



Universidad
de Alcalá

EL DESPIDO NULO

THE NULL DISMISSAL

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Autor/a: CRISTIAN ROMERO DÍAZ

Tutor/a: Dr. JOSÉ MANUEL DEL VALLE VILLAR.

Alcalá de Henares, a 17 de enero de 2017

RESUMEN:

La calificación de nulidad de un despido tiene como propósito proteger a los trabajadores frente a las posibles vulneraciones de sus derechos fundamentales, o de forma más reciente, de sus derechos a conciliar la vida familiar y laboral. El ordenamiento jurídico no puede permitir que ningún acto que infrinja los derechos fundamentales desarrolle efectos, se deberá proceder a la readmisión del trabajador en el anterior puesto de trabajo si fuere posible.

Palabras Clave:

Despido nulo, nulidad, vulneración de derechos fundamentales en el ámbito laboral, conciliación de la vida familiar y laboral.

SUMMARY:

The declaration of dismissal as null has the purpose of protecting the workers against human rights violation, or combine working life with family life. The legal system cannot allow any action that would break the fundamentals rights. The worker will have to be readmitted in his previous job, if it was possible.

Key Words:

Dismissal null, nullity, violation of fundamental rights of workers, combine working life with family life.

Tabla de contenido

I.	INTRODUCCIÓN.....	5
II.	DEFINICIÓN DE DESPIDO Y DE DESPIDO NULO	6
	A. EL CONCEPTO DE DESPIDO EN EL DERECHO ESPAÑOL	6
	B. LA NULIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL.	7
	C. EL CONCEPTO DE DESPIDO NULO.	11
III.	LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD.	13
	A. INTRODUCCIÓN Y CONCEPTO	13
	B. ACTOS INCLUIDOS DENTRO DE LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD	15
IV.	EL DESPIDO NULO POR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	18
	A. INTRODUCCIÓN: DERECHOS ESPECÍFICOS Y DERECHOS INESPECÍFICOS	18
	B. EL DESPIDO DISCIPLINARIO CON VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES: ÚLTIMOS CAMBIOS JURISPRUDENCIALES	23
	C. LA NULIDAD DEL DESPIDO POR VIOLACIÓN DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS.....	28
	2. EL DESPIDO DISCRIMINATORIO CON VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES	28
	3. EL DESPIDO EN LA EMPRESA IDEOLÓGICA.	34
	D. DESPIDOS CON VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS.....	37
	1. DESPIDO NULO POR VULNERACIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL.	37
	a. Introducción.....	37
	2. LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A HUELGA.	40
	a. Concepto.	40
	b. El despido del trabajador por participar en la huelga.	41
	E. EL PROCESO DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.	42
V.	LA NULIDAD EN EL DESPIDO POR VULNERACIÓN DE LAS NORMAS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL.....	44
	A. EL DESPIDO NULO Y EL EMBARAZO	44
	1. INTRODUCCIÓN Y FUENTES NORMATIVAS	44
	2. ¿DEBE CONOCER EL EMPRESARIO EL ESTADO DE LA TRABAJADORA?	46
	a. ¿Y durante el período de prueba?.....	47
	b. ¿La protección legal también cubre los supuestos de baja médica relacionados con problemas por el embarazo?	48
VI.	EL DESPIDO NULO EN EL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN.	50
	1. CONCEPTO DE PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN	50

2.	EL DESPIDO NULO EN LOS TRABAJADORES DE ALTA DIRECCIÓN.	52
VII.	DESPIDO COLECTIVO NULO.	55
A.	OBJETO.	55
B.	CAUSAS DE NULIDAD DEL DESPIDO COLECTIVO.	55
C.	NULIDAD POR FALTA DE ENTREGA DE DOCUMENTACIÓN O INFORMACIÓN	56
D.	MANTENIMIENTO DE PERÍODO DE CONSULTAS.....	58
E.	DESPIDO COLECTIVO CELEBRADO EN FRAUDE DE LEY.	58
VIII.	EFFECTOS DEL DESPIDO NULO.....	61
A.	LA READMISIÓN DEL TRABAJADOR.....	61
B.	INDEMNIZACIÓN POR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	62
IX.	CONCLUSIONES.	64

EL DESPIDO NULO.

I. INTRODUCCIÓN.

Este trabajo tiene como objetivo el estudio de la figura del despido nulo en el ordenamiento jurídico español. Antes de ver cómo opera el despido nulo, haremos un breve resumen de su concepción histórica, para luego definir el despido y la nulidad por separado.

Se estudiarán los diferentes actos que pueden dar lugar a la nulidad del despido, no sólo del trabajador individual, sino también en los despidos colectivos, y también se abordará el tema en el caso de los trabajadores de alta dirección, aunque sea de forma sucinta.

El despido nulo es una figura fundamental dentro del ordenamiento jurídico, pues permite al trabajador recuperar su trabajo en caso que el despido traiga causa en la violación de sus derechos fundamentales. De lo contrario el trabajador no podría defender sus intereses, y derechos como la libertad sindical podrían verse fácilmente vulnerada. En los estados totalitarios donde los trabajadores deben subyugar sus intereses frente a los de una clase superior, es común de los trabajadores y de sus derechos, para que éstos no puedan agruparse, ni reclamar mejores condiciones laborales, pero ello es incompatible con los estados de derecho.

La promoción de los derechos laborales es un mandato de la propia Constitución española. Recordemos que España se constituye como un estado social y democrático de derecho. El adjetivo social se contrapone frente a los estados libertarios del siglo XIX, donde el estado era un mero espectador, no intervenía en las tensiones que pudieran surgir entre los diferentes estamentos de la sociedad, lo que terminaba provocando numerosas revueltas. El estado moderno debe intervenir en las relaciones para evitar tensiones y promover los intereses de todas las clases de la sociedad, incluyendo los intereses de los trabajadores.

II. DEFINICIÓN DE DESPIDO Y DE DESPIDO NULO

A. EL CONCEPTO DE DESPIDO EN EL DERECHO ESPAÑOL.

Antes de hablar de las causas que califican a un despido como nulo debemos de acercarnos al concepto de despido desde un punto de vista general, explicar su desarrollo y problemática, para luego conocer cómo opera el despido nulo dentro del derecho del trabajo español.

Durante buena parte de los años 60-70 existió una disputa doctrinal sobre el concepto del despido, a ello ayudaba que no hubiera una definición del mismo en la Ley, lo que originó dos corrientes doctrinales. Una que defendía un concepto más civilista basado en el artículo 1124 del Código Civil¹, que entendía el despido como un incumplimiento del trabajador en la relación sinalagmática existente entre el trabajador y el empresario, es decir, sólo se podía despedir si el trabajador no cumplía debidamente con su trabajo. Lo que hoy conocemos como despido disciplinario.

Por el contrario, la otra corriente realizaba una interpretación más amplia de lo que debía ser el despido. Podemos citar como ejemplo la definición del profesor De La Villa²: <<voluntad unilateral del empresario que motiva la extinción del contrato de trabajo, independientemente de las causas>>. Según esta definición el empresario podía despedir al trabajador sin que este hubiera incumplido sus obligaciones.

La cuestión no era superflua, pues acogerse a una interpretación u otra suponía una mayor o menor restricción al empresario a la hora de finalizar la relación contractual con el trabajador. La solución al problema debía dar una respuesta satisfactoria a la dicotomía existente entre el derecho al trabajo regulado en el artículo 35.1 de la Constitución española, y la libertad de empresa regulada en el artículo 38.1 de la Constitución.

¹ En este sentido podemos encontrar a Carro Igelmo A.J, *El despido justo*, Instituto de Ciencias Jurídicas, Barcelona 1957, pg. 38 o a Sagardoy Bengoechea, J.A, *El despido laboral y los expedientes de crisis*, Bilbao 1969, pg. 78.

² DE LA VILLA GIL. L. E. "*Derecho del trabajo y seguridad social*": cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil Editorial: CEF. página 1040.

Finalmente el Tribunal Supremo³ se decantó por la segunda de las corrientes, así estableció que <<[...] a falta de concepto legal, el despido se produce cuando de modo efectivo y por voluntad empresarial dejan de realizarse, sin causa jurídica que lo justifique, las prestaciones esenciales del contrato de trabajo, realización de la actividad laboral y abono del salario>>.

Tras diversas reformas del Estatuto de los trabajadores la cuestión se terminó de zanjar, ya que el Estatuto pasaba a calificar como despido diversos procesos en los que el empresario extinguía la relación contractual, ya fuera por causas objetivas, disciplinarias, etc...

Podemos concluir que el despido es el acto unilateral del empresario por el cual extingue el contrato de trabajo, sin importar la causa, que invoque y, por tanto, sin tener que exigir como requisito *sine quanon* un previo incumplimiento del trabajador⁴.

B. LA NULIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL.

Después de hacer un repaso de la concepción histórica del despido en España, debemos dar al lector unas breves notas sobre la nulidad en el ordenamiento jurídico español. Intentaremos señalar las notas comunes de la nulidad en los diferentes órdenes jurídicos, sobre todo en el civil, y administrativo, abstraer unas notas comunes para aplicarlas al derecho laboral, observar qué características tiene, y cómo funciona.

La nulidad es la mayor sanción que otorga el ordenamiento jurídico⁵, pues su consecuencia es que el negocio jurídico celebrado entre las partes y calificado como nulo, no produce ningún tipo de efecto desde el origen del negocio, lo que en derecho se denomina efectos *ex tunc*.

³ Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de diciembre de 1989, o también en su Sentencia de 26 de febrero de 1990.

⁴ HERRÁIZ MARTÍN M^o. S. “*El despido nulo: Causas y efectos*”. Ed: Thomson Reuters. Navarra, 2008 Pág 33.

⁵ BERTOLÁ NAVARRO. I “Diferencias entre la nulidad y la anulabilidad de los contratos” ED: Sepín. 2013.

En el caso del derecho civil la nulidad queda reservada para aquellos negocios jurídicos u obligaciones que carecen de alguno de sus elementos esenciales, o por ser contrarios a la ley.

Las principales causas de nulidad de los contratos las podemos dividir en dos grandes grupos, las que recoge el artículo 1.261 del Código Civil, y la que recoge el artículo 6.3 del Código Civil.

El artículo 1.261 del Código Civil establece que se calificarán nulos los contratos en los que falte el consentimiento de cualquiera de las partes intervinientes en el negocio jurídico, en los que no exista objeto en el negocio, y en los que no exista causa, si bien debemos precisar que la falta de consentimiento no produce la nulidad, sino la anulabilidad del acto, existiendo entre ambas figuras diferencias que no podemos entrar a detallar en el presente trabajo. Por otro lado el artículo 6.3 del Código Civil establece que serán nulos de pleno derecho los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto.

Como decíamos al principio la nulidad es la mayor sanción que otorga el ordenamiento jurídico a cualquier tipo de negocio jurídico, pues no se puede permitir que un acto contrario a la ley produzca efectos, ni uno en el que falte el consentimiento de una de las partes. Los tribunales han otorgado una serie de particulares respecto de la acción de nulidad, así se puede apreciar de oficio por los tribunales⁶, es una acción imprescriptible⁷, y la puede solicitar cualquier parte interesada en la misma⁸, no sólo las que intervienen en el negocio.

