposición del trabajador sería únicamente la de 20 días por año de antigüedad, y no la de 33 días desde 2012 y la correspondiente anterior a razón de 45 días por año, conforme a la norma. De manera que para obtener esta última indemnización de 33 días y en su caso 45, el trabajador debería seguir un proceso por despido sobre el fondo del asunto, de resultado incierto. La ley española ante el defecto de forma de la carta impone la condena automática a la máxima indemnización, sin consideración alguna al fondo del asunto.

### **ONCE.- Violación de derechos fundamentales, escondida en todos los despidos, prescindiendo de alegación de causa**

Es obvio, por otra parte, que la falta de expresión suficiente de las razones del despido puede esconder una vulneración de derechos fundamentales, y que por tanto en estos casos el despido deberá ser declarado nulo y no improcedente. También es notorio que ello puede ocurrir en los supuestos de expresión suficiente de la causa, ya que junto a ella puede esconderse una violación de derechos fundamentales. Efectivamente, el empleador puede aprovechar cualquier eventual incumplimiento y detallarlo en la carta, para aparentar justificar un despido cuya causa real esté en una violación de derecho fundamental. En definitiva, en todos los





despidos, prescindiendo de si se alega o no concreta causa, puede subyacer una vulneración de derechos fundamentales.

Por ello el Tribunal Constitucional ha elaborado una doctrina, conforme a la que el trabajador si cree que ha sido despedido realmente por una razón que vulnere un derecho fundamental, y no por la razón indicada en la carta, puede alegar en su demanda indicios de la misma, que si se acreditan producirán la inversión de la carga de la prueba y por tanto la exigencia de que sea la empresa quien pruebe que el despido se ha producido sin relación alguna con la violación de derecho fundamental. Si tal prueba no se realiza, el despido se deberá calificar de nulo y no de improcedente (STC 111/2003, de 16 de junio, STC 72/2004, de 5 de mayo, por todas). Sin perjuicio de que en los casos de falta de concreción de la causa o de falta de alegación de la misma, el despido esté ya calificado desde el principio como improcedente, sin que la eventual prueba de la empresa de que el despido es ajeno a la violación del derecho fundamental sirva para subsanar el defecto de la carta. Es fundamental señalar que esta posibilidad de que bajo la apariencia de la carta o de falta de ella esté subyacente una violación de derecho fundamental no queda afectada por el hecho de que la empresa no alegue causa alguna, porque el trabajador conoce por las circunstancias del desarrollo de su relación laboral las eventuales violaciones de derecho de que ha sido objeto y en su caso los indicios de las mismas, y puede alegarlas sin límites en su demanda. Esta posibilidad de alegación de violación de derecho fundamental no parece facilitada por el hecho de que la carta determine una causa para el despido, en la medida en que la violación del derecho siempre aparecerá como escondida y no se expresará nunca en la carta, tanto si hay expresión de causa suficiente como si no la hay.

En definitiva, queremos subrayar con todo esto que en nuestro derecho la ilegalidad de la carta de despido es sancionada con una consecuencia que es idéntica a la que el trabajador podría obtener con una carta que expresara causa suficiente. Incluso en el presente caso se le ha puesto a disposición la indemnización, conforme al hecho probado 2º, por lo que no existe la violación que en otros supuestos puede existir. Y al revés, en la medida en que queda relevado de la necesidad de oponerse al despido intentando acreditar la irrealidad o la falta de entidad de los hechos alegados, con la consiguiente posibilidad real de que el despido sea calificado como procedente, si no lo consigue, se le garantiza el éxito de su pretensión, lo que nunca podrá ocurrir en el caso de comunicación legal. No se pretende indicar que la alegación de causa no es importante para el proceso si se trata de oponerse al despido. Sino de señalar que la consecuencia que nuestro derecho anuda a la falta de expresión de la causa no daña al trabajador, si se compara con lo que podría obtenerse en caso de expresión concreta de aquélla.

Cosa diferente sería si la ley anudara al despido ilegal la consecuencia de la readmisión, lo que no es el caso, más que en los supuestos en que en listado exhaustivo se establece la nulidad. Hemos de señalar que en el presente caso el trabajador nada alega en su demanda ni en el recurso sobre una supuesta violación de derechos fundamentales, ni pretende por ello la inversión de la carga de la prueba, por lo que nada puede sostenerse sobre esta materia.

**DOCE.- Inexistente violación de la tutela judicial efectiva en la regulación nacional del despido sin alegación de causa concreta**





Pasando al ámbito constitucional, se alega sin argumentarlo violación de la tutela judicial efectiva. Podría entenderse como posibilidad que la violación de un derecho fundamental, y por tanto la necesidad de declaración de nulidad, conforme al Estatuto de los Trabajadores y la ley reguladora de la Jurisdicción Social, se ha producido por la violación de la tutela judicial efectiva en tanto que derecho fundamental, al no haberse especificado la causa del despido por la empresa, y la sentencia no haber declarado en consecuencia la nulidad. Según esta posición, violaría a la tutela judicial efectiva el que en tales casos no se declarara la nulidad del despido.

Ha de recordarse que el art. 122.3 LRJS sobre “calificación de la extinción del contrato”, por despido objetivo, dispone que “3. *La decisión extintiva se calificará de improcedente cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo 53 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores [sobre los requisitos formales del despido objetivo, consistentes en escrito con indicación de causa, puesta a disposición de la indemnización etc]”*. Mientras que en el apartado 2 detalla los supuestos en que “la decisión extintiva será nula”, relacionando de forma exhaustiva idénticos casos que en la norma sustantiva para los despidos disciplinarios y nulos. La norma, con la jurisprudencia, excluye el defecto de forma de la carta de los supuestos de violación de derecho fundamental. *Dicho de otro modo, es la propia ley la que impone la calificación de improcedencia, con el abono de la máxima indemnización legalmente posible, excluyendo por ello que dicha regulación constituya una violación de derecho fundamental.*

Obviamente, el que una norma predique de sí misma, aunque sea implícitamente, el atenuamiento a la Constitución, no excluye la posibilidad de que en realidad la viole. Pero para que se concluya que esta violación existe y por tanto la norma se inaplique será necesario el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad y una sentencia favorable del Tribunal Constitucional. Entre tanto, conforme a la doctrina constitucional, habrá que presumir la constitucionalidad de la norma, que deberá ser aplicada. En suma, no es la actuación de la empresa en tanto que violadora de la ley, sino la ley misma la que impone la calificación de los despidos discutidos como improcedentes, y no nulos. Por lo que no cabe entender que exista una violación de la tutela judicial.

*Al revés, la violación de la tutela judicial efectiva se produce cuando deja de aplicarse una norma que no ha sido declarada inconstitucional. Así, señala la **STC 23/1988, de 22 de febrero** que “el Tribunal Central de Trabajo al «corregir» la tesis del Auto de instancia rechaza el efecto derogatorio de la Ley 34/1984, sobre el art. 12 de la Ley 35/1980, y por ello la aplicación al caso del principio de lex posterior. Entiende que de la argumentación del Auto de instancia se podría deducir, como hace el recurrente, una conclusión errónea -la de que la Ley 34/1984 habría «derogado todas las normas anteriores que establecían supuestos de inembargabilidad para sólo admitirlas en las que pudiesen declararse en lo sucesivo»-, y defiende la vigencia posible de normas anteriores a la reforma de la Ley procesal que establecieran supuestos de inembargabilidad de créditos. **Sin embargo, no ha aplicado al caso planteado el art. 12 de la Ley 35/1980, por entender que el mismo es contrario a la Constitución, y que, por ello, carecía de validez, era inaplicable, y podía considerarse «derogado por la Constitución española al atentar directamente contra el primordial principio de igualdad ante la ley que proclama el art. 14 de aquella Norma»**, ya que, «de admitirse su*







actual vigencia», se aceptaría una desigualdad de trato y una discriminación irritante que, además, en este caso impediría al trabajador obtener la tutela efectiva del art. 24.1 de la Constitución. Es la «oposición a la norma constitucional» del precepto la que entiende ha de llevar a la «denegación del privilegio alegado». El mismo razonamiento se da respecto al art. 22 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, pero, como precisa el Ministerio Fiscal, ello entraba dentro de sus atribuciones por tratarse de una norma de rango legal pero anterior a la Constitución. De ahí que hayamos de limitarnos, y también a ello limita su pretensión el recurrente, al tema de la no aplicación del art. 12 de la Ley 35/1980.