6 En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en diversas ocasiones, así en su Sentencias de 18-3-2009, nº 173/2009, rec.813/2004, o en la de 22-12-1981 nº 502/1981, y nº 429/1994 de 14/05/1994.

7 Audiencia Provincial de Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 1 de Octubre de 2009

8 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de Abril de 2001, nº rec: 819/1996, nº de Sentencia 406/2001.

El ordenamiento jurídico protege de esta forma a las partes que se ven envueltas dentro de un negocio que podría considerarse nulo. La nulidad queda relegada a aquellos actos que atentan directamente contra la ley y a los que en ningún caso se le puede reconocer efectos por carecer de los elementos esenciales del negocio jurídico, por ello en ningún caso se puede subsanar el negocio por la voluntad de las partes, a excepción de la falta de consentimiento del artículo 1.261 del Código Civil, pues tanto los restantes requisitos del anterior artículo, y el 6.3 del Código Civil, se encuentran fuera del comercio de los hombres.

En la Ley 39/2015 sobre el Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la diferencia entre nulidad y anulabilidad se recoge de mejor forma que en el Código Civil, así en el artículo 47 viene desarrollada la nulidad de los actos administrativos emitidos por administraciones públicas y en el artículo 48 la anulabilidad de los actos. Los efectos de la nulidad en el procedimiento administrativo son los mismos que en el derecho civil, esto es el acto es inválido por sí mismo, y se deberá retrotraer las actuaciones de la administración al momento previo de emitir el acto, como si nunca hubiera existido. Con unas excepciones concretas que recoge la propia norma que no podemos desarrollar aquí al no ser el objeto de estudio.

En el artículo 47 se califican como nulos los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, los dictados por órgano incompetente material o territorialmente, los imposibles, los que pudieren constituir delito, los dictados prescindiendo totalmente del procedimiento, o los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los cuales se adquieran facultades o derechos y aquellos actos que vulneren normas superiores.

Podemos observar un paralelismo entre las causas recogidas en el derecho civil y las recogidas en el derecho administrativo, pues en ambos órdenes se sanciona con la nulidad cualquier acto que vulnere el ordenamiento jurídico. El mismo paralelismo lo podemos trazar en el consentimiento, pues una administración no puede emitir un acto en nombre de otra o sobre, el objeto, recordemos el artículo 1.261 de Código Civil, cuando el objeto sea ilícito o no exista, se tendrá como nulo el acto emitido por la administración.

También existe el mismo paralelismo entre el artículo 6.3 del Código Civil y el artículo 47 de la Ley sobre el Procedimiento Administrativo Común, pues en ambos preceptos se califica como nulos los actos contrarios al derecho.

Aunque hayamos hablado de paralelismos, la realidad es que debemos hablar del principio de legalidad y de unidad jurisdiccional consagrados en los artículos 9 y 117 de la Constitución respectivamente. A pesar que el derecho se divide en una variada normativa y se aplica en diferentes tribunales especializados, todo debe responder a unos mismos principios que permitan dar las mismas respuestas a situaciones similares aunque estas surjan en entornos diferentes. Así se atentaría contra los principios mencionados al principio si dos normas concibiesen de forma distinta la nulidad, siempre respetando las diferencias en función de la particularidad del caso concreto, por lo que en ningún caso podríamos mostrar asombro al comprobar que ambas normas aplican a su ámbito concreto de actuación, los principios del derecho. Los cuales nos llevan en el caso de la nulidad al respeto del ordenamiento jurídico y de los elementos esenciales del negocio jurídico calificando como nulo aquellos que no los respeten.

Los motivos expuestos de nulidad, tanto los civilistas como administrativos habría que precisarlos y detallarlos con más precisión, pero siendo nuestro propósito dar unas notas para poder abstraer una serie de conclusiones no parece este estudio el más adecuado para ello.

Vemos que actualmente los efectos extraordinarios de la nulidad están reservados para aquellos supuestos en los que se viola gravemente el ordenamiento jurídico, ya sea por el objeto del negocio o acto. Si bien no siempre ha sido así, pues durante un tiempo también se sancionaba con la nulidad la falta del formalismo, no actuar según los cauces establecidos.

C. EL CONCEPTO DE DESPIDO NULO.

Después de analizar los conceptos de despido y nulidad, podemos adentrarnos en el análisis del despido nulo. El concepto de despido nulo ha ido evolucionando en el tiempo y cambiando de forma radical desde mediados del siglo XX hasta nuestros días. No es objeto de este trabajo realizar un profundo estudio de la evolución que ha tenido, pero sí dar unas simples notas para que el lector pueda entender mejor la concepción actual que tiene el despido nulo.

Partimos de la dictadura franquista. Durante la misma la ideología en España era la del nacionalsindicalismo, obreros y empresarios estaban sometidos a un interés superior a los propios de su clase, los intereses del Estado, por ello éste debía fiscalizar la extinción de la relación, debía examinar que no se dañaran sus intereses, a saber; el mantenimiento de la estabilidad en el empleo y la protección de la economía⁹.

Por ello el despido nulo estaba concebido para aquellos supuestos que incumplieran la forma o procedimiento establecido por el Estado, a los intentos en los que se intentaba eludir su control. Así el empresario en diversos supuestos estaba obligado a llevar una propuesta de despido frente a la Magistratura de Trabajo, y la falta del formalismo motivaba la nulidad del despido. En la época del aperturismo este formalismo se relajó y los tribunales pasaron a calificar el despido como injusto y no como nulo, manteniendo el anterior régimen respecto de trabajadores especialmente protegidos por su condición, como los Caballeros Mutilados, o trabajadores con cargos sindicales.

Este aperturismo duró hasta la promulgación del Real Decreto 1925/1976 de 16 de julio que restablecía la obligación de instruir expediente en el caso de los despidos disciplinarios. Este Real Decreto tuvo corta vida, pues fue derogado por el Real Decreto-Ley 18/1976 de 8 de octubre. Con esta nueva reforma quedaron equiparados el despido nulo y el despido improcedente por defecto de forma, en ambos la condena al empresario era la readmisión del trabajador más los salarios dejados de percibir¹⁰.

⁹ RIERA VAYREDA. C, "*El despido nulo*". Ed: Tirant lo Blanch. Valencia 1999. Página: 58

¹⁰ Íbidem. Páginas: 90-91.

Este régimen siguió con la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores en el año 1980, que mantenía la nulidad del despido si no se seguían las formalidades que en él se establecían, tanto para el despido objetivo como para el despido disciplinario. En cambio volvió a diferenciar el despido improcedente del despido nulo, y se contemplaron otras causas de la nulidad ajenas a los formalismos. También se volvió a calificar los despidos como nulos si estos vulneraban los derechos fundamentales, figura que no se contempló durante el franquismo.

Este hecho marcó un punto de inflexión, pues de forma paulatina la nulidad fue contemplada por motivos de fondo y no por formalismos, hasta alcanzar la concepción actual, que reserva la nulidad sólo para aquellos supuestos en los que se vulnera un derecho fundamental, es decir, para los supuestos de una grave vulneración del ordenamiento jurídico. Siendo calificado como improcedente aquél despido que no siga los formalismos.

El concepto actual de despido nulo viene regulado en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, que establece 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>>. Apreciamos que se abandona cualquier formalismo y el objeto de la nulidad se traslada al fondo del despido, al por qué se ha despido a un trabajador determinado. Cuando la respuesta a la pregunta sea una vulneración de los derechos fundamentales, será calificado como nulo.

Así la nulidad del despido queda reservada para aquellos supuestos en los que se vulneran los derechos fundamentales, pero también en una serie de supuestos tasados que recoge el Estatuto de los Trabajadores a lo largo de su articulado, también se entenderá nulo el despido cuando afecte a trabajadoras embarazadas (art. 55.3.b) , o a aquellos progenitores que disfruten de la suspensión del contrato por maternidad o paternidad, en los casos de excedencia (art. 55.3.a), cuando se entienda vulnerada la garantía de indemnidad o en otros casos que analizaremos más adelante y con más profundidad.

La inclusión de los anteriores supuestos se podría entender como una apertura de la nulidad a otros supuestos alejados de los derechos fundamentales, pues el permiso parental no discrimina a hombres y mujeres, al contrario que el embarazo.

III. LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD.

A. INTRODUCCIÓN Y CONCEPTO.

El primer supuesto que vamos a tratar es el despido calificado como nulo por vulnerar la garantía de indemnidad, si bien se encuadra dentro del derecho fundamental a la tutela efectiva regulada en el artículo 24 de la Constitución española, hemos decidido apartarlo del resto de derechos fundamentales por la autonomía que presenta dentro de los mismos.

El Tribunal Supremo ha definido la garantía de indemnidad como <<la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos¹¹>>, y sigue <<consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo>>.

Es decir, la garantía de indemnidad consiste en la imposibilidad de adoptar medidas represivas hacia el trabajador por haber ejercido la tutela de sus derechos¹². El bien protegido es el libre ejercicio de la acción judicial por el trabajador. Esta garantía no abarca solamente la acción judicial, sino que se extiende a los actos previos necesarios para ejercer ésta, por ejemplo el intento de conciliación preceptivo previo, como ya veremos más adelante.

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, 17 de febrero de 2015, nº rec. 891/2014

¹² IGARTUA MIRÓ, M. T. *“La garantía de indemnidad en la doctrina social del Tribunal Constitucional”*. ED: Consejo Económico y Social. Pág: 71

Esta garantía no se recoge de forma expresa dentro de ninguna norma, sino que es una construcción jurisprudencial¹³. Son varias las fuentes de las que beben los tribunales para aplicar la garantía de indemnidad. En primer lugar el ya mencionado artículo 24 de la Constitución española que regula el acceso a la tutela efectiva de jueces, del cual deriva la especial protección al trabajador.

En segundo lugar el artículo 5.C del Convenio nº 158 de la OIT, que establece que <<entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes [...] presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o recurrir ante las autoridades administrativas competentes>>.

En tercer lugar el propio Estatuto de los trabajadores en su artículo 4.2 apartado G, que establece que <<en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo>>.

Pero no existe ningún precepto normativo que recoja las consecuencias, ni los límites de la garantía, siendo éstos construidos por la jurisprudencia, como ya se ha explicado anteriormente.

¹³ Así lo explica MORÁN ROA. S. en su artículo *“La protección jurídica del trabajador reclamante: La garantía de indemnidad”*. << [...]lo que actualmente se entiende como garantía de indemnidad surgió como una doctrina jurisprudencial emanada por el Tribunal Constitucional (TC), quien ante un marco legal claramente insuficiente, a través del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24 CE ha construido una garantía para evitar cualquier género de lesión o represalia empresarial frente al trabajador por haber hecho éste uso de su derecho de acceso a los Tribunales de Justicia por cualquier tipo de reclamación>>. Página: 2.

B. ACTOS INCLUIDOS DENTRO DE LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD.

Dentro de los actos que debemos entender incluidos dentro de la garantía de indemnidad no sólo encontramos la presentación de la demanda, sino << todo acto procesal o preprocesal necesario para acceder a los Tribunales de Justicia; tanto, entonces, el ejercicio de la acción en sede jurisdiccional, como los actos preparatorios o previos necesarios para dicho ejercicio, pues el derecho a la tutela judicial efectiva es perfectamente compatible con el establecimiento de condicionamientos previos para el acceso a la jurisdicción. Bajo esas circunstancias, en efecto, los mencionados actos previos y obligatorios no pueden permanecer al margen del derecho fundamental de tutela judicial, ya que, de otro modo, se dificultaría la plena efectividad del derecho, resultando sencillo para quien persiga impedir u obstaculizar su ejercicio poner en práctica medidas represivas justo en el momento anterior al planteamiento de la acción¹⁴ >>.

La presentación de papeleta de conciliación preceptiva previa ante el organismo mediador también la debemos incluir¹⁵. Debemos hacer por tanto una interpretación amplia de lo que se considera <<acto procesal o preprocesal>>. En consecuencia la jurisprudencia ha entendido que se deben proteger actos como la interposición de una denuncia ante la Inspección de Trabajo o en el caso de demanda por un conflicto colectivo interpuesto por un sindicato, en este sentido el Tribunal Superior de Galicia¹⁶ en su Sentencia de 18 de septiembre de 2015 estableció que <<si bien es cierto que el supuesto más típico que conduce a la aplicación de la garantía de indemnidad reconocida en el artículo 24 de la Constitución Española es el de la existencia de demanda judicial individual del trabajador que es sometido a represalia [...] tales factores han sido objeto de expansión en la jurisprudencia constitucional, superando la exigencia de demanda judicial, se ha incluido dentro de la garantía de indemnidad al trabajador que reclama ante la Inspección de Trabajo>> y respecto del conflicto colectivo <<y, asimismo, superando la exigencia de reclamación individual, se ha incluido dentro de la garantía de indemnidad a los trabajadores afectados por la

¹⁴ Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Sevilla, 19 de junio de 2007 Sentencia nº 2072/2007

¹⁵ MORÁN ROA. S. en su artículo *“La protección jurídica del trabajador reclamante: La garantía de indemnidad”*. Página: 9.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Galicia, de lo Social, 18 de septiembre de 2015 Sentencia nº 4818/2015

demanda de conflicto colectivo interpuesta por un sindicato - sentencias del Tribunal Constitucional 16/2006, de 19 de enero>>.

También debemos entender incluido la denuncia interpuesta frente a la policía, así lo reconoce el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía¹⁷, denunciando una trabajadora a su empleador por acoso y en las reclamaciones que realiza un trabajador frente a la propia empresa.

Y por último las declaraciones de un trabajador como testigo¹⁸, estableciendo el Tribunal Superior de Justicia de Santander que <<El Tribunal Constitucional ha declarado la nulidad de los despidos cuya causa derivaba del ejercicio legítimo de la libertad de expresión constitucionalmente garantizada por el art. 20.1 a) C. E. (SSTC 8 1)); de la libertad de información garantizada por el art. 20.1.d)>>.

Parte de la doctrina¹⁹ opina que no debería incluirse la declaración testifical dentro de la garantía de indemnidad pues <<considerar las declaraciones de testigos [...] significa olvidar el bien jurídico tutelado en cada momento. Concretamente, en todos y cada uno de los supuestos apuntados se ignora la auténtica vulneración de derechos fundamentales, como en este supuesto ocurre con la libertad de expresión, y sin embargo, se ofrece protagonismo inmerecido a la tutela judicial que en ningún momento se lesiona, ya que no se ejercita ninguna acción judicial>>.

Si bien es cierto, como apunta la autora, que el testigo no ejercita ninguna acción judicial frente al empresario, no es menos cierto que el demandante sí ejercita su derecho a la tutela judicial efectiva, comprendiendo ésta la utilización de cualquier medio de prueba que estime oportuno el demandante abarcando la prueba testifical, por lo que el despido del testigo supone una vulneración del artículo 24 de la Constitución española, que pretende proteger la garantía de indemnidad. Por esta vía, creemos que sí se podría incluir el despido de trabajadores por testificar frente al empresario, cuando dicha testifical, tenga por objeto la tutela de otro trabajador a sus derechos legítimos.

¹⁷ Sentencia Tribunal Superior de Andalucía, Málaga 19 de abril de 2007 Sentencia nº : 883/2007

¹⁸ Sentencia Tribunal Superior Justicia, Santander 16 de agosto de 2007 Sentencia nº 746/2007

¹⁹ HERRÁIZ MARTÍN. Mº S., *“El despido nulo: causas y efectos”* Ed: Aranzadi Pág:95

Sin embargo debemos destacar que no toda reclamación se encuentra protegida por la garantía de indemnidad, sino sólo aquellas que vayan destinadas a proteger los derechos del trabajador que el ordenamiento jurídico regula, no podemos entender incluidos por tanto aquellas reclamaciones personales que solicita el trabajador, como puede ser un cambio de horario que el empresario no esté obligado legalmente a soportar.

Así lo entiende el Tribunal Supremo²⁰, en su Sentencia de 17 de febrero 2015, donde una trabajadora había solicitado de forma reiterada a la empresa un cambio de turno de trabajo, sin fundamento jurídico alguno, desde el año 2008 hasta agosto de 2011, participando en una queja plural por cambio de horario a la empresa en el año 2011. La empresa despide a la trabajadora en octubre de 2011.

El Tribunal supremo entiende que no se vulnera la garantía de indemnidad ya que la trabajadora no denuncia en ningún momento ninguna norma jurídica concreta, solicita un cambio en su horario, sin fundamento jurídico alguno, que es rechazado por la empresa, y por ello desestima el recurso de casación.

C. REQUISITOS DE LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD.

Aunque la garantía de indemnidad sea una construcción jurisprudencial se pueden apreciar una serie de elementos comunes en todos los procedimientos: 1º reclamación efectuada por el trabajador 2º medida empresarial represiva 3º nexo de causalidad ente la reclamación y la medida represiva²¹.

La reclamación efectuada por el trabajador deberá ser fundada en derecho como ya hemos explicado anteriormente, y podrá versar sobre un derecho que el trabajador *creía* que ostentaba, por lo que en ningún caso la medida represiva estaría justificada si el trabajador reclamó sin tener derecho. Se protege el derecho del trabajador a reclamar sus derechos²².

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª 19 de abril de 2013 Rec 2255/2012

²¹ ÁLVAREZ ALONSO D. *“La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales”* Ed: tirant lo Blanch pág: 123.

²² MORÁN ROA. S. en su artículo *“La protección jurídica del trabajador reclamante: La garantía de indemnidad”*. Página: 14 Lo explica de la siguiente forma: << Sin embargo, ello no supone que sea preciso que el trabajador tenga razón en su demanda, lo cual es muy difícil de predeterminar antes de

Un elemento esencial a la hora de determinar si se ha vulnerado la garantía de indemnidad es la correlación temporal entre la acción ejercida por el trabajador y la medida represiva adoptada por el empresario. Así lo entiende de forma mayoritaria la jurisprudencia²³ pues que la medida represiva ejercida por el empresario sea cercana temporalmente a la pretensión del trabajador es un claro indicio que deberá desvirtuar el empresario en el juicio, deberá probar que el despido no tuvo causa en la pretensión del trabajador.

Como ya hemos comentado este derecho guarda relación directa con el artículo 24 de la Constitución española, y con el artículo 5.c del convenio número 158 de la OIT. Al ser un derecho fundamental seguirá el cauce procesal que regula la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en su artículo 177 y recogerá la inversión de la carga de la prueba, que estudiaremos más adelante.

IV. EL DESPIDO NULO POR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

A. INTRODUCCIÓN: DERECHOS ESPECÍFICOS Y DERECHOS INESPECÍFICOS.

Dentro de la variedad de derechos fundamentales que recoge nuestra Constitución podemos encontrar una serie de derechos que van dirigidos para los trabajadores, como puede ser el derecho a huelga o libertad sindical. Son derechos que encuentran su causa y esencia en una relación laboral, es decir, son derechos específicamente laborales. Así lo explica Palomeque López <<La relación de trabajo, actica o como referencia pretérita o de futuro, deviene así para aquellos presupuestos insoslayable de su perfeccionamiento y ejercicio. Es el caso, así pues, de derechos constitucionales específicamente laborales (derechos específicos)²⁴ >>.

que haya recaído sentencia. Y este aspecto es especialmente importante, ya que lo que la garantía protege es el derecho del trabajador a no ser represaliado por el mero hecho de que haya reclamado unos derechos de los que se creía asistido>>.

²³ SSTC Sala 1 de 8 de mayo de 2006 EDJ 2006/80231, Pleno 10 de diciembre de 2015 EDJ 2015/174327

²⁴ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C y ÁLVAREZ DE LA ROSA. M. “*Derecho del trabajo*”. Vigésimo cuarta edición. ED: Ramón Areces. Pág: 103.

Por otro lado encontramos otra serie de derechos fundamentales que son inherentes a la persona por su condición, que todo individuo ostenta por el mero hecho de serlo. Son derechos de titularidad general que los trabajadores pueden ejercer dentro de su relación laboral. Palomeque López²⁵ argumenta que al ser derechos fundamentales de carácter general, si se atribuyen a los trabajadores en el marco de su relación de trabajo adquieren una dimensión sobrevenida. Es necesaria esta aclaración porque tras las consideraciones iniciales que vamos a realizar, estudiaremos los derechos fundamentales divididos en la clasificación anterior, realizada por Palomeque López y acogida actualmente por la mayoría de la doctrina.

Tras las recientes sentencias por parte del Tribunal Constitucional español en el caso de una trabajadora de Inditex y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Bărbulescu creemos que es necesario hacer una breve introducción sobre la dicotomía entre los derechos fundamentales del trabajador y la modulación que sufren como consecuencia de la integración en una organización privada y el sometimiento a un poder de dirección.

El problema no es menor, pues a día de hoy los tribunales siguen dictando sentencias que modifican la anterior jurisprudencia, no hay mejor ejemplo que las expuestas anteriormente. No existe un consenso jurisprudencial sobre el tema, ni doctrinal, pues como vamos a ver no es trivial y dar una respuesta definitiva al problema se antoja complicado. Por ello pensamos que antes de ahondar en el tema de los derechos fundamentales debemos anticipar una serie de notas introductorias que ayuden al lector a comprender el caso.

Como ejemplo para presentar el caso, podemos pensar en el derecho a la intimidad recogido en el artículo 18 de la Constitución, que entra en conflicto con el derecho a la vigilancia que ostenta el empresario en virtud de los artículos 38 de la Constitución y 20.3 del Estatuto de los Trabajadores²⁶.

²⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C y ÁLVAREZ DE LA ROSA. M. *“Derecho del trabajo”*. Vigésimo cuarta edición. ED: Ramón Areces. Pág: 105.

²⁶ LLUCH CORELL. F.J en su artículo *“Derecho a la intimidad del trabajador versus control empresarial: una jurisprudencia inestable”*. De 1 de diciembre de 2014 para el www.elderecho.com recoge de forma magistral la problemática entre ambos derechos.

El primero sufre una modulación²⁷ consecuencia del segundo, pues de lo contrario el empresario no podría fiscalizar el trabajo de sus empleados. Conocer dónde está el límite de la doblez, hasta dónde se puede mover la línea sin vulnerar el derecho fundamental que se modula, es lo que ha dado diversa jurisprudencia que a día de hoy, como decíamos arriba, sigue cambiando.

La cuestión es resolver, al fin y al cabo, una colisión de derechos entre particulares, pues tanto el trabajador tiene una serie de derechos, como el empleador. Habrá que conocer y delimitar cuando el empresario se extralimita en el ejercicio de sus derechos de vigilancia y control vulnerando los derechos fundamentales del trabajador. No es tarea sencilla.