Pese a las imprecisiones terminológicas (entenderlo «derogado», no «admitirse su actual vigencia»), es claro que la Sentencia recurrida, en este fundamento jurídico tercero, ha contrastado el contenido del citado art. 12 con el principio constitucional de igualdad, y con el derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutante, haciendo un juicio adverso sobre la conformidad del precepto con los arts. 14 y 24.1 de la Constitución; ha realizado un examen directo, con resultado negativo, de la constitucionalidad de ese artículo 12 y, por ello, ha dejado de aplicarlo al caso controvertido. **El Tribunal Central de Trabajo ha venido a sustituir así con su juicio el que este Tribunal Constitucional -de suscitarse la correspondiente cuestión- podría haber realizado, y a sobreponer, en definitiva, su potestad, ejercitable sólo secundum legem, a la fuerza y al valor de la Ley (arts. 117.1 y 163 de la Constitución y art. 5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).** Su decisión no ha sido, pues, una decisión fundada en Derecho ni ha respetado el límite constitucional del respeto a la ley. Procediendo así, sin suscitar cuestión de inconstitucionalidad, el órgano judicial ha resuelto más allá de su jurisdicción y ha desconocido su sujeción a la ley (art. 117.1 de la Constitución) y ha quebrado, en la misma medida, la razonable expectativa del justiciable en orden a que su pretensión, fundada en la ley, será acogida, de no controvertirse, por el cauce idóneo, la conformidad de tal ley a la Constitución.

**La irregularidad de tal proceder no ha quedado paliada en este caso por la mención de dos Sentencias constitucionales en las que el órgano judicial habría podido creer encontrar apoyo para afirmar la inconstitucionalidad de la ley que inaplicó, pues el valor de la doctrina de este Tribunal (art. 40.2 de su Ley Orgánica) no autoriza a los órganos judiciales para negar con carácter definitivo la presunción de validez de una ley, por más que lo que en ella dispuesto se corresponda, a juicio de los jueces ordinarios, con el contenido de otro precepto legal sometido en su día a control de constitucionalidad y declarado entonces contrario a la Norma fundamental.**

El Tribunal Central de Trabajo, sí entendía no derogado el artículo 12 de la Ley 35/1980 por la posterior Ley 34/1984 y, sin embargo, contrario a la Constitución, tenía que haber planteado ante este Tribunal la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, habiendo de oír previamente además a las partes, para evitar su indefensión, y al Ministerio Fiscal, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. **Al haber realizado directamente y por sí mismo ese juicio negativo de inconstitucionalidad, dejando de aplicar un precepto legal que consideraba no derogado por la Ley posterior, ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo”.**







Ha de recordarse, por otro lado, que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene una doble vertiente, una procesal referida a la actuación del órgano jurisdiccional respecto, en general, de la posibilidad de la audiencia bilateral y la práctica de la prueba sin indefensión, y otra respecto de la aplicación de la norma por la resolución que da fin al procedimiento, que deberá evitar la arbitrariedad o irracionalidad. La STC 307/2005 de 12 diciembre declara que “según constante y reiterada doctrina de este Tribunal, el art. 24 CE, en cuanto reconoce los derechos a la tutela judicial efectiva con interdicción de indefensión, a un proceso con todas las garantías y a la defensa, ha consagrado, entre otros, los principios de contradicción e igualdad de armas, imponiendo la necesidad de que todo proceso judicial esté presidido por la posibilidad de una efectiva y equilibrada contradicción entre las partes a fin de que puedan defender sus derechos e intereses. También hemos afirmado que la interdicción de la indefensión requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo, a fin de preservar los derechos de defensa de las partes, correspondiendo a los órganos judiciales la obligación de procurar que en un proceso se dé la necesaria contradicción entre ellas, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen (por todas, SSTC 138/1999, de 22 de julio , F. 4; 114/2000, de 5 de mayo , F. 2; 178/2001, de 17 de septiembre , F. 3)”.

Tales violaciones no se atribuyen al Juzgado de Instancia, y desde luego no existen.

Por otro lado, en cuanto a la violación de la tutela judicial por la aplicación de la ley sustantiva efectuada por el órgano jurisdiccional, la **STC 285/2000 de 27 noviembre**, por todas, declara que “no siendo función de este Tribunal Constitucional examinar la interpretación de la legalidad hecha por los órganos judiciales, salvo que por manifiestamente arbitraria, claramente errónea o por no satisfacer las exigencias de proporcionalidad inherentes a la restricción de todo derecho fundamental implique por sí misma lesiones específicas de las garantías sustanciales del procedimiento constitucionalizadas en el art. 24 CE ( SSTC 140/1987, de 23 de julio , F. 2; 132/1992, de 28 de septiembre , F. 2; 138/1995, de 25 de septiembre , F. 3; 88/1997, de 5 de mayo, F. 2; 150/1997, de 29 de septiembre , F. 2; 236/1998, de 14 de diciembre , F. 2)”. O en palabras de la **STC 209/2013 de 16 diciembre** “el problema sólo adquiere relevancia constitucional cuando la interpretación de la normativa aplicable al supuesto controvertido que determina la inadmisibilidad del recurso sea manifiestamente irrazonable o arbitraria, incurra en error patente o asuma un criterio hermenéutico contrario a la efectividad del derecho a la tutela judicial ( SSTC 201/1987 , 200/1988 , 32/1989 , 155/1991 , 132/1992 , 75/1993, 302/1994 y 165/1996 ), cuando, como en este caso, de acceso a la jurisdicción se trata”.

Difícilmente puede atribuirse al Juzgado una violación de este tipo cuando se ha limitado a aplicar la calificación que las normas sustantivas y procesales efectúan del despido con infracción de forma en la carta. La aplicación efectuada por el Juzgado no es “manifiestamente arbitraria, claramente errónea” o “manifiestamente irrazonable o arbitraria”, en la medida en que aplica las normas referidas en su sentido propio, interpretado conforme a los criterios del título preliminar del Código Civil, y según la interpretación efectuada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en los términos más arriba recordados. Ya se ha señalado que en este caso no es posible una interpretación constitucional de la ley, que evite la cuestión de





inconstitucionalidad, para hacer decir a las normas sustantivas y procesales citadas al principio que la calificación del despido en el caso discutido debería ser la nulidad. Ello implicaría una tergiversación de la ley y no una interpretación suya. De manera que solo cambiándola, por el procedimiento legislativo correspondiente, o por su expulsión del ordenamiento por el Tribunal Constitucional podría aplicarse en el sentido pretendido.

Si se quiere atribuir la violación a la actitud de la empresa, no corregida por el Juzgado, ha de recordarse que la actitud de la empresa es ciertamente ilegal, en tanto contraviene las normas sobre la causalidad del despido y su expresión en la carta. Pero el Juzgado ha corregido tal actitud ilegal en los términos establecidos por la norma, al imponer de entrada y sin necesidad de ulterior consideración la improcedencia del despido, en los mismos términos en que el despido debería ser calificado si hubiera contenido una expresión clara de los motivos, y éstos no hubieran sido tenidos como suficientes por la sentencia. En definitiva, la sentencia recurrida ha corregido la ilegalidad en los términos establecidos por la ley, sin perjuicio para el trabajador respecto de lo que hubiera podido reconocer de haber podido entrar a conocer del fondo del asunto. De nuevo, si la ley aplicada por el Juzgado es la que se entiende inconstitucional, -y todo apunta a que en realidad esto es lo que se entiende - dada la imposibilidad de interpretarla de otro modo, debería ser recurrida ante el Tribunal Constitucional tras la proposición de la correspondiente cuestión. Porque es la ley y la jurisprudencia que la interpreta, y no una interpretación arbitraria del juzgado, la raíz de la calificación realizada del despido.

### **TRECE.- Despido ad nutum, frente a despido causal indemnizado en caso de violación**

Para finalizar este apartado de interpretación constitucional, hemos de recordar las **STC 22/81 Y 192/03** según las que “tanto exigencias constitucionales, como compromisos internacionales, hacen que rija entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma. Ello no quiere decir que, como poder empresarial, la facultad de despido no se enmarque dentro de los poderes que el ordenamiento concede al empresario para la gestión de su empresa y que, por ello, su regulación no haya de tener en cuenta también las exigencias derivadas del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad, *pero lo que resulta claro es que no puede deducirse de esa libertad de empresa ni una absoluta libertad contractual, ni tampoco un principio de libertad **ad nutum** de despido*” (subrayado nuestro).

Es completamente cierto que las exigencias de la carta de despido derivan del carácter causal del despido, en la medida en que el contrato solo puede extinguirse sin la concurrencia de una justa causa. Tal formulación, derivada de normas internacionales, como veremos, puede llevar a la idea de que el contrato solo puede finalizar con justa causa, y que sin ella ha de mantenerse, por tanto, mediante la declaración de nulidad del despido si esta justa causa no se alega, o quizás si no concurre. Pero la realidad es que tal interpretación, podríamos denominar fuerte, de los textos no es la que sigue nuestro ordenamiento ni la práctica totalidad de los ordenamientos europeos, *precisamente porque las normas de derecho internacional general y europeo que establecen la causalidad del despido permiten la fijación de*





*una indemnización, en caso de que no se establezca por la ley nacional la nulidad. Ello ocurre con todas las normas internacionales.*

Incidentalmente ha de indicarse que el despido “ad nutum”, que la sentencia constitucional citada prohíbe, no es precisamente el vigente en el derecho español, pues despido ad nutum significa despido sin compensación alguna, efectuado por el empresario por su propia voluntad. En el derecho español, en todo caso, además de la exigencia general de causa, rige el despido indemnizado en el supuesto de que aquél no se ajuste a la ley.