El Tribunal Constitucional²⁸ se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el tema en varias de sus Sentencias <<la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano por más que el ejercicio de tales derechos en el seno de la organización productiva pueda admitir ciertas modulaciones o restricciones, siempre que esas modulaciones estén fundadas en razones de necesidad estricta debidamente justificadas por el empresario>> y completa lo anterior <<el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada>>.

Es decir, el trabajador no deja de ser persona, no pierde sus derechos inherentes por insertarse dentro de una organización empresarial privada. Pero sí entran en conflicto una serie de derechos, ya que tampoco debemos olvidar que el empleador también ostenta otra serie de derechos que le otorga la Constitución. Para resolver el problema el Tribunal Constitucional matiza lo anterior añadiendo <<que, partiendo de este principio, no puede desconocerse tampoco que la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos, en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad

²⁷ RIERA VAYREDA. C, "*El despido nulo*". Ed: Tirant lo Blanch. Valencia 1999. Página: 166

²⁸ Sentencia de 23 de noviembre de 1997 nº 204/1997

productiva. [...] Es en aplicación de esta necesaria adaptabilidad de los derechos del trabajador a los requerimientos de la organización productiva en que se integra, y en la apreciada razonabilidad de éstos>>.

Se añaden los adjetivos <<imprescindible>> y <<razonabilidad>>, ambas ideas expresan, en definitiva, una única, en palabras del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de las Palmas, Sala de lo Social, en su Sentencia de 19 de marzo de 2013 de <<proporcionalidad>>. La modulación que deben sufrir los derechos fundamentales en favor de los derechos del empleador deberá ser proporcional al fin de estos últimos, y en ningún caso, podrá superar el umbral de lo imprescindible como bien explicaba el Tribunal Constitucional.

Concretando las anteriores ideas, una vez que el trabajador prueba indicios de la vulneración de derechos fundamentales el empleador deberá probar que los medios que utilizó son los imprescindibles y los más razonables para llevar a cabo el fin que pretende sin vulnerar ningún derecho fundamental, así lo desarrolla el Tribunal <<[...] exigiéndose, en definitiva, que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionalmente por sí mismas su decisión, neutralizando los indicios de que aquélla ocultaba la lesión de un derecho fundamental del trabajador>>.

En el caso del derecho a la intimidad que recogíamos más arriba, el empleador deberá probar que el uso de un determinado sistema de video vigilancia es proporcional al fin que pretende, asegurar su establecimiento, y que el mismo no vulnera el derecho a la intimidad de sus trabajadores más allá de lo imprescindible y razonable para asegurar su establecimiento.

Podemos decir pues, que el Juez deberá definir los derechos fundamentales²⁹ y argumentar si la medida adoptada encuadra dentro de la proporcionalidad exigida, si existe o no, otra medida menos dañina.

²⁹ RIERA VAYREDA. C, "El despido nulo". Ed: Tirant lo Blanch. Valencia 1999. Página: 160 Lo desarrolla de la siguiente forma: << A falta de unas fronteras claras, la calificación del despido se convierte en un juicio previo sobre los límites a los que está sometido el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, lo cual convierte al juez ordinario en aplicador directo de la Constitución y, en cierta medida, en definidor de aquellos derechos y libertades>>. Las fronteras a las que se refiere Riera Vayreda es el conflicto entre contrato de trabajo y derechos fundamentales a los que nos referíamos al inicio del capítulo.

Desde una perspectiva histórica esta visión de los derechos fundamentales es reciente, proviene de Alemania y se empieza a teorizar en la década de los años 50 del pasado siglo. Recordemos que los derechos fundamentales nacen como un límite al estado en sus relaciones con los ciudadanos, una barrera que el estado no podía transgredir, por lo que una vulneración de los derechos fundamentales no se preveía en una relación privada. Sin embargo a partir de la década de los años 50 nace la doctrina *Drittwirkung der Grundrechte*³⁰ cuya traducción literal al español es efecto entre terceros de los derechos fundamentales.

La teoría sostiene que hay una serie de derechos fundamentales que vinculan a los poderes públicos, pero que hay otros derechos fundamentales que van destinados a garantizar a cada ciudadano un determinado status quo dentro de la sociedad. En España no se tardó en admitir dicha teoría y en asimilarla dentro de nuestro sistema jurídico, prueba de ello es el principio de legalidad recogido en el artículo 9 de la Constitución que vincula a todos los ciudadanos y poderes públicos, así como el recurso de amparo contemplado en el artículo 53 de la Constitución, a través del cual un particular puede recabar la protección del Tribunal Constitucional frente a una vulneración de sus derechos fundamentales por parte de un tercero.

Todo ello obedece a como bien explica Bilbao Ubillos³¹, a que el poder ya no se encuentra concentrado en el estado, sino que se encuentra esparcido por toda la sociedad, existiendo relaciones de poder dirección estado-ciudadano y ciudadano-ciudadano, como es el caso del empleador y el trabajador.

³⁰ DE BACCO, PÉREZ. M. *“El despido nulo en España”*. Universidad La Laguna. Página: 23.

³¹ BILBAO UBILLOS, J.M.: *“La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares. Análisis de la jurisprudencia constitucional”*, ED: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. 1997, pág.242

B. EL DESPIDO DISCIPLINARIO CON VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES: ÚLTIMOS CAMBIOS JURISPRUDENCIALES.

Todo lo tratado anteriormente sobre la modulación de los derechos fundamentales del trabajador y los derechos del empresario se aplica en la mayoría de los casos en los despidos disciplinarios, donde el empresario ante un incumplimiento grave y culpable del trabajador ejerce sus potestades disciplinarias. Según la doctrina³²

<<El despido disciplinario es la sanción más grave que puede imponer el empresario y, en consecuencia, la manifestación más intensa de su poder sancionador o de disciplina en la empresa>>.

Para constatar que el trabajador cumple con sus obligaciones contractuales el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores permite al empresario <<adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana [...]>>.

Determinar cuáles son las medidas más oportunas, y a la vez guarden la debida consideración con la dignidad humana será la problemática a resolver. En este punto es donde se encuentra la modulación entre el poder de vigilancia del empleador y los derechos fundamentales del trabajador.

Sobre la problemática hay un cambio jurisprudencial, pues el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de mayo de 2014, núm. Rec. 1685/2013, declaraba nulo el despido de una cajera de supermercado a la que el empleador había estado vigilando a través de videocámaras, sin haberle avisado previamente del uso de las mismas, siguiendo la doctrina recogida del Tribunal Constitucional en su Sentencia nº 29/2013, de 29 de febrero de 2013.

³² MARTÍN VALVERDE. A, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F, y GARCÍA MURCIA J. *“Derecho del Trabajo”*. ED: Tecnos. 25ª Edición. Madrid 2016.. Pag. 791.

En cambio el Tribunal Constitucional se aparta de esta jurisprudencia en su Sentencia nº 39/2016 de 3 de marzo del año 2016. En esta Sentencia rechaza el recurso de amparo interpuesto por una trabajadora que había sido despedida por la empresa tras comprobar cómo esta robaba dinero de la caja. Todo ello había sido grabado por videocámaras instaladas por la empresa sin comunicar previamente a la trabajadora cual iba a ser la función de las mismas, alegando el Tribunal Constitucional que la simple advertencia de un cartel a la entrada del local sobre el sistema de video vigilancia bastaba para que la trabajadora supiera de la existencia del mismo.

En el primer caso, antes del cambio jurisprudencial, nos encontramos con la siguiente argumentación del Tribunal Supremo para declarar nulo el despido de la cajera <<por la empresa no se dio información previa a la trabajadora de la posibilidad de tal tipo de grabación ni de la finalidad de dichas cámaras instaladas permanentemente, ni, lo que resultaría más trascendente, tampoco se informó, con carácter previo ni posterior a la instalación, a la representación de los trabajadores de las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, [...] ni explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo; por el contrario, al requerir tales representantes de los trabajadores a la empresa, una vez instaladas, se les indicó que su finalidad era evitar robos por terceros y no se trataba de un sistema para el control de la actividad laboral>>.

Es decir, se declara nulo el despido por no cumplir una serie de formalismos de carácter informativo sobre el uso que se daría al sistema de video vigilancia. Todo ello siguiendo, y recogiendo de forma expresa la jurisprudencia asentada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia arriba mencionada, donde establecía los mismos requisitos que más tarde recogería el Tribunal Supremo. Se declara que el deber de información no se puede entender cumplido la existencia de diversos distintivos que anunciaran la instalación de cámaras. Declarando que <<era necesaria además la información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida. [...] explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo>>.

Resumiendo, que en el caso de proceder a utilizar controles que pudieran poner en peligro los derechos fundamentales del trabajador, es necesario una advertencia previa de los mismos al empleado, debiendo ser la advertencia explícita y clara.

Sin embargo el Tribunal Constitucional cambia la anterior jurisprudencia en su Sentencia de 3 de marzo de 2016, nº 39/2016, donde rechaza el recurso de amparo interpuesto por una trabajadora que había sido grabada mediante un sistema de video vigilancia por la empresa y despedida ya que se comprobó cómo cogió dinero de la caja durante varios días. Las cámaras se instalaron sin informar en ningún caso a los trabajadores, si bien se colgó en el escaparate un cartel avisando de la existencia de las mismas.

Para ello se acoge al mencionado artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 12 de enero caso Barbulesco v. Rumanía, apuntando al principio de proporcionalidad, compuesto por tres requisitos <<si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto>>, concluyendo que la instalación de las cámaras era el único medio por el cual se podía proteger el patrimonio del empleador.

El artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores se convierte en el eje sobre el que rota toda esta construcción jurisprudencial que permite al empresario modular los derechos fundamentales del trabajador en favor de ejercer los derechos de vigilancia y control que le son reconocidos constitucionalmente. Pero, como bien ha se ha explicado anteriormente, estos derechos fundamentales permanecen, y su núcleo deberá respetarse en todo caso.

Creemos que en la última Sentencia del Tribunal Constitucional nº 39/2016 no se respeta en ningún caso el núcleo del derecho fundamental recogido en el artículo 18 de la Constitución española, pues como bien señala Juan Antonio Xiol Ríos en su voto particular, no podemos entender que se cumple el deber de información sobre el uso de las cámaras de seguridad con la simple advertencia realizada a través de un cartel en el escaparate del comercio.

La propia Sentencia reconoce que la Ley Orgánica sobre Protección de Datos establece en su artículo 5 la existencia de la obligación de información a los trabajadores sobre el uso de las cámaras, si bien entiende que tal requisito se cumple pues <<la empresa colocó el correspondiente distintivo en el escaparate de la tienda donde prestaba sus servicios la recurrente en amparo, por lo que ésta podía conocer la existencia de las cámaras y la finalidad para la que habían sido instaladas>>. Como bien desarrolla el Magistrado, no podemos entender que se cumple la obligación poniendo al mismo nivel la información que va destinada a un comprador, que al trabajador. En primer lugar porque constaba probado que la cámara apuntada de forma directa al puesto de trabajo de la cajera, la advertencia al público se sobreentiende que las cámaras apuntarán de forma diversa a todos los rincones de la tienda, y en segundo lugar, que el trabajador pasará toda su jornada laboral observado por las cámaras, mientras que el cliente sólo el tiempo que permanezca dentro de la tienda, existiendo un menor riesgo de vulneración de derechos fundamentales, en el primer caso que en el segundo.

Ante tales diferencias no podemos entender que el deber de información se entienda cumplido al equiparar el mismo cartel destinado a los clientes, que al trabajador.

Es por todo ello por lo que no podemos compartir los argumentos que da la Sentencia del Tribunal Constitucional para rechazar el amparado solicitado por la trabajadora.

El Tribunal Constitucional recoge así la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Barbulescu v. Rumanía*, donde el Tribunal declaró ajustado a derecho el despido de un trabajador, al que la empresa monitorizó los mensajes de correo electrónico, sin advertirle de forma previa de la adopción de tal medida. La empresa también accedió al contenido de los mensajes conociendo en algunos casos cierto contenido sexual que el trabajador intercambió con su pareja.

Sobre esta Sentencia debemos acogernos a la crítica que le realiza Marc Carrillo³³ <<Lo relevante a efectos laborales era comprobar el uso del correo con fines personales, pero no su contenido. Al hacerlo así, el Tribunal aplica un criterio desproporcionado, avalando una medida empresarial que se inscribe en un contexto de uso abusivo de su poder de dirección sobre los medios personales y materiales [...]>>.

Creemos que es necesario un mayor desarrollo normativo que obligue al empresario a efectuar una comunicación previa sobre los métodos que utilizará para llevar a cabo la función de vigilancia y control sobre el trabajador. Las sentencias mencionadas del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dirigen el camino a un control a posteriori de las medidas adoptadas por el empresario sobre los incumplimientos del trabajador, las cuales al no estar determinadas de forma alguna, ni preavisadas, pueden ocasionar perjuicios en los derechos fundamentales del trabajador.

El contenido del artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores ha permanecido prácticamente invariable desde 1995. Hace falta una modernización del mismo, pues en más de 20 años la tecnología ha sufrido un crecimiento sin antecedentes que permite, por un lado, un control por parte del empresario por el cual puede monitorizar todos los movimientos que realiza prácticamente el trabajador durante su jornada de trabajo, como por otro lado, una mayor facilidad al empleador de evadir sus obligaciones contractuales para con el empleador.

³³ CARRILLO, MARC. Revista IUSLabor nº 1/2016 “El uso de internet en la empresa: a propósito de la *stedh* de 12 de enero de 2016, caso *barbulescu c/ Rumanía*”. Página 4.

Se hace necesaria una nueva regulación del artículo, enfocándolo a unos requisitos de información previa al trabajador sobre los métodos que utilizará el empleador para evaluar su trabajo. Lo anterior no sólo beneficiará al trabajador que contará con una mayor seguridad en el desempeño de sus tareas, sino también una mayor seguridad al empleador, que podrá actuar sin temor a ser obligado a la readmisión de un trabajador por vulneración de los derechos fundamentales.

C. LA NULIDAD DEL DESPIDO POR VIOLACIÓN DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS.

En este punto trataremos la calificación de nulo de aquellos despidos que traen causa en la vulneración de un derecho fundamental inespecífico, que como ya habíamos definido arriba, son aquellos derechos fundamentales inherentes al trabajador por su condición de persona.

2. EL DESPIDO DISCRIMINATORIO CON VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Debemos empezar explicando la diferencia entre discriminación y desigualdad, para ello traemos a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional³⁴ cuando desarrolla que <<el principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo 14 hace referencia inicialmente a la universalidad de la Ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas, y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido en un Estado social y democrático de Derecho [...] Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, como declara de forma expresa el artículo 14 de la Constitución; es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable>>.

³⁴ Sentencia del Pleno. De fecha 10 de noviembre de 1981, nº 34/1981.

Pero dicha igualdad no vincula al poder empresarial, así lo ha declarado el Tribunal Constitucional³⁵ de forma reiterada que <<La legislación laboral, desarrollando y aplicando el art. 14 de la Constitución ha establecido en el art. 4.2.c del Estatuto de los Trabajadores y en el 17 de igual norma la prohibición de discriminación entre trabajadores por una serie de factores que cita, pero según general opinión, no ha ordenado la existencia de una igualdad de trato en el sentido absoluto. Ello no es otra cosa que el resultado de la eficacia del principio de autonomía de la voluntad [...]>>.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo cuando declara que <<No existe en el ordenamiento laboral ningún precepto que imponga al empresario un deber de trato absolutamente igual a todos sus trabajadores>>, pues como decíamos anteriormente deja abierta la puerta a la libre voluntad, siempre que no se de una discriminación.

Debemos distinguir por tanto dos principios, el de igualdad y el de no discriminación. El de igualdad se recoge en el artículo 14 de la Constitución y a él se encuentran vinculados las leyes, y los poderes públicos. Acudiendo a la literalidad del precepto lo podemos observar claramente; <<Todos los españoles son iguales ante la ley>>. Los responsables de dictar, ejecutar y juzgar las leyes son el Gobierno, las Cortes Generales y el Poder Judicial, no existiendo ningún tipo de mandato hacia el ciudadano, y por tanto, tampoco hacia el empresario o empleador.

Por otro lado el principio de no discriminación viene enunciado justo después del de igualdad y establece que << [...] sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social>>.

³⁵ Tribunal Constitucional, Sala Segunda. Sentencia de 9 de marzo de 1984 nº 34/1984.

Supone una clara prohibición de vejar o tratar de forma peyorativa a terceras personas, y como desarrollábamos al principio del apartado, si el principio de igualdad es una barrera a la actuación del estado, el principio de no discriminación supone una barrera de actuación al estado, pero también a los ciudadanos entre sus relaciones privadas.

Por lo tanto, no podemos decir que el principio de igualdad y de no discriminación coincidan, pues el primero impone un mandato a los poderes públicos, y el segundo a éstos y a los ciudadanos. Lo anterior deja un margen de maniobra a la libre voluntad de las partes dentro del campo de la libertad de empresa, por la cual el empresario podrá pactar distintas condiciones con sus trabajadores siempre que con su actuación no discrimine.

Para desarrollar el tema del despido discriminatorio vamos a seguir la clasificación que Riera Vayreda utiliza³⁶. Según el mencionado autor existen tres supuestos susceptibles de estudio en el despido discriminatorio. El primero es la discriminación que sufre el trabajador sin que exista un término comparativo, es decir la discriminación no se produce frente a otro trabajador concreto. En el segundo la discriminación aparece cuando sí existe dicha comparación, y en el tercero cuando se mezcla el trato discriminatorio con una conducta sancionable del trabajador.

a. Despidos discriminatorios sin comparativa.

A pesar que el despido discriminatorio sólo podrá darse en aquellos supuestos donde haya un trato diferenciado entre trabajadores con causa en factores discriminatorios, la jurisprudencia ha aplicado el término a todos aquellos supuestos en lo que sin existir una comparación discriminatoria, sí tienen en su origen una causa discriminatoria.

Todo trabajador que estime que se ha producido una vulneración de sus derechos fundamentales debe citarlo en la demanda de despido, y como ya veremos más adelante, deberá aportar una serie de indicios que permitan al juez ordenar la inversión de la carga probatoria.

³⁶ RIERA VAYREDA. C. *“El Despido nulo”*. ED: Tirant Lo Blanch. Valencia, 1999. Página: 183.

Pero además de dichos indicios se hace necesario lo que la jurisprudencia denomina un <<clima discriminatorio>>, en palabras del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria³⁷ <<En definitiva, se destaca la necesidad de que quien afirma la discriminación acredite la existencia de un panorama o clima propicio a la conducta discriminatoria o lesiva de derechos fundamentales que haga verosímil su imputación>>.

Hay que crear una sospecha o conjetura, que permita al juez presuponer que dicho despido se debe a una causa discriminatoria, y en virtud de esa suposición, invertir la carga de la prueba para que el empresario argumente lo que crea oportuno para desvirtuar dicha suposición.

Dicha inversión no la debemos confundir, como bien precisa Riera Vayreda³⁸, con la prueba diabólica, el empleador no debe responder a la pregunta: ¿por qué no es un despido discriminatorio?, bastará con que aporte una causa real para que el despido no sea calificado como discriminatorio, aunque luego el despido se podrá calificar como procedente o improcedente. Podemos esquematizar el despido discriminatorio de la siguiente forma. Una primera parte donde el trabajador deberá aportar indicios que permitan crear el denominado clima de discriminación, segundo, que el juez si lo estima invertirá la carga de la prueba, y la tercera parte donde el empresario deberá probar que existe una causa real que motive el despido.

b. Despidos con un término comparativo.

En este supuesto el empresario sanciona de forma desigual a trabajadores que actuaron de la misma forma, teniendo como causa el despido en un factor discriminatorio. Será la discriminación y el factor discriminatorio lo que permita calificar al despido como nulo. Como en el caso anterior, es necesario que el trabajador aporte indicios de la causa discriminatoria.

³⁷ Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Social, Sentencia de 15 Jun. 2010, rec. 415/2010 que recoge la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, SSTS de 16 de marzo, 10 y 13 de octubre de 1989 y 18 de junio de 1991

³⁸ RIERA VAYREDA. C. *"El despido nulo"*. ED: Tirant Lo Blanch. Valencia. 1999. Página 187.

En este caso el empresario no sólo deberá justificar el despido como en el anterior supuesto, sino que también deberá justificar el trato desigual que sufren los trabajadores, pues de lo contrario el despido se calificará como nulo.

c. Despidos pluricasuales.

Podemos definir los despidos pluricasuales como aquellos en los que confluyen por un lado un factor discriminatorio o una vulneración de los derechos fundamentales, y por otro una actuación por parte del trabajador que justifica el despido³⁹.

Para clarificar el supuesto exponemos un ejemplo traído de la jurisprudencia. En este caso una trabajadora llega alterada a su lugar de trabajo, y tras discutir con una compañera, termina abofeteando involuntariamente a otro compañero mientras le agrede verbalmente.

La empresa despide a la trabajadora que interpone la demanda y el Tribunal califica el despido como nulo porque en situaciones similares la empresa nunca había sancionado con el despido a otros trabajadores, sino con 15 días de sueldo. Además que la trabajadora había interpuesto varias reclamaciones a la empresa, denuncias a la inspección de trabajo, y estaba afiliada a un sindicato.

Encontramos en el relato una actuación que supone un incumplimiento por parte del trabajador, que va acompañado de un despido discriminatorio, pues ante situaciones similares la empresa nunca había actuado igual, ya que la causa real del despido no es únicamente la agresión física y verbal, sino las repetidas reclamaciones que interpuso la trabajadora, y la denuncia ante la inspección de trabajo.

Las reclamaciones y las denuncias ante la inspección de trabajo fueron los indicios que permitieron al Juez invertir la carga de la prueba. Una vez que la empresa no puede justificar por qué la sanción a esta trabajadora es mayor que a otros trabajadores, se da una discriminación cuyo origen se encuentra en las reclamaciones de la trabajadora, por lo que se debe calificar el despido como nulo.

³⁹ RIERA VAYREDA C. "El despido nulo". ED: Tirant Lo Blanch. Valencia. 1999. Página 190.