La postura contraria viene a entender que la única forma de reparar la falta de causa del despido es la nulidad, desconociendo con ello las normas de derecho internacional, que a su juicio aparentemente abonan tal posición, cuando todas recogen la posibilidad de acudir a una indemnización como forma de reparación de la ilegalidad.

#### **CATORCE.- Derecho Internacional general: Convenio 158 de la OIT**

En el ámbito del derecho internacional, que dividimos entre el internacional general y el europeo, entiende el recurrente que su despido debe de ser reparado con la declaración de nulidad, conforme al art. 4 del **Convenio 158 de la OIT**, en lo que respecta al derecho internacional general. Indica este artículo que “no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”. Sienta con ello que el despido es causal, sea por causa disciplinaria o por razones objetivas. No obstante, la consecuencia del incumplimiento de esta causalidad la establece el art. 10 del Convenio, según el que “si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y **si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados** o no consideraran posible, dadas las circunstancias, **anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada**”. De este modo el art. 10 establece dos modos de reparación del incumplimiento de la causalidad del despido, el primero *ordenar o proponer* la readmisión, y el segundo, en el caso de que ello no fuera posible en virtud de la legislación nacional, “ordenar el pago de una indemnización adecuada”, u otra reparación apropiada. La legislación española cumple con la reparación alternativa, de ordenar el pago de una indemnización adecuada, y lo hace, como es notorio, de forma automática, con la mera acreditación de que se ha producido un despido y que éste no ha expresado causa.

#### **La Carta Social Europea**

En cuanto a los preceptos de derecho internacional europeo que pudieran fundar la pretensión efectuada, cabe señalar **el artículo 24 de la Carta Social Europea** que dispone que “todos los trabajadores tienen derecho a que no se termine su empleo sin razones válidas para dicha terminación relacionadas con su capacidad o conducta o con base necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”.





Pero la carta añade en el apartado b) del mismo art. 24: “para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer: a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio; b) *el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada*”. De este modo la Carta Social europea adopta una solución semejante al del Convenio 158 de la OIT, si bien incluso con una reacción de intensidad menor que la de éste, pues en caso de incumplimiento de la prescripción de causalidad la reacción es directamente el de la imposición de “una indemnización adecuada”, si bien ciertamente entre la “otra reparación apropiada” cabe entender incluida la nulidad.

### **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea**

Finalmente, en cuanto al derecho europeo, la **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea** dispone lo siguiente: Artículo 30 – Protección en caso de despido injustificado: “todo trabajador tiene derecho a la protección contra el despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y las leyes y prácticas nacionales. Con miras a garantizar el ejercicio efectivo del derecho de protección de los trabajadores en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer: a. el derecho de todos los trabajadores a no que se ponga fin a su empleo sin razones válidas para dicha terminación relacionadas con su capacidad o conducta o sobre la base de los requisitos operativos de la empresa, establecimiento o servicio; b. *el derecho de los trabajadores cuyo empleo se rescinda sin una razón válida para una compensación adecuada u otra reparación apropiada*”.

De este texto, en la misma línea de los otros dos anteriores, resulta que el incumplimiento de la causalidad en el despido es resarcido con una compensación adecuada. La consecuencia de todo ello es que en el derecho Internacional, General y Europeo, si bien es unánime la declaración del carácter causal del despido, también lo es el que no se exige en ningún caso la nulidad como única reparación posible, de modo que ésta únicamente se cita expresamente en el Convenio OIT, y ciertamente ni siquiera se hace en los Convenios europeos.

### **QUINCE.- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10/7/2012( KMC c/ Hungría)**

Finalmente podría entenderse, y así se ha hecho, que la sentencia STEDH 10.7.12 (KMC c/ Hungría), impone la declaración de nulidad de los despidos sin alegación de causa. Se trataba de la violación del art. 6 .1 del Convenio, que dice lo siguiente: “En la determinación de sus derechos y obligaciones civiles ... todos tienen derecho a una audiencia ... justa ... por [un] ... tribunal ...”

Esta apreciación, no obstante, se ha hecho sin atención alguna al concreto tema discutido, de manera que se han sacado frases descontextualizadas, que cambian por completo su sentido. Es necesario por ello atender, conforme a la sentencia a:

“LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO:





6. El solicitante era un funcionario que trabajaba al servicio de una inspección administrativa. Aplicando la Ley No LVIII de 2010 sobre la Situación Jurídica de los Funcionarios Del Gobierno (véase infra), su empleador la despidió de servicio el 27 de septiembre de 2010 sin dar ninguna razón para ese despido.

7. La demandante no impugnó esta medida ante los tribunales, al considerar que, **a falta de motivos para su despido, no podía demandar a su antiguo empleador con ninguna perspectiva de éxito.** (subrayado nuestro)".

La sentencia del Tribunal de Derechos Humanos cita a continuación en sus antecedentes una sentencia del Tribunal Constitucional húngaro que sitúan los hechos que dieron lugar a la controversia. Esta sentencia no pudo aplicarse al caso por razones temporales:

## “II. TEXTOS NACIONALES E INTERNACIONALES RELEVANTES

16. Decisión No 8/2011 del Tribunal Constitucional. (II.18.) AB contiene los siguientes pasajes:

La Ley húngara sobre el estatuto jurídico de los servidores públicos ("Ktv.") nunca se ha basado en el principio de "no destitución", ya que ha reconocido ampliamente la posibilidad de destituir a los servidores públicos del cargo y sus motivos y condiciones. Incluso se han ampliado en el período transcurrido desde 1992. ...

2. ... La Ley sobre la Condición Jurídica de los Funcionarios del Gobierno ("Ktjt.") - con sus normas sobre la terminación de la relación jurídica oficial del gobierno - introdujo cambios esenciales en el sistema de servicio público tal como se había creado bajo el Ktv y terminó la relativa estabilidad de la relación de servicio público garantizada bajo el Ktv. ... En el Ktv las reglas sobre la terminación de la relación legal por despido de la oficina no son aplicables ... la relación legal de los funcionarios del gobierno puede ser terminada por la liberación del cargo por parte del empleador sin dar razones. ...

5. ... En cuanto a la destitución de los funcionarios del gobierno de su empleo, la ausencia de motivos para el despido y la falta de normas legales sobre la obligación del empleador de dar razones pone en peligro la "*neutralidad del partido*", la *independencia de la influencia política*, la *imparcialidad* y, por lo tanto, la *legalidad de las decisiones de la administración pública*. Los funcionarios que trabajan en la organización de la administración pública realizan sus tareas en una organización estrictamente jerárquica. [Si] a los funcionarios del gobierno no se les otorga protección contra el despido, la persona que ejerza los derechos de empleador puede, en cualquier momento y sin dar razones, suspender su empleo, [y] no se puede esperar abiertamente que defiendan sus derechos profesionales y legales y su posición, si corren el riesgo de perder sus trabajos. ...

6. ... La protección jurídica judicial general consagrada en el artículo 57 (1) de la Constitución también está garantizada por el artículo 6 § 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En su reciente jurisprudencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que gradualmente ha ampliado la aplicabilidad del artículo 6 § 1 a los conflictos laborales relacionados con el servicio de los funcionarios (Frydlender v. France [GC], no. 30979/96, CEDH 2000 VII; Vilho Eskelinen y otros v. Finlandia [GC], no. 63235/00, CEDH 2007 II; Lordan Lordanov y otros v. Bulgaria, no.







23530/02, 2 de julio de 2009) - considera el derecho a una revisión judicial efectiva como parte del derecho a un juicio justo incluido en el derecho de acceso a un tribunal. Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la protección jurídica judicial no es efectiva si existe un obstáculo procesal o sustantivo para un examen judicial genuino reclamaciones de las partes sobre el fondo (Delcourt v. Bélgica, 17 de enero de 1970, Serie A no. 11; Barberà, Messegué y Jabardo v España, 6 de diciembre de 1988, Serie A no. 146). ...

El Tribunal Constitucional sostiene que al no regular las condiciones legales de despido del empleador y al permitir la posibilidad de no dar razones para la decisión, el Legislativo restringió desproporcionadamente el derecho de los funcionarios del gobierno a la protección legal judicial, garantizada en virtud del artículo 57 (1) de la Constitución. En ausencia de la obligación de dar razones y de cualquier norma que brinde orientación para la determinación de la legalidad de un despido, el alcance de los casos (nulidad de y una barrera para el despido, violación de la igualdad de trato, abuso de derechos) en los que un funcionario del gobierno puede recurrir a los tribunales con cualquier posibilidad de éxito y en el que el tribunal puede decidir sobre los méritos de un despido se ha reducido significativamente. **En virtud de la Ktjt, en las controversias legales relacionadas con el servicio público, la ilegalidad de un despido por parte del empleador debe ser probada por el funcionario del gobierno** (subrayado nuestro).