En estos supuestos existe un conflicto de derechos, ya que el empresario tiene derecho para sancionar al trabajador por su conducta, pero éste ostenta unos derechos fundamentales que se deben proteger en todo caso. No se pueden salvaguardar ambos derechos, pues si se procede a sancionar al trabajador se estaría apoyando en un factor discriminatorio, que vicia hasta la imposición de una nueva sanción. En ningún caso se podría afirmar con rotundidad que la nueva sanción, que castiga los mismos hechos, carece del componente discriminatorio.

d. Despidos con trato discriminatorio no desigual.

¿Está el empresario obligado a sancionar de igual forma comportamientos idénticos por parte de varios trabajadores? La mayoría de la jurisprudencia se muestra contraria a la afirmación, argumentando que el empresario no se muestra vinculando por el mandato del artículo 14 de la Constitución, y mientras el empleador no lo vulnera, o los artículos 17 y 4.2 del Estatuto de los trabajadores podrá imponer sanciones diferentes, o sancionar una determinada conducta y otra no.

Sin embargo hay algunos Tribunales Superiores de Justicia, que argumentan que el poder sancionador del empleador debe regirse sin vulnerar el principio de igualdad, y por tanto, no pudiendo sancionar idénticos hechos de forma diferente. Sin embargo, sí admiten una diferencia basada en la categoría profesional del trabajador.

La doctrina también se muestra dividida, así algunos autores entienden que el artículo 14 de la Constitución es un límite al poder sancionador del empresario, no pudiendo sancionar a unos trabajadores sí y a otros no por unos hechos idénticos. Otros opinan que el artículo 7.2 del Código Civil podría entrar en juego, el abuso de derecho, pues podría resultar contrario a la buena fe.

La realidad es la que describíamos al inicio del apartado, la Constitución sí ordena el respeto al legislador, pero no respecto a los ciudadanos, sobre los que sí recae un mandato de no discriminación, por lo que, mientras no exista ningún indicio de discriminación en la sanción impuesta al trabajador no se podrá declarar la nulidad del despido. Y en los supuestos donde el trabajador pueda aportar indicios de vulneración de sus derechos fundamentales deberemos acudir al despido pluricasual estudiado más arriba.

3. EL DESPIDO EN LA EMPRESA IDEOLÓGICA.

a. Consideraciones previas.

Ni la legislación ni la jurisprudencia han definido a las empresas ideológicas, por lo que ha sido la doctrina la que ha dado una definición. Así Selma Penalva⁴⁰, las define como aquella empresa <<que se intenta diferenciar de la competencia manifestando abiertamente su afinidad con una concreta ideología, normalmente política o religiosa, con el fin de captar a los clientes potenciales que comparten la misma opinión>>.

En este tipo de empresa la demanda que recibirán depende del compromiso ideológico, pues sin las características ideológicas o políticas será una más en el mercado. De ello deriva la necesidad de un compromiso ideológico de sus trabajadores, es decir, que el trabajador no sea contrario a la ideología que profese la empresa. Aquí debemos hacer un pequeño inciso, pues dicho compromiso dependerá del puesto del trabajo que ocupe el trabajador, diferenciándose por un lado, las actividades neutras y por otro aquellas que no lo son.

⁴⁰ SELMA PENALVA. A, “*Anales del Derecho*”. Revista de derecho de la Universidad de Murcia. Núm. 26. 2008 Página 299.

Podríamos definir las actividades neutras⁴¹ como aquellas actividades que no guardan una relación directa con la ideología que comparte la empresa, o actividades dónde la ideología no se puede poner en peligro, por ejemplo la señora de limpieza de un bar vegetariano, ya que por el objeto mismo de su contrato no entra dentro de sus competencias promover una dieta vegetariana, sin embargo el cocinero sí, pues no podría utilizar carne para cocinar.

También debemos diferenciar entre la empresa cuya finalidad pública es la promoción de un determinado ideario, de aquellas que dependen de ellas cuyo fin es otro. Pues el compromiso ideológico anteriormente referenciado sólo se puede requerir en la empresa titular o matriz, y no en las que dependan de aquélla y carezcan de tal fin.

- a. El despido en la empresa ideológica con vulneración de derechos fundamentales.

En este tipo de empresa surge un conflicto de derechos, por un lado la libertad ideológica individual del trabajador y por otro la libertad ideológica colectiva de la empresa. El conflicto se manifiesta cuando el empleador despide a un trabajador por una conducta contraria a la ideología de la empresa. En el caso que la función que desempeñe el trabajador, y su actuación sean manifiestamente contrarias a la ideología de la empresa, el despido será totalmente legítimo. Si bien debemos añadir que el trabajador puede tener una ideología contraria a la empresa, pero no es hasta que se exterioriza el pensamiento, en forma de algún acto que vulnere dicha ideología, cuando procede la sanción, pues el mero pensamiento está protegido por la libertad de pensamiento en el artículo 16 de la Constitución.

⁴¹ CARNICERO MARTORELL. I, "*Libertad ideológica y contrato de trabajo*". Universidad de Valladolid. Página: 36. Aquí el autor precisa: << Una empresa, por mucho que sea de tendencia, no se puede entender como un espacio ajeno a la libertad de pensamiento de sus trabajadores y no debe abarcar también a los trabajadores que desempeñan funciones neutras en la empresa, como pudieran ser la vigilancia del recinto o la mera administración de la organización, por lo que éstos no serán portadores de tendencia y la variante a la regla general no les afectará, es decir, la variante a la regla general afectará únicamente a aquellos trabajadores que desempeñen "actividades directamente vinculadas a la definición y concreción de las líneas ideológicas propias de la organización, o a la consecución y realización de los fines ideológicos propios de la institución o a la expresión de los fines ideológicos propios de la institución o a la expresión de la ideología del ente">>.

Además el trabajador debe ocupar un puesto de trabajo cuya función sea el desarrollo de la ideología del centro, pues de lo contrario no se puede vulnerar la ideología, con la excepción de las conductas extralaborales, o que vayan más allá de su contrato de trabajo.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional⁴² se realiza un análisis pormenorizado de todo lo detallado anteriormente. Se trata el despido de un técnico sanitario de un hospital perteneciente a una orden religiosa. El Tribunal empieza desarrollando que el vínculo laboral existe entre el hospital, que es empresa aparte de la orden religiosa, y la trabajadora. No se puede exigir de ninguna forma el compromiso ideológico, pues el contrato de trabajo se suscribe con el hospital y no con la orden.

En segundo lugar la trabajadora era técnica, no teniendo dentro de su objeto de trabajo promover una determinada ideología, la modulación que debe sufrir sus derechos fundamentales varía entonces respecto de un trabajador que sí tenga encomendadas dichas funciones. Como termina declarando el propio tribunal, las expresiones que realiza la técnica sanitaria iban dirigidas a defender su trabajo, ámbito que cubre la libertad de expresión y sobre la cual no cabe modulación, pues como decíamos, su objeto de trabajo no será el proselitismo de una determinada religión.

⁴² Sentencia nº106/1996, dictada por la sala segunda, el 12 de junio de 1996.

D. DESPIDOS CON VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS.

Como los definíamos al principio del apartado, los derechos fundamentales específicos son aquellos típicos que se desarrollan en el vínculo de una relación laboral. Entre ellos podemos mencionar el derecho a huelga o a la libertad sindical.

1. DESPIDO NULO POR VULNERACIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL.

a. Introducción.

Antes de entrar a analizar en qué supuestos se vulnera la libertad sindical, es necesario definir qué es la libertad sindical, su ámbito subjetivo, así como otras notas para afrontar mejor el estudio.

La libertad sindical es el derecho fundamental por el cual los trabajadores pueden agruparse libre y establemente, para defender los intereses que les son propios dentro de las relaciones laborales. El ámbito de actuación de la libertad sindical viene definido por el artículo 28.1 de la Constitución y por el artículo 1.2 de la Ley Orgánica sobre Libertad Sindical. El primero establece que <<Todos tienen derecho a sindicarse libremente>>, mientras que la ley podrá limitar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados, cuerpos militares, y respecto de los funcionarios públicos.

El segundo establece que <<Todos los trabajadores tienen derecho a sindicarse libremente [...]>>. El primero impone una tesis universalista⁴³ respecto de la titularidad del derecho, pudiendo ser titulares de los mismos tanto nacionales como extranjeros, independientemente de su situación administrativa. Mientras que el segundo concreta el ámbito, así debemos entender dentro de la libertad sindical a los trabajadores por cuenta ajena, al personal estatutario o funcionarios, y a los trabajadores autónomos siempre que no cuenten con trabajadores a su servicio (art. 31 LOLS).

⁴³ MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A, “La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional”. Revista del Ministerio de Trabajo y de Asuntos Sociales. Núm. 73. Página 253

Existió cierto debate sobre si los trabajadores no afiliados a un sindicato también estaban incluidos dentro del derecho. El Tribunal Constitucional⁴⁴ se pronunció sobre el tema declarando que <<En la medida en que el sindicato tiene entre sus principales tareas y medios la de implicar en la acción sindical no sólo a los que ya son miembros del sindicato, sino al mayor número de trabajadores afectados e implicados en el mismo interés protegido en cada caso por el sindicato, no resultaría admisible que ante una misma actividad organizada o promovida por un sindicato los afiliados al mismo que la siguieran estuviesen cubiertos por la garantía del art. 28.1 C.E. y, en cambio, los trabajadores que no estuvieran afiliados, siguiendo la misma actividad y realizando los mismos actos, carecieran de esta cobertura>>.

Respecto del contenido del derecho a la libertad sindical debemos incluir las referencias que realiza el artículo 28 de la Constitución española, pero no entenderlas como un *númerus clausus*, pues debemos interpretarlo según los tratados internacionales firmados por España, vía artículo 10.2 de la Constitución. Siendo los más importantes los firmados con la Organización Internacional del Trabajo e incluyendo también la vertiente funcional, es decir, a realizar las actividades necesarias para promover la defensa y los intereses de los trabajadores, así lo ha declarado el Tribunal Constitucional, y cualquier tipo de acto preparatorio y previo de una acción sindical.

- b. Vulneración por afiliación a un determinado sindicato o por representante de los trabajadores.

Además de la protección constitucional sobre la afiliación sindical, el Convenio núm. 158 de la OIT, en su artículo núm. 5 establece que <<entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación laboral figuran los siguientes [...] a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo; [...] b) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad>>.

⁴⁴ Sala Segunda. Sentencia nº 134/1994, de 9 de mayo de 1994.

Para lograr la calificación de despido nulo el trabajador deberá aportar indicios para que el juez invierta la carga de la prueba, y deba ser el empleador el que demuestre que el despido es debido a otras causas no relacionadas con la afiliación a un determinado sindicato o con la representación de los trabajadores.

El Tribunal Supremo⁴⁵ consideró suficiente indicio para invertir la carga de la prueba que la mayoría de los contratos extinguidos en un ERE pertenecían a un determinado sindicato. Se declaró nulo el despido al no poder aportar ningún tipo de justificación el empleador.

También se considera prueba suficiente que un trabajador participe en las elecciones a representante de los trabajadores, e informe a un sindicato de los errores en el censo electoral, o que una trabajadora convoque varias reuniones dirigidas a tratar problemas laborales, como celebrar elecciones sindicales, todo ello al margen de los cauces sindicales, pues en la empresa no existían representantes.

Sobre lo anterior el Tribunal Constitucional⁴⁶ declaró que << En aquellos ámbitos en los que no exista afiliación sindical y en la que los Sindicatos más representativos, por las razones que fueren, no han promovido por sí mismos elecciones a representantes electivos de los trabajadores (art. 67.1 E.T.), ni tampoco existen previamente estos últimos, los actos realizados por los trabajadores tendentes a dotarse de los mismos no pueden permanecer por completo al margen de las garantías de los derechos fundamentales>>, sin que éstos actos preparativos previos puedan sufrir ningún tipo de sanción, pues de lo contrario <<difícilmente podrá transitarse hacia la organización y actuación propiamente sindical>>.

Como decíamos al principio no debemos entender como un número clausus el artículo 28.1 de la Constitución, sino de una forma amplia, pues de lo contrario se podría coartar el propio derecho al quedar reducido su ámbito de actuación a unos actos muy concretos. Todo ello acorde como veíamos al Convenio 158 de la OIT artículo 5, que protege las actividades sindicales de forma genérica, debiendo el juez concretar en cada caso si se ha vulnerado el derecho.

⁴⁵ Sentencia de TS, Sala 4ª, de lo Social, 28 de Enero de 2014

⁴⁶ Sala Primera. Sentencia nº 197/1990, de 29 de noviembre de 1990

2. LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A HUELGA.

a. Concepto.

El derecho a huelga viene regulado en el artículo 28.2 de la Constitución española y desarrollado por el Real Decreto Ley de 4 de marzo de 1977, pero no aparece definido por ninguna de las dos normas, por ello el Tribunal Constitucional⁴⁷ define la huelga como <<una perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción de bienes y de servicios que se lleva a cabo en forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de los trabajadores y de los demás intervinientes en dicho proceso.

En este sentido amplio, la huelga puede tener por objeto reivindicar mejoras en las condiciones económicas o en general en las condiciones de trabajo, y puede suponer también una protesta con repercusión en otras esferas o ámbitos>>, cuyo contenido esencial es la cesación del trabajo en la relación contractual.

La titularidad del derecho es individual aunque su ejercicio es colectivo⁴⁸. Es un derecho irrenunciable e indisponible y es contraria a derecho cualquier cláusula de renuncia o limitación en el contrato de trabajo. Sí es posible la cláusula de paz laboral, por la cual se renuncia al ejercicio de la huelga mediante convenio colectivo, siempre que las partes respeten lo acordado en el mismo.

El contenido del derecho a huelga lo define también el propio Tribunal Constitucional en la Sentencia arriba mencionada, cuando establece que consiste en dejar de prestar transitoriamente los servicios, según una determinada manifestación o modalidad, sin que la empresa pueda sancionar a los trabajadores por ello.

⁴⁷ Tribunal Constitucional Sentencia nº 11/1981, de 8 de abril de 1981,

⁴⁸ MARTÍN VALVERDE. A, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F, y GARCÍA MURCIA J. *“Derecho del Trabajo”*. ED: Tecnos. 25ª Edición. Madrid 2016.. Pag. 418.

Debemos entender incluidos dentro del contenido del derecho a huelga todas aquellas actividades dirigidas a difundir información sobre la huelga, la celebración de reuniones o expresar libremente conflictos, adherirse a la huelga cuando ya ha sido convocada, o incorporarse al trabajo de forma voluntaria. En definitiva, todo acto tendente a organizar o promover la huelga y participar en ella.

b. El despido del trabajador por participar en la huelga.

Como consecuencia del ejercicio del derecho a huelga no puede haber sanción por parte del empleador, así lo establece el Artículo 6 del Real Decreto Ley 4 de marzo de 1977, según el cual <<el ejercicio del derecho de huelga no extingue la relación de trabajo, ni puede dar lugar a sanción alguna, salvo que el trabajador, durante la misma, incurriera en falta laboral>>.

Esto puede dar lugar a supuestos diferenciados, el trabajador sancionado por participar en una huelga legal, donde la calificación del despido deberá ser nula por vulnerar un derecho fundamental, la situación del el trabajador sancionado por participar en una huelga ilegal, cuyo despido deberá ser calificado como improcedente, ya que <<no estamos ante el ejercicio de un derecho fundamental, aunque no negamos que no puedan darse en la realidad despidos verdaderamente reprochables para los cuales la calificación de improcedencia se pueda considerar insuficiente [...] aunque ello no abre la puerta a la nulidad⁴⁹>>. Y el último caso, el trabajador que se extralimita en su actuación y realiza una conducta reprobable, en este supuesto el poder disciplinario del empleador subsiste y se puede ejercitar, por ello el despido deberá ser calificado de improcedente o procedente según la gravedad de la actuación del trabajador.

En este caso al igual que en los casos anteriores el trabajador deberá aportar una serie de indicios para que se proceda a la inversión de la carga probatoria, y sea el empleador el que demuestre que el despido del trabajador se debe a causas ajenas a su participación en una huelga.

⁴⁹ RIERA VAYREDA. C. “*El despido nulo*”. ED: Tirant Lo Blanch. Valencia. 1999. Página 204.

E. EL PROCESO DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Como hemos visto anteriormente, a excepción de los casos de conciliación familiar, y de los despidos colectivos que veremos más adelante, para que se proceda a la calificación de un despido como nulo se debe producir una vulneración de los derechos fundamentales, por lo que el procedimiento a seguir es el recogido en el capítulo undécimo sobre la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas.

El procedimiento tiene como objeto el <<conocimiento de la lesión del derecho fundamental o libertad pública>> (artículo 178.1 Ley LRJS), siendo un proceso de <<cognición limitada>>⁵⁰ pues no es posible la <<acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del citado derecho o libertad>> (artículo 178.1 Ley LRJS). Debiendo ser una lesión <<actual, no futura, pues no estamos ante un proceso de carácter cautelar>>⁵¹. El procedimiento comprende cualquier tipo de vulneración de los derechos fundamentales siempre que se desarrolle en el ámbito de la relación de trabajo.

La legitimación la otorga el artículo 177.1 LRJS a cualquier trabajador o sindicato, en el caso del despido nulo por vulneración de derechos fundamentales será el trabajador el que pueda ostentar la legitimación e ir contra el empleador o, según establece el propio artículo <<contra terceros al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios>>.

El órgano competente será el Juzgado de lo Social, con excepción que el trabajador sea funcionario público, personal estatuario de los servicios de salud o de los que menciona el artículo 1 apartado 3.a) del Estatuto de los Trabajadores, entonces lo serán los Juzgados de lo Contencioso Administrativo los encargados de dirimir el asunto.

⁵⁰ MONTOYA MELGAR. A, GALIANA MORENO. J. SEMPERE NAVARRO. A. V “Curso de procedimiento laboral”. 10ª Edición ED: Tecnos Pág: 291.

⁵¹ Ibídem Pág: 290.

La tramitación del despido con vulneración de derechos fundamentales la regula el artículo 184 LRJS y establece que se deberá tramitar con arreglo a la modalidad procesal correspondiente al despido, teniendo carácter preferente al resto de los procedimientos. Por lo que se deberá interponer la correspondiente papeleta de conciliación antes de presentar la demanda por despido. El plazo de caducidad para la interposición de la demanda es el general, de acuerdo con el artículo 179.2 LRJS <<la demanda habrá de interponerse dentro del plazo general de prescripción o caducidad de la acción previsto para las conductas o actos sobre los que se concrete la lesión del derecho fundamental>>, en este caso será de 20 días hábiles, al tratarse de un despido, según establece el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores.

Junto con el escrito de interposición de la demanda se podrá solicitar la suspensión de los efectos del acto impugnado, u otras medidas necesarias que aseguren la eficacia de la tutela judicial. La propia Ley nos da ejemplos, de posibles suspensiones, en su artículo 180, en los casos de elecciones a los representantes de los trabajadores, o en los casos de huelga, sobre los actos de determinación del personal laboral adscrito a los servicios mínimos para garantizar los servicios de la comunidad.

La Sentencia deberá declarar la existencia o no de la vulneración de los derechos fundamentales, y en el caso de existencia de vulneración declarará la nulidad radical de la actuación del empleador, el cese inmediato de la conducta contraria a derechos fundamentales y el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho.

En el último apartado de este trabajo estudiaremos los efectos de la calificación del despido como nulo con más extensión.

V. LA NULIDAD EN EL DESPIDO POR VULNERACIÓN DE LAS NORMAS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL.

En este apartado vamos a estudiar el artículo 55.5, en sus apartados a), b), y c), donde se establece la nulidad del despido en supuestos relacionados con el embarazo de la mujer trabajadora, o de los progenitores al permiso parental o suspensión de su contrato por nacimiento, adopción, o acogida.

A. EL DESPIDO NULO Y EL EMBARAZO.

1. INTRODUCCIÓN Y FUENTES NORMATIVAS.

La protección de la trabajadora embarazada frente al despido viene dada tanto por la normativa comunitaria, como por la normativa internacional.

Podemos destacar el ya mencionado Convenio nº 158 de la OIT, que en su artículo 5 apartado d) establece que el despido de la trabajadora embarazada no constituirá causa justificada para el despido. Y desde el ámbito comunitario debemos citar la directiva 92/85/CEE⁵², relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada. En la directiva se establece la prohibición del despido debido a las <<consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia⁵³>>. Considerando que toda medida destinada a la protección de trabajadora embarazada no tendría sentido si no se mantienen los derechos derivados del contrato del trabajo, como la percepción del salario.

En virtud de todo lo anterior establece la directiva en su artículo 10, la prohibición del despido de la trabajadora embarazada dentro del período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, con excepción de los casos en los que el despido se produce por una causa no inherente a su estado, obligando al empresario a justificar el despido de toda trabajadora embarazada.

⁵² Actualmente dichas directivas han sido modificadas por la directiva 2014/27/UE Del Parlamento Europeo.

⁵³ Exposición de motivos de la directiva 92/85/CEE.

La transposición de dicha directiva da lugar en nuestro ordenamiento jurídico a los apartados a), b) y c) del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores que prohíben el despido de la mujer trabajadora.

Ha existido discusión doctrinal acerca de la protección que confiere el ordenamiento jurídico al despido de la trabajadora embarazada, si dicha protección viene incluida por ser una causa de discriminación o violación de los Derechos Humanos, o incluyendo dicha vulneración, por vulnerar las normas de la conciliación de la vida familiar con la laboral.

Como bien explica Herráiz Martín⁵⁴, aunque al inicio la protección de la trabajadora embarazada fuera una construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional por vulneración de derechos fundamentales, después de la entrada en vigor de las leyes 39/1999 para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y de la Ley 3/20077 de 22 de marzo sobre la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, además de ser un despido discriminatorio, vulnera las normas de conciliación de la vida familiar y laboral, así termina concluyendo:

<<De tal forma que, sin lugar a dudas, el legislador quiso que hubiera dos bloques diferentes de protección en relación con la nulidad del despido. Por una parte los motivados por causas de discriminación prohibidas o por violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, y, por otra, aquellos que conllevan una vulneración de las normas de conciliación de la vida familiar y laboral>>.

Por lo que debemos entender que la nulidad del despido de la trabajadora embarazada deriva directamente del artículo 55.5 del Estatuto de los trabajadores, sin tener que acudir al artículo 14 de la Constitución española.