Se hace una excepción a esta regla en los casos en que la disputa legal se basa en una violación del requisito de igualdad de trato; en tales procedimientos - bajo la sección 19 de la Ley no. CXXV de 2003 sobre la igualdad de trato y la promoción de la igualdad de oportunidades, la parte perjudicada solo necesita corroborar la violación, y corresponde al empleador demostrar que cumplió con el requisito de igualdad de trato.

... El Tribunal Constitucional sostiene que esta posición vulnerable de los funcionarios gubernamentales, que son tratados como "medios" para resolver las tareas del Estado, es contraria a la dignidad humana".

Esta amplia cita de los antecedentes de la sentencia que comentamos era imprescindible para situar la peculiaridad del supuesto contemplado: los funcionarios del gobierno húngaro podían ser despedidos libremente sin alegación de causa, de forma que se ponía "pone en peligro la *'neutralidad del partido'*, *la independencia de la influencia política, la imparcialidad y, por lo tanto, la legalidad de las decisiones de la administración pública*", al estar sometida la continuidad de su relación a la decisión de los superiores políticos. Lo extraño del caso, en tanto impuesto por la ley aplicable, es que pudiendo ser despedidos sin causa ni alegación de ella, "**en virtud de la Ktjt (ley aplicable), en las controversias legales relacionadas con el servicio público, la ilegalidad de un despido por parte del empleador debe ser probada por el funcionario del gobierno**". De manera que el trabajador puede ser despedido sin causa ni alegación de la misma, y es el propio trabajador quien debe de acreditar la ilegalidad de su despido. En estas condiciones ciertamente se comprende que el trabajador, conforme señala el Tribunal Europeo "no impugnó esta medida ante los tribunales, al considerar que, **a falta de motivos para su despido, no podía demandar a su antiguo empleador con ninguna perspectiva de éxito**".







De ahí la consideración del TEDH en el sentido de que *“es inconcebible que el solicitante pueda interponer una acción sobre el fondo, por falta de una posición conocida del empleador demandado”*, por lo que concluye que *“el despido violó su derecho a conocer las causas de su despido y hacer que su despido sea evaluado completamente por un organismo independiente, según lo dispuesto en el artículo 6 CEDH.”*

De ahí, sin necesidad de mayor argumentación, no cabe entender que exista la menor analogía entre el supuesto enjuiciado por el tribunal europeo y la legislación española que regula las consecuencias de la falta de alegación de causa, que es directa y automáticamente la improcedencia, con la máxima indemnización legal, y en que en consecuencia el trabajador tiene mayores facilidades de éxito que en el supuesto de que las causas fueran precisamente alegadas. *Tener que probar la ilegalidad del despido por parte del trabajador al que no se ha comunicado causa alguna, es una prueba diabólica, y la norma en que ello se funda ciertamente viola el derecho fundamental del trabajador a acceder a la justicia.*

La conclusión que debe sacarse de este análisis de las normas y jurisprudencia internacionales, es que de ellas no se deduce en modo alguno que la legislación española que declara improcedente el despido realizado sin alegación de causa, con la indemnización correspondiente, contradiga tales normas internacionales, en la medida esta indemnización está prevista expresamente por ellas como consecuencia del incumplimiento del principio de causalidad del despido, y en que la jurisprudencia referida en modo alguno es aplicable a la legislación española, que no viola el principio al acceso al proceso.

**DIECISEIS.-** En el epígrafe 2 B) del mismo segundo motivo, se denuncia la infracción del art. 53.1.c) ET, que dispone la obligación de conceder un preaviso de quince días con carácter previo a la fecha de efectos de la extinción por causa objetiva. También se cita diversa jurisprudencia en apoyo de la denuncia.

En la demanda, además de la acción principal en impugnación del despido, en postulación de la declaración de nulidad, y dentro de la acción acumulada de cantidad, había incluido el importe del periodo de preaviso que, efectivamente y como es de ver en el tenor literal de la carta de despido anteriormente reproducido, no le fue concedido al demandante.

La sentencia de instancia, en el tercer fundamento jurídico, desestima esta pretensión al considerar "que el hecho de que la empresa no concediera el preaviso legal o no abonara la cantidad que le corresponde al trabajador es motivo para declarar la improcedencia del despido, dando lugar a la indemnización que le corresponde de 33 días por año, sin que proceda por ello ahora la condena del mismo".

No se puede compartir este criterio:

En primer lugar, porque el mismo artículo 53 ET, en su apartado 4, c) "in fine", dispone que "la no concesión del preaviso .... no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho período ...".

En segundo lugar, porque la doctrina, unánimemente (STS de 15.01.08, entre otros), ha establecido que esta obligación salarial de compensar el período de





preaviso no concedido no es compensable ni puede subsumirse con los salarios de tramitación (los que si bien eran objeto de condena inicialmente a la sentencia impugnada, no lo hacía el posterior auto de aclaración de fecha 05/15/18, que suprime esta específica condena).

Por tanto, también debe ser estimada esta denuncia y, con ella, la específica pretensión cuantitativa de la demanda, en el importe no controvertido de 427,13 €.

**DIECISIETE.-** La última denuncia formulada, también por la vía del art. 193 c) LRJS, se refiere al arte. 97.3 LRJS, que el recurrente considera infringido al no imponer la sentencia de instancia la condena al abono de los honorarios de su letrada, al haber incumplido la obligación de comparecer al acto de conciliación previa ex art. 66.1 LRJS.

El hecho probado tercero recoge que, efectivamente, la empresa demandada no compareció al acto de intento de conciliación, pero también refleja que en el acta del intento de conciliación se hace constar "que la empresa demandada realizó una aportación previa de documentación en fecha 03/31/17 en la que hizo constar que le era imposible asistir al acto de conciliación por tener otros compromisos, manifestando su oposición a la papeleta de conciliación ...".

En razón de ello, en el fundamento jurídico séptimo, razona la magistrada que la incomparecencia de la demandada no se puede considerar "injustificada" y que, por tanto, no procede la imposición de costas, al no acreditarse mala fe por ningún de las partes, razonamiento que -al no ser cuestionado o controvertido por recurrente- obliga a la desestimación de esta denuncia.

Por todo ello ha de desestimarse el recurso, si bien ha de estimarse la pretensión de abono del período de falta de preaviso, por importe de 427,13 €.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

## **FALLAMOS**

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. \_\_\_\_\_ contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social número 1 de los de Mataró en fecha 12/04/18, en los autos núm. 427/17, seguidos en materia de despido contra \_\_\_\_\_, y en consecuencia confirmar la declaración de improcedencia de su despido, así como, estimando en este aspecto el recurso, condenamos a la empresa al abono del importe de 427,13 € en concepto del preaviso no concedido ni compensado.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.





La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.









**Vot particular que formula el Magistrat II.I.m Sr. Joan Agustí Maragall, al que s'adhereixen els Magistrats/da Srs/a II.I.m Sr. Andreu Enfedaque Marco, II.I.m Sr. Francisco Javier Sanz Marcos, II.I.m Sr. Felipe Soler Ferrer, II.I.m Sr. Daniel Bartomeus Plana, II.I.m Sr. Amador Garcia Ros, II.I.m Sr. Miquel Angel Falguera Baró, II.I.ma. Sra. Maria Macarena Martínez Miranda i II.I.m Sr. Carlos Hugo Preciado Domènech.**

Amb el màxim respecte al criteri de la majoria de la Sala, hem de manifestar la nostra discrepància respecte de la resolució de fons que, al nostre entendre, hauria d'haver estat estimatòria del recurs de suplicació i, per tant, haver declarat la nul.litat de l'acomiadament impugnat, i això per les raons que exposem tot seguit.

#### **I.- Le denúncia formulada.**

En síntesi, a l'apartat 2.A) del segon motiu del seu recurs, sota el títol "*en cuanto a no expresar la causa de despido*", denúncia el recurrent que la carta d'acomiadament es limita a invocar l'art. 52 ET, sense especificar la causa objectiva del mateix, cosa que, al seu entendre, infringeix l'art. 4 del conveni 158 de la OIT i, a la llum de l'art. 6.4 del Codi Civil, constituiria un manifest frau de llei que determinaria que l'acomiadament impugnat s'hagi de declarar nul i no improcedent. Denuncia també la doctrina establerta per les STS de 22.10.90 i 13.12.90, així com en la posterior STS de 10.11.11, i que –en tot cas- la manca d'expressió de la causa genera indefensió, amb vulneració de l'art. 24.1 CE que ha de determinar, també, la declaració de nul.litat.

Atesos els termes de la denúncia formulada, esdevé indispensable recordar el tenor literal de la carta d'acomiadament (foli 19 de les actuacions), reproduït al fet provat segon, un cop revisat:

*"Per la present, se li notifica que aquesta empresa, en base a les facultats que li atorga l'article 52, del text de la Llei de l'Estatut dels Treballadors, ha pres la decisió unilateral e irrevocable d'extingir el contracte de treball que ens uneix, procedint en conseqüència al seu acomiadament amb efectes d'avui 28 de febrer de 2017.*

*Posem a la seva disposició l'indemnització que legalment li correspon que puja 626,46€, així com la quantitat que li correspon en concepte de salari pendent fins a la data, quedant extingit el contracte que ens uneix".*

La sentència d'instància va desestimar la pretensió de nul.litat formulada a la demanda, al fonament jurídic tercer, "*al no haber acreditado la parte actora que concurra en el presente caso las causas de nulidad que estipula el art. 55 ET*".







Considerem que la Sala no pot validar aquest raonament i que, per tant, el vot de la majoria així ho havia d'haver manifestat: el precepte invocat, l'art. 55 ET, regula la qualificació judicial de l'acomiadament disciplinari, mentre que en el cas present es tracta d'un acomiadament fonamentat en l'art. 52 ET, cosa que determina l'aplicació de l'art. 53.4 ET i de l'art. 122 LRJS, pel que fa a la seva qualificació judicial.

Això al marge, exposem a continuació les raons que vam exposar en el plenari i que, al nostre entendre, abocaven a declarar la nul·litat de l'acomiadament impugnat, tant pel seu caràcter inconstitucional, com per haver-se produït en frau de llei.

## **II.- El judici de constitucionalitat (art. 24.1 CE).**

En el cas present, les denúncies que formula el recurrent se situen en el judici de constitucionalitat (ex art. 24.1 CE, per la situació d'indefensió generada en no invocar-se la causa d'extinció), i en el judici d'antijuridicitat (fonamentat, lògicament, en l'art. 6.4 CC, però també en els preceptes normatius i criteris doctrinals que s'exposaran.

Abordem en primer lloc, el judici de constitucionalitat, que es fonamenta en la denúncia de vulneració de l'art. 24.1 CE, en base a la indefensió generada per la manca de concreció de la causa, que s'ha de vincular –necessàriament- amb la denuncia d'infracció de l'art. 4 del Conveni 158 OIT, que estableix, amb caràcter imperatiu, l'obligació de que concorri causa justa per a tot acomiadament.

Per abordar la denúncia formulada pel recurrent i la pretensió que persegueix, la qualificació de nul·litat de l'acomiadament impugnat, per manca de causa, és necessari abordar i resoldre dues qüestions:

-En primer lloc, si en el nostre actual ordenament jurídic la invocació d'una causa, objectiva o disciplinària, per a justificar l'acomiadament és un requisit merament formal o, al contrari, un element essencial, és a dir, amb rellevància constitucional.

-I, en segon lloc, i només en el cas que concloguem que és un element amb dimensió o rellevància constitucional (i no merament formal), quina hauria de ser la qualificació judicial en absència del mateix.

A la fi, ja ho avancem, la primera i determinant discrepància respecte al vot de la majoria rau en el primer punt: en la consideració de la invocació de la causa com un element estrictament formal, com sosté la majoria, o com un element essencial per a la seva dimensió constitucional, com afirmem nosaltres.

### 1.-El criteri actual de la jurisprudència i el seu origen.

Ara mateix, per al sector majoritari de la jurisprudència, l'acomiadament (objectiu o disciplinari) sense causa mereix la qualificació judicial de la simple "improcedència". Així ho ha reiterat la STS 29.11.17, últim pronunciament del Tribunal Suprem sobre aquesta qüestió: *"Cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de*





*la nulidad del despido -concluye STS 29-2-2001 (citada)- la calificación aplicable es la de improcedencia" del despido, y no la de nulidad del mismo.*

El Tribunal Suprem, doncs, reitera la seva pròpia doctrina (sentències de 22 de gener de 2008 (R. 3995/2006), 27 de gener de 2009 (R. 602/2008) i 22 de novembre de 2007 (R. 3907/2006), assentada durant la vigència de l'anomenat "acomiadament improcedent exprés", tot i que cal destacar que aquest darrer pronunciament, de 29.11.17, -com vam aclarir en el plenari- es refereix a un acomiadament produït el 29.2.11 i, per tant, quan encara no estava en vigor la Llei 3/2012 que expulsà del nostre ordenament l'acomiadament "exprés".

Cal tenir present, a més i com a segon element normatiu diferencial rellevant respecte al marc normatiu vigent, que l'origen de la doctrina reiterada pel Tribunal Suprem -com recorda la mateixa STS 29.11.17- rau en les STS 2-11-1993 (rec. 3669/1992), i STS 19-1-1994,(rec. 3400/1992), que posaren fi a la figura jurisprudencial de "l'acomiadament radicalment nul per frau de llei", en no constar tipificada normativament aquesta causa de nul.litat a la Llei de Procediment Laboral promulgada l'any 1990. I que en aquell marc normatiu, la compensació econòmica derivada de la declaració d'improcedència de l'acomiadament era molt superior a l'actual, no només pel superior barem indemnitzatori, sinó -principalment- per l'obligat pagament dels salaris de tramitació (de fàcil exoneració, des de la Llei 45/02).

En tot cas, és de senyalar, també, que el que no feu el Tribunal Suprem en aquelles sentències és degradar la "causa" de l'acomiadament a un requisit estrictament formal, ni descartar que l'absència de la mateixa es pogués qualificar de nul.litat per vulneració de dret fonamental a la tutela judicial efectiva, tal com propugnava un sector de la doctrina científica ( Maria Emilia Casas Baamonde, revista "Relaciones Laborales", 1994): *"la alteración producida por la Ley 11/1994 del sistema establecido, que vinculaba la forma del despido a la defensa del trabajador frente a la decisión extintiva empresarial, no puede entrañar una violación de los derechos y libertades fundamentales de los trabajadores, incluido, desde luego, su derecho a la tutela judicial efectiva como titulares de derechos e intereses legítimos (art. 24.1 CE), para avanzar ya -a continuación- que "la ausencia de forma en el acto de despido causante de indefensión, «entendida como situación en que quedan los titulares de derechos o intereses legítimos cuando se ven imposibilitados para ejercer los medios legales suficientes para la defensa» (TC S 38/1981, f.j. 8), habrá de dar lugar necesariamente, no a la declaración judicial de improcedencia, sino a la de nulidad del despido"*.

En tot cas, recordat l'origen i el context de l'actual criteri jurisprudencial, exposem a continuació les raons que, tal com vam proposar en el plenari, abonen una evolució jurisprudencial en el sentit de sancionar els acomiadaments sense causa (o amb causa fictícia) amb la declaració de nul.litat per seu caràcter inconstitucional.

## 2.- L'eliminació de "l'acomiadament exprés" en la Llei 3/12 de reforma laboral.

El primer element a tenir en compte, que ja hem avançat, ve donat per la Llei 3/2012 de Reforma Laboral que va suprimir la possibilitat de reconèixer unilateralment la improcedència de l'acomiadament (excepte en conciliació judicial o administrativa) i,





amb ella, la figura de "l'acomiadament exprés", supressió que es va justificar en l'exposició de motius d'aquesta Llei en els següents i categòrics termes:

*"El «despido exprés» crea inseguridad a los trabajadores, puesto que las decisiones empresariales se adoptan probablemente muchas veces sobre la base de un mero cálculo económico basado en la antigüedad del trabajador y, por tanto, en el coste del despido, con independencia de otros aspectos relativos a la disciplina, la productividad o la necesidad de los servicios prestados por el trabajador, limitando, además, sus posibilidades de impugnación judicial, salvo que concurren conductas discriminatorias o contrarias a los derechos fundamentales".*

Aquesta supressió de "l'acomiadament exprés" (a càrrec –per cert- del mateix legislador que el va introduir), i les raons que la fonamenten, posen ben de manifest la voluntat del legislador de restaurar plenament la "causa" com element essencial del marc regulador de l'acomiadament, quan –a la pràctica- la figura suprimida, "l'acomiadament exprés", l'havia banalitzat, en convertir-la en un requisit estrictament formal.

Convé detenir-se en les dues raons invocades per legislador per suprimir aquesta figura:

-Per generar inseguretats als treballadors/es, en possibilitar acomiadaments basats exclusivament en el cost econòmic i no ens les causes previstes legalment (disciplinàries i/o objectives). Raó, per tant, que afecta directament al dret constitucional al treball (art. 35 CE) que integra el dret a no ser acomiadat sinó es per "justa causa".

-Per limitar les seves possibilitats de impugnació judicial, amb clara afectació al dret a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

Per tant, la Sala considera que aquesta explícita i fonamentada opció del legislador en favor de "recausalitzar" l'acomiadament, en defensa del dret a no ser acomiadat sinó és per justa causa disciplinària o objectiva (i no estrictament "economicista"), i en pro del dret a la tutela judicial efectiva, haurien de tenir la lògica correspondència en la qualificació judicial en casos com el que origina les presents actuacions, i sancionar els acomiadaments sense causa (o amb causa fictícia) amb la declaració de nul.litat.

De no produir-se aquesta necessària evolució doctrinal, de mantenir-se el criteri partidari de la mera qualificació de la "improcedència", no només s'estaria contravenint la voluntat del legislador (en no eliminar, a la pràctica, "l'acomiadament exprés", tal com pretenia la Llei 3/2012), sinó que –de fet- s'estaria facilitant encara més la figura que es pretenia eliminar: les empreses podrien acomiadar amb causa fictícia (disciplinària o objectiva), sense necessitat ni tan sols de consignar l'import de la indemnització en el peremptori termini de cinc dies (com exigia la Llei 45/02), i esperar -tranquil·la i confiadament- que, mesos després i només en el cas que el treballador hagi reclamat judicialment (amb les despeses que li comporta obtenir assistència jurídica), es declari la improcedència i exercir l'opció indemnitzatòria per





exonerar-se de l'obligació d'abonar els salaris de tramitació, i això sense la garantia –com almenys sí propiciava aquella Llei- del cobrament efectiu de la indemnització (que ara queda a l'atzar de l'execució, voluntària o forçosa, de la sentència).

Aquest raonament, que s'exposà en el plenari, és objecte de crítica en el vot de la majoria, quan es raona que *“Si con el hecho de tal derogación quisiera mantenerse que ahora, pero no antes, el despido llamado fraudulento ha de calificarse como nulo y ya no como improcedente, se topa con el hecho incontestable de que las normas sustantivas y procesales que determinan la calificación del despido como nulo y como improcedente son idénticas, prescindiendo por completo de esta derogación, que solo afecta al despido exprés, pero no al despido con defectos formales en la comunicación, cuyas normas reguladoras se han citado más arriba, y que dicen ahora si acaso con más contundencia y especificación lo que ya dijeron en la LPL 1990, cuando el Tribunal Supremo modificó su doctrina por haberse modificado la ley.”*.

Però no podem compartir aquesta crítica, que desconeix que –com vam defensar en el plenari- no era ni necessària, ni tan sols convenient, cap reforma substantiva ni processal per arribar a la qualificació de nul.litat de l'acomiadament impugnat, atesa que la manca d'invocació de causa -a la llum del Conveni 158 de la OIT i com reiterarem i justificarem a continuació- lesiona el dret a la tutela judicial efectiva i al dret constitucional al treball, consagrats a l'art. 24 i 38 CE, i per tant, justifica plenament aquella qualificació.

### 3. El Conveni núm. 158 de l'OIT i els seus mandats.

En efecte, la segona norma que abona la qualificació de nul.litat, explícitament invocada com a infringida en el recurs, és el Conveni 158 de la OIT, de 22 de juny de 1982, sobre la finalització de la relació de treball per iniciativa de l'ocupador, ratificat en data 18 de febrer de 1985 per l'Estat espanyol,

Cal recordar que, per imperatiu de l'article 96.1 CE i article 1.5 del Codi civil, la ratificació d'aquest instrument internacional suposa la integració de les seves disposicions en l'ordenament intern, que passen a ser d'aplicació directa en ordre jeràrquic prevalent respecte a la legalitat ordinària. En qualsevol cas, després de la Llei 25/2014, de 27 de novembre, de tractats i altres acords internacionals, la prevalença i aplicació directa dels mandats del Conveni núm. 158 OIT, així com l'obligació dels òrgans judicials – com a poder públic - de respectar-los i fer-los respectar, no admet cap dubte.

Es recorden a continuació els concrets mandats que s'estableixen, i la seva rellevància en relació a la qüestió que ens ocupa:

- L'exigència d'una causa justificada per acomiadar . Article 4t: *“No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la Empresa, establecimiento o servicio”*.





- El dret a l'audiència prèvia a l'acomiadament. Article 7: *“No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimientos antes de que se le haya ofrecido posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menor que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad”.*
- El dret a impugnar l'acomiadament. Article 8è: 1. *“El trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro.”*
- L'examen i revisió de la causa. Article 9. 1. *“Los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada.”*
- La reparació judicial de l'acomiadament “injust”. Article 10: *“Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”.*

Especial rellevància té aquest mandat ja que, en cas d'apreciar-se injustificada la finalització, orienta a *“anul·lar-la”* i *“eventualment ordenar o proposar la readmissió del treballador”*, i, només quan *“en virtud de la legislació i la pràctica nacionals no estiguessin facultats o no consideressin possible”* aquesta solució -la nul·litat i readmissió- *“tindran la facultat d'ordenar el pagament d'una indemnització adequada o una altra reparació que es consideri apropiada”*.

Esdevé clar, en tot cas, que la causa ha d'existir, ha de ser real (art. 4), i el treballador/a ha de poder ser escoltat abans de ser acomiadat (en el cas d'acomiadament disciplinari, art. 7), i, en tot cas, ha de poder impugnar l'acomiadament davant d'un organisme que pugui revisar la seva concurrència i justificació (arts. 8 i 9), i que la reparació més adequada davant de l'acomiadament injustificat és l'anul·lació de l'acomiadament (art. 10), mandats tots ells incompatibles amb la consideració de la causa com un simple requisit formal, l'incompliment del qual es sancioni amb la simple improcedència.

Per tal de que aquestes garanties puguin entrar en joc, es fa indispensable que la carta d'acomiadament expressi la causa real del mateix, per tal de possibilitar el seu coneixement, impugnació i revisió judicial. De no fer-ho, s'estarà privant el treballador de poder exercir aquestes garanties, amb lesió del dret a la tutela judicial efectiva.

#### 4.- La doctrina constitucional sobre l'exigència causal: l'article 35.1 CE i el dret







constitucional a no ser acomiadat si no existeix una causa justa.

En clara referència als mandats exposats del Conveni 158 de la OIT, la doctrina del Tribunal Constitucional, a –entre d’altres- les sentències STC 22/81 i 192/03, ha vingut reiterant que *“tanto exigencias constitucionales, como compromisos internacionales, hacen que rija entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma.”*, afegint a continuació que *“ello no quiere decir que, como poder empresarial, la facultad de despido no se enmarque dentro de los poderes que el ordenamiento concede al empresario para la gestión de su empresa y que, por ello, su regulación no haya de tener en cuenta también las exigencias derivadas del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad, pero lo que resulta claro es que no puede deducirse de esa libertad de empresa ni una absoluta libertad contractual, ni tampoco un principio de libertad ad nutum de despido, dada la necesaria concordancia que debe establecerse entre el art. 35. 1 y 38 CE y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho”*, per concloure que *“No debe olvidarse que hemos venido señalando desde nuestra STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8, que, en su vertiente individual, el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) se concreta en el “derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, en el derecho a no ser despedido sin justa causa”*.

La doctrina no pot ser més clara i contundent, i eximeix d’un comentari més ampli. Esdevé especialment rellevant que es fonamenti, en “compromisos internacionales” (en clara referència al Conveni 158 OIT) i en el “principi d’Estat social i democràtic de dret”.

5.- El dret fonamental vulnerat: la prohibició d’indefensió ex article 24.1 CE

La manca d’invocació de la causa extintiva (o el caràcter fictici de la mateixa), a més de lesionar el dret constitucional *“a no ser acomiadat sense causa justa”* ex article 35 CE, genera –en un moment cronològic posterior, en exercir el/la treballador/a el dret fonamental a impugnar judicialment l’acomiadament- una evident indefensió: el/la treballador/a desconeix la “causa” o “mòbil” real del seu acomiadament, amb la qual cosa difícilment pot articular la seva defensa a fi d’aconseguir una altra qualificació judicial que no sigui la simple declaració d’improcedència.

El mateix legislador, en el paràgraf de l’exposició de motius de la Llei 3/2012 anteriorment reproduït, ja apunta que darrere d’una carta d’acomiadament amb causa fictícia s’amaga moltes vegades una “causa real” discriminatòria o lesiva de drets fonamentals, per la qual cosa l’ocultació de la causa real de l’acomiadament – per si mateixa i sense necessitat que conflueixi una altra lesió constitucional- ja ha de ser entesa com una vulneració del dret fonamental a la tutela judicial efectiva, en privar al treballador de la premissa prèvia per al correcte exercici d’aquest dret fonamental: conèixer la causa real del seu acomiadament.

6.- La doctrina del TEDH: La STEDH 10 julio 2012 (KMC c/ Hungría) en relació a l’art. 6.1 del CEDH.

La doctrina del TEDH considera també que la manca d’explicitació de la causa de





l'acomiadament vulnera el dret a la tutela judicial efectiva consagrat a l'art. 6.1 del CEDH.

En diverses sentències, ha vinculat aquesta exigència causal en l'acomiadament, establerta a l'art. 24 de la Carta Social Europea i a l'art. 30 CDFUE, amb l'art. 6.1 CEDH que, recorda, està concebut "*no para garantizar derechos teóricos o ilusorios, sino derechos reales y efectivos*" i "*que el establecimiento en el derecho interno del derecho a presentar una demanda laboral no garantiza por sí mismo la efectividad del derecho de acceso a un tribunal, si esa posibilidad carece de sustancia y, por lo tanto, de cualquier posibilidad de éxito*", i raona, a la STEDH 10.7.12 (KMC c/ Hungría), en un cas d'acomiadament sense explicitació de causa, que "*es inconcebible que el solicitante pueda interponer una acción sobre el fondo, por falta de una posición conocida del empleador demandado*", per la qual cosa conclou que "*el despido violó su derecho a conocer las causas de su despido y hacer que su despido sea evaluado completamente por un organismo independiente, según lo dispuesto en el artículo 6 CEDH.*"

#### 7.- L'art.24 de la Carta Social Europea. L'art. 30 de la CDFUE.

Fonamenten l'anterior conclusió del TEDH, a més del Conveni 158 de la OIT, altres normes internacionals ratificades per l'Estat espanyol, que proclamen la rellevància de l'exigència causal a tot acomiadament.

Així, proclama l'art 24 de la Carta Social Europea que "*todos los trabajadores tienen derecho a que no se termine su empleo sin razones válidas para dicha terminación relacionadas con su capacidad o conducta o con base necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio*".

El Comitè Europeu de Drets Socials, òrgan d'aplicació i interpretació de la Carta Social Europea, ha adoptat una recent resolució -feta pública en data 11.2.20- a instància d'un sindicat italià, en relació a una reforma normativa que suprimí la readmissió forçosa davant la declaració del caràcter il·legítim d'un acomiadament i la substituï per una indemnització tassada en funció dels anys de servei, i ha considerat que aquesta mesura substitutòria no s'ajusta a aquell precepte, perquè no respecte el principi de "restauració adequada" del dany patit al dret del treball que suposa tot acomiadament il·legítim o improcedent, sense que produeixi –tampoc- els efectes disuasoris que ha d'incorporar tota indemnització extintiva.

També l'art 30 de la CDFUE reconeix com a "dret fonamental" que "*Todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales*".

#### 8.- Conclusió: caràcter essencial -no formal- de l'exigència causal a l'acomiadament, que determina la qualificació de nul·litat per inconstitucionalitat de l'acomiadament.

Per tant, la conclusió respecte de la primera qüestió plantejada no pot ser altre que, per les mateixes raons que determinaren que el legislador expulsés del nostre





ordenament jurídica la anòmala figura de l'acomiadament exprés, i, en tot cas, per l'obligat respecte al mandat internacional que imposa el Conveni 158 de la OIT i a la dimensió constitucional que li confereixen l'art. 24.1 CE en relació al art. 35 ET, l'exigència causal s'hagi de considerar un element essencial de l'acomiadament i no un simple requisit formal.

Aquest és, precisament, el principal element de crítica que formulem al vot majoritari, que de forma explícita i reiterada, considera la no invocació de causa com un "defecte formal", prescindint total i manifestament de la seva dimensió constitucional i dels exposats mandats normatius internacionals, en especial, els del Conveni nº 158 OIT: el dret de tot treballador/a conèixer la causa real del seu acomiadament, com a premissa necessària per poder impugnar-lo i, per tant, exercir un dret tan fonamental com és el de la tutela judicial efectiva.

I un darrer aclariment: en contra del que s'afirma a la conclusió final del raonament del vot majoritari (al darrer paràgraf del fonament jurídic XVé), no denunciem una pretesa inadequació de la norma interna amb la norma internacional, sinó –ans el contrari- que, en raó d'aquells mandats internacionals, la invocació de la causa no pot ser considerat un requisit estrictament formal, ni –per tant- el seu incompliment es pugui sancionar amb la simple declaració d'improcedència, cosa que -d'altra banda i en contra del que s'afirma- la norma processal no diu, ni a l'art. 108.2 LRJS, ni a l'art. 122.2.a) LRJS (tret que, com fa el vot de la majoria, no es consideri la invocació de la causa com un simple requisit formal).

### **III.- El judici d'antijuridicitat a les extincions per causa objectiva.**

Resolt el judici de constitucionalitat, abordem ara el judici d'antijuridicitat en relació als acomiadaments objectius.

#### 1.- El frau de llei (art. 6.4 CC) en el marc regulador de l'extinció per causes objectives.

En efecte, un acomiadament no sols pot ser il·lícit –per defecte de forma, causa o finalitat- i/o inconstitucional; també pot ser fraudulent; això és l'acte extintiu pot adequar-se formalment al "text d'una norma" però perseguir, malgrat això, "un resultat prohibit per l'ordenament jurídic, o contrari a ell", amb la conseqüència de la "aplicació de la norma que s'hagués tractat d'eludir", conforme a l'article 6.4 CC (sense que sigui possible, per tant, una indemnització compensatòria, ex art. 1101 CC, sinó el compliment del contracte).

Tot i que, com s'ha dit, el frau de llei fou en el seu moment declarat ineficaç a efectes de nul·litat per la jurisprudència, els canvis legals experiments en els darrers anys han modificat aquesta conclusió respecte les extincions per causes econòmiques, tècniques, organitzatives i productives. Val a dir en aquest sentit que en aquest tipus extintiu sempre ha existit –tant en el seu vessant individual com col·lectiva- una observança, més o menys clara, del frau de llei, amb tipificació de nul·litat. Així, la lletra b) de l'article 122 LRJS sanciona amb la nul·litat el que es qualifica com a "frau de llei", per elusió de "les normes establertes pels acomiadaments col·lectius, en els





casos a què es refereix l'últim paràgraf de l'apartat 1 de l'article 51 del Text Refós de la Llei de l'Estatut dels Treballadors”.

Ocorre que l'esmentada previsió de nul·litat constava ja en termes similars en la lletra d) del mateix precepte del Reial decret legislatiu 2/1995, de 7 d'abril, pel qual es va aprovar el Text Refós de la Llei de Procediment Laboral, així com en el seu antecedent, el Reial decret legislatiu 521/1990, de 27 d'abril. Al que caldrà afegir que l'article 124 LPL –en les seves diferents versions- estableix que “l'òrgan judicial declararà nul, d'ofici o a instàncies de part, l'acord empresarial d'extinció col·lectiva de contractes de treball per causes econòmiques, tècniques, organitzatives o de producció, força major o extinció de la personalitat jurídica de l'empresari si no s'hagués obtingut la prèvia autorització administrativa, en els supòsits en què estigui legalment prevista”, preveient els efectes d'aquesta declaració de nul·litat (en un redactat que es va mantenir amb alguns canvis d'escàs calat en el mateix ordinal de l'original text de la LRJS, fins al RDL 3/2012).

La desaparició de l'autorització administrativa després de la reforma laboral del 2012 va comportar, òbviament, una readequació de l'article 124 LRJS –encara que l'article 122 b) i l'article 148 b) van restar incòlumes-. No obstant això, caldrà ressenyar que en tot just un any i mig la regulació de l'acomiadament antijurídic en la norma processal reguladora de la modalitat d'impugnació dels acomiadaments col·lectius va tenir tres redactats diferents. En efecte, conforme al RDL 3/2012, la part actora podia incloure en la demanda una pretensió relativa a l'existència de frau de llei, abús de dret, dol o coacció que, cas de ser estimada pel Tribunal, comportava la declaració de nul·litat. Posteriorment, la Llei 3/2012 va eliminar qualsevol referència a la qualificació de nul·litat per aquests motius, encara que es va continuar mantenint entre els motius possibles d'oposició en la demanda. Posteriorment, el RDL 11/2013, el legislador va incloure l'expressió “únicament” en el llistat dels supòsits que donen lloc a la nul·litat –entre els quals no troba l'engany, la coacció, el frau de llei i l'abús de dret-, la qual cosa semblava excloure definitivament la qualificació de nul·litat en aquests supòsits.

## 2.- La doctrina del Tribunal Suprem (STS 19.2.14, entre d'altres).

En aquest marc intervingué la doctrina cassacional arribant a l'única conclusió lògica possible: l'acomiadament antijurídic ha de ser sancionat amb la nul·litat. Aquesta doctrina ha vingut a ser fixada en els múltiples pronunciaments del TS que han abordat els diferents acomiadaments col·lectius de les Unitats Territorials d'Ocupació andaluses, en les quals nostre més alt òrgan judicial considera que aquestes extincions van incórrer en frau de llei i raona que, tot i no estar prevista explícitament en l'art. 124 LRJS la qualificació de nul·litat per aquest motiu, arriba la conclusió que és la única possible:

*“...esta ausencia no resulta decisiva por las siguientes razones: a) tampoco el fraude está referido como determinante de que la decisión de la empresa resulte «no ajustada a Derecho» [pronunciamiento que se limita a la inexistencia de causa legal] y dado que tal defecto -fraude- es legal causa de impugnación de la decisión empresarial, por fuerza su acreditada existencia ha de determinar -ya en*





*el propio esquema normativo de la LRJS- una sentencia favorable a la impugnación y necesariamente en uno de los dos sentido que el precepto contempla, o bien de decisión «no ajustada a Derecho» o bien de decisión «nula»; b) esta ausencia en el elenco de causas de una y otra declaración no es más que un simple vacío legal, que lógicamente habrá de suplirse con la previsión contenida en el art. 6.4 del Código Civil , a cuyo tenor los actos realizados al amparo del texto de una norma que persiga un resultado contrario al ordenamiento jurídico «se considerarán en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir»; c) tal consecuencia incluso tiene apoyo en sus antecedentes históricos - art. 3.1 CC -, pues la redacción del art. 124.9 LRJS que había sido dada por el precedente RD-ley 3/2012 [10/Febrero], sí contemplaba expresamente el fraude como causa de nulidad, lo que refuerza la conclusión de que su falta de contemplación en el precepto entre tales causas tras la Ley 6/2012 [6/Julio], obedece -efectivamente- a simple omisión y no a voluntad deliberada alguna; d) tampoco es obstáculo nuestra usual doctrina en torno a que tras la entrada en vigor del TR LPL/1990, la figura -creación jurisprudencial- de nulidad del despido por fraude de ley es inexistente [ SSTS 02/11/93 -rcud 3689/92 -; 15/12/94 -rcud 985/94 -; 30/01/95 -rcud 1592/94 -; 02/06/95 -rcud 3083/94 -; (entre d'altres: SSTS 14.02.2014 -rec. 148/2013-, 17.02.2014 -recs. 142/2013 y 143/2013-, 18.02.2014 -rec. 151/2013 y 115/2013-, 19.02.2014 -rec. 150/2013 y 174/2013-, 20.02.2014 -rec. 116/2013-, 14.04.2014 -rec. 208/2013 y 120/2013-, 15.04.2014 -rec. 86/2013-, 16.04.2014 -rec. 261/2013 y 152/2013-, 20.05.2014 -rec. 153/2013-, 24.06.2014 -rec. 270/2013-, 25.06.2014 -rec. 223/2013- 09/07/2014 -rec. -, 18.07.2014 -rec. 257/2013 y 269/2013-, 23.09.2014 -rec. 310/2013 y 309/2013- 10.12.2014 -rec. 260/2013-, 11.12.2014 -rec. 258/2013-, 03.02.2015 -rec. 262/2013-, 05.02.2015 -rec. 259/2013-, 11.03.2015 -rec. 171/2013-, 24.03.2015 -rec. 118/2013, -, 20.05.2015 -rec. 1/2014-, etc.).*

Aquesta mateixa qualificació –nul·litat- fou aplicada pel TS en relació a aquells supòsits en els que existia un pacte de previ d'estabilitat en l'ocupació o en aquells casos en els que estaven vigents altres mesures de flexibilitat interna o externa. D'aquesta manera la STS de 30 d'octubre de 2013 –rec. 47/2013- vingué a consagrar que l'ocupador havia de respectar els compromisos prèviament adquirits en l'acord que va posar fi a una vaga, en forma tal que el seu incompliment comportava la no validació del posterior acomiadament col·lectiu. Posteriorment, la STS 26.03.2014 –Rec. 86/2012 - ha aprofundit més en aquesta tendència, rebutjant una genèrica aplicació de la clàusula “rebus sic stantibus”.

D'altra banda, caldrà cridar l'atenció sobre la important STS UD 12.03.2014 (rec. 673/2013), que traslladà l'esmentada doctrina a l'àmbit de l'acomiadament objectiu individual, en base a les següents consideracions:

*“ En su consecuencia, la decisión extintiva tomada por la empresa dentro del período de suspensión de los contratos de trabajo, sin causa suficiente, implica, a juicio de la Sala, el ejercicio de un derecho de forma contraria a la buena fe, quebrantando la confianza suscitada en los trabajadores afectados por los propios actos de la empresa, e incurriendo en un abuso de derecho, todo lo que ha de conducir, en aplicación de los artículos 53 del Estatuto de los Trabajadores (RCL*







1995, 997) y 122 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (RCL 2011, 1845) , en relación con el artículo 7.1 y 2 del Código Civil ( LEG 1889, 27 ) , como en casos análogos de fraude de ley, ha establecido la Sala -sentencias, entre otras de 20 (RJ 2014, 2096) y 17 de febrero de 2014 (RJ 2014, 2071) ( rcud. 116/2013 y 142/2013 )- a la declaración de nulidad del despido producido.”

### 3.- L'aplicació de l'anterior doctrina a totes les causes objectives ex art. 52 ET.

D'altra banda, i en relació a les reflexions efectuades en el previ fonament jurídic, cap sentit té, atès el contingut de la Directiva 98/59, diferenciar entre acomiadaments per causes econòmiques, tècniques, organitzatives i de la producció i la resta de causes. En efecte, l'àmbit objectiu contemplat en el seu article 1. a) remet als “*acomiadaments efectuats per un empresari, per un o diversos motius no inherents a la persona dels treballadors*”, la qual cosa resulta postulable, per la seva pròpia conformació, a tots els supòsits regulats en la nostra legislació interna en l'article 52 ET. En altres paraules: si l'empresari opta per una extinció per la via de les lletres a), b), d) i e) del dit precepte, superant els límits establerts a l'art. 51 ET –o 1.a) I i II de la Directiva- haurà d'acudir a la negociació al llarg del període de consultes.

En conseqüència, per bé que el nostre marc regulador ha limitat la declaració de nul·litat per frau de llei –o altres causes d'antijuridicitat- a les extincions per causes econòmiques, tècniques, organitzatives o productives, és obvi que no existeix cap impediment per tal d'estendre la referida qualificació també a la resta de supòsits contemplats a l'art. 52, atès que les garanties són extensibles a la resta de tipus extintius, en la mesura en que també poden ser objecte d'un acomiadament objectiu.

En conseqüència un acomiadament objectiu basat en una genèrica referència a l'art. 52 ET, sense cap especificació de causa específica, reconegut posteriorment en forma expressa per la demanda com improcedent no pot tenir cap altre qualificació que la nul·litat, atès que cap sentit tindria que en el cas que missives extintives similars que superessin els límits legals susceptibles de determinar que existeix un acomiadament col·lectiu, fossin qualificades com improcedents, mentre que en altres casos –en relació a la jurisprudència abans esmenada- el resultat seria de nul·litat, atès que això comportaria una vulneració del dret a la igualtat en l'aplicació de la llei, interdicta per l'art. 14 CE.

### **V.- Nul·litat de l'acomiadament.**

A manera de conclusió: tant des de la perspectiva del judici de constitucionalitat, exposat en el fonament jurídic tercer, com des del judici d'antijuridicitat, en plena congruència amb la pretensió que es deduí a la instància i en el recurs de suplicació, considerem s'hauria d'haver estimat el recurs i qualificar l'acomiadament de nul, a tenor del que disposen –respectivament- els apartats a) i b) de l'art. 122 de la Llei Reguladora de la jurisdicció social, per seu caràcter inconstitucional i, en tot cas, pel seu caràcter en frau de llei.

Per tant, la nul·litat de l'acomiadament que vam proposar en el plenari és la





qualificació judicial que, sense necessitat de cap interpretació forçada, resulta de l'actual marc normatiu -tant a l'art. 122.2.a) LRJS respecte dels acomiadaments objectius, com a l'art. 108.2 LRJS respecte a l'acomiadament disciplinari- per qualificar judicialment tot acomiadament produït en vulneració d'un dret fonamental, en aquest cas el de la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE.

I també, com hem vist, s'arriba a la mateixa qualificació judicial de nul·litat en congruència amb els darrers pronunciaments del Tribunal Suprem que l'ha aplicada en diverses situacions que ha apreciat frau de llei en l'exercici de la facultat extintiva per causes objectives, ja sigui en l'àmbit col·lectiu o, també, en l'individual.

Per contra, la decisió de la majoria, la consideració de la invocació de causa com un element estrictament formal, comporta -a la pràctica i com ja s'ha raonat- aferrar-se a criteris jurisprudencials establerts en un marc normatiu ja superat i perpetuar la vigència del "*despido improcedente exprés*".

Pensem, en definitiva, que s'ha perdut una magnífica ocasió de -en congruència amb l'explícita voluntat del legislador a la Llei 3/2012, els mandats del Conveni 158 OIT i la més recent doctrina del Tribunal Suprem en matèria de frau de llei en l'acomiadament objectiu- coadjuvar en la necessària evolució doctrinal cap a la definitiva expulsió del nostre ordenament jurídic d'un figura anòmala com és l'acomiadament sense causa o amb causa fictícia.





**Publicación.-** La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Po