⁵⁴ HERRÁIZ MARTÍN. M^o S. “ *El despido nulo: Causas y efectos*”. Ed: Aranzadi. 2008 Navarra Pág. 106.

2. ¿DEBE CONOCER EL EMPRESARIO EL ESTADO DE LA TRABAJADORA?

La directiva 92/85/CEE define en su artículo 2.a a la trabajadora embarazada como <<cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales>>. Sin embargo el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores transpuso la anterior directiva bajo la siguiente fórmula << Será también nulo el despido en los siguientes supuestos [...] El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo>>.

Este precepto ha sido interpretado de dos formas por los tribunales españoles, y aunque ya exista consenso jurisprudencial vamos a explicar la problemática a la que en su día dio lugar.

La primera interpretación seguía la línea de la directiva 92/85/CEE que definía a la trabajadora embarazada como <<cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales>>, así establece en su Sentencia de 19 de julio de 2006⁵⁵ que <<parece claro que el presupuesto de que un despido sea “motivado” por el embarazo de una trabajadora es el conocimiento por parte del empresario que despido de dicho estado de gestación>>. Apoya su Sentencia en la seguridad jurídica, pues ninguna persona puede ser discriminada por embarazo si no se conoce su estado, y como decíamos al principio, en el texto literal de la Directiva.

Como explicábamos en el apartado anterior, aún existía cierta confusión a la hora de interpretar la nueva normativa, pues como acabamos de comprobar se seguía acudiendo al derecho fundamental a no ser discriminado para calificar el despido de la trabajadora embarazada como nulo.

Sin embargo el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 21 de julio de 2008⁵⁶, cambia la interpretación del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, estableciendo que dicho artículo no prevé el conocimiento previo por parte del empresario, y por lo tanto no puede exigirse.

⁵⁵ SSTS 19 de julio de 2006 EDJ 2006/288912

⁵⁶ Tribunal Constitucional Sala 1ª, S 21 de julio de 2008, nº 92/2008

Sobre la Directiva desarrolla lo siguiente <<antes al contrario, es manifiesto el apartamiento por el legislador nacional del texto de la Directiva en este aspecto concreto, cuya transposición omite íntegramente, advirtiéndose en la propia exposición de motivos que la transposición se efectúa “superando los niveles mínimos de protección” previstos en la Directiva>>. Entiende que el legislador suprime de forma consciente el requisito que regula la Directiva, y que dicha supresión no la contradice en ningún caso pues la directivas son normativas que regulan unos mínimos que pueden ser superados por los legisladores nacionales de cada país miembro, por lo que se objetiva el despido nulo de la mujer trabajadora, que siempre tendrá tal calificación a no ser que el empleador demuestre que la extinción de la relación laboral se debe por cuestiones ajenas al propio embarazo.

Por último queremos destacar, como bien reseña Herráiz Martín⁵⁷, que de esta forma se protegen otros derechos de la trabajadora embarazada, como su intimidad ya que no tiene que poner en conocimiento del empresario su estado, y se dispensa a la trabajadora de una prueba complicada: demostrar que el empresario conocía de su estado, y se refuerzan los restantes derechos constitucionales relacionados con la protección de la familia y de los hijos.

a. ¿Y durante el período de prueba?

En este apartado vamos a analizar si la especial protección que tiene la trabajadora embarazada también se extiende durante el período de prueba, la cuestión no es trivial, pues como vamos a ver presenta una serie de particulares.

El interrogante lo resolvió el Tribunal Supremo, sala 4º, en su Sentencia de 18 de abril de 2011⁵⁸, donde resuelve un recurso para la unificación de la doctrina. La Sentencia de contraste la dictó el Tribunal Superior de Castilla – La Mancha, el cual aplica de forma análoga la objetividad del despido al período de prueba, por otro lado la Sentencia recurrida frente al Tribunal Supremo entendía que sólo cabe la nulidad de

⁵⁷ HERRÁIZ MARTÍN. Mº S. “El despido nulo: Causas y efectos”. Ed: Aranzadi. 2008 Navarra Pág. 115 y siguientes.

⁵⁸ Tribunal Supremo, Sala 4º, Sentencia de 18 de abril de 2011 EDJ: 2011/131421

la extinción laboral durante el período de prueba si la misma tiene causa en razones discriminatorias.

En su Sentencia el Tribunal Supremo comienza estudiando si es posible la analogía entre la nulidad objetiva del despido en la trabajadora embarazada, y el período de prueba, llegando a la conclusión que no es posible ya que <<la posibilidad de transponer al período de prueba el régimen jurídico del despido queda excluida respecto de aquello en lo que no haya igualdad de razón jurídica, pues durante la fase de prueba la regla general es la de la libre resolución del contrato, y la excepción se halla en los supuestos de discriminación>>.

El período de prueba es una excepción al principio de prohibición de libre extinción del contrato de trabajo para el empresario respecto del trabajador, por lo que no se puede aplicar la analogía entre la institución del despido y la del período de prueba, no siendo por tanto nula la extinción de la relación laboral de la mujer embarazada durante el período de prueba, si no trae causa dicha extinción en razones de discriminación.

Podemos concluir que será nula la extinción de la relación laboral durante el período de prueba si trae causa en el propio embarazo, pues constituirá una discriminación. No pudiendo aplicar por analogía el despido objetivo en el período de prueba ya que esto supondría desnaturalizar la principal característica del período de prueba, esto es; la libre extinción de la relación laboral.

- b. ¿La protección legal también cubre los supuestos de baja médica relacionados con problemas por el embarazo?

El supuesto que vamos a pasar a estudiar es muy concreto, una trabajadora embarazada causa baja médica en la empresa por problemas asociados con el embarazo y es despedida cuando se reincorpora a su puesto de trabajo, ¿es nulo el despido? La respuesta es sí. El propio Estatuto de los Trabajadores en su artículo 55.5 responde a la cuestión cuando en su apartado A establece que será nulo el despido por <<enfermedades causadas por embarazo>>.

Pueden existir problemas a la hora de interpretar las palabras <<enfermedad>> y <<embarazo>> pero como vamos a pasar a ver ya existe jurisprudencia suficiente para comprender sus significados.

Respecto de la palabra <<enfermedad>> debemos interpretarla en un sentido amplio, ello se puede desprender de las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia abajo referenciados⁵⁹. En la primera Sentencia la empresa despidió a una trabajadora embarazada que estaba de baja por incapacidad temporal por <<enfermedad común>>, el Tribunal considera que el despido es nulo, ateniéndose a la literalidad del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores. Y en la segunda Sentencia el Tribunal califica como nulo el despido de una trabajadora que sufrió un aborto involuntario y derivado del mismo sufrió durante unas semanas unas cefaleas que mermaron su rendimiento. Debemos entender por tanto que el precepto no alude a ningún tipo de enfermedad especial, si no a las comunes y a cualquier enfermedad que se sufra consecuencia del embarazo.

Respecto de la palabra <<embarazo>>, debemos diferenciar dos supuestos, el momento de la fecundación y el momento previo de la fecundación. El primero encuentra su respuesta como ya hemos visto anteriormente en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, mientras que los momentos previos a la fecundación, como puede ser problemas derivados de la fecundación in vitro encuentran su respuesta en el artículo 14 de la Constitución.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Social, de Madrid en su Sentencia de 17 de julio de 2015⁶⁰, que ha establecido lo siguiente: << Como ya hemos anticipado el tratamiento de fertilidad no puede merecer la misma protección objetiva que la que ostenta el estado de gestación, art. 55.5.b Estatuto de los Trabajadores, pero ello no impide que, conocido por la empresa el tratamiento de fertilidad, el embarazo, el aborto, y el deseo expreso y manifestado de iniciar un nuevo tratamiento, acudiendo al médico, la cronología de los hechos haga desplazar al empresario la carga de probar que el despido y la búsqueda de un nuevo

⁵⁹ Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Social, sentencia de 31 julio 2008 EDJ 2008/328936 y Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, Sala de lo Social, sec 2º, Sentencia de 9 de julio de 2009, EDJ 2009/158374.

⁶⁰ Tribunal Superior de Madrid, sala de lo Social, fecha 17 de julio de 2015, EDJ 2015/142504

trabajador que se contrata poco después del despido obedecen a una causa alejada de todo móvil discriminatorio en el sentido de que solo una mujer puede pasar por el proceso antes descrito (fecundación in vitro, médicos, bajas, embarazo, aborto, nuevo proceso de fecundación...)>>.

Acudiendo a la literalidad del precepto entendemos que el límite donde entra su campo de actuación es cuando la mujer ya se encuentra fecundada, y no en un momento previo, es por ello por lo que para poder calificar el despido como nulo debemos acudir a una vulneración de los derechos fundamentales, en este caso del artículo 14 de la Constitución, ya que como recuerda el Tribunal Superior de Justicia en su Sentencia, lo que trata de paliar la discriminación de sexo es la situación histórica de inferioridad de la mujer frente al hombre.

VI. EL DESPIDO NULO EN EL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN.

1. CONCEPTO DE PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN.

El Estatuto de los Trabajadores en su artículo 2 delimita las relaciones de carácter especial que quedan excluidas de la norma general. En su apartado primero punto a) establece que se excluye de su ámbito <<al personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c>>. Imponiendo en su artículo 2.2 un mandato al legislador para que regule esta figura en una norma especial.

Esta norma es el Real Decreto 1382/1985 de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de alta dirección. El personal de alta dirección se configura como una relación especial laboral, cuyo fundamento es la recíproca confianza entre la empresa y el directivo, quien asume una posición en la empresa de vital importancia⁶¹, pues por su gestión la empresa puede ir a la ruina o al éxito.

⁶¹ El propio Real Decreto 1382/1985 en su exposición de motivos lo expone, así << [...] se caracteriza por la recíproca confianza que debe existir entre ambas partes, derivada de la singular posición que el directivo asume en el ámbito de la empresa en cuanto a facultades y poderes [...]>>.

En el artículo 1.2 del Real Decreto se desarrolla el concepto de personal de alta dirección, se considerará alta dirección a <<aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad, sólo limitadas por los criterios e instrucciones, directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad>>.

De esta definición deducimos que no todo directivo de la empresa tendrá la consideración de alta dirección, <<y ello porque para ostentar esa condición no es suficiente con ocupar cargos de mando ni tener la facultad de impartir órdenes en el ámbito de actuación de la empresa⁶²>>.

Frente al carácter proteccionista del Estatuto de los Trabajadores hacia los trabajadores, el RDPAD otorga, en su artículo 3.1, amplia libertad a las partes para pactar los términos en los que se desarrollará la relación laboral⁶³, pudiendo pactar la retribución convenida, el período de prueba, la duración del contrato, el tiempo de trabajo, o la indemnización por la extinción de la relación laboral.

⁶² ALCÁZAR ORTIZ, S. SOLÓRZANO AURUSA, C. VAL TENA, A. *“Régimen jurídico de la relación laboral especial del personal de alta dirección”*. Universidad de Zaragoza. Página 11.

⁶³ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. *“Estatuto jurídico del Alto Directivo Laboral. Nuevas Perspectivas en el ámbito privado y en el ámbito público”*. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social núm. 118, Pág. 2. En este sentido <<EL RDPAD concede un amplio margen al pacto entre las partes (autonomía de la voluntad) en la conformación de la relación y en la determinación de las condiciones contractuales (individualización de la relación laboral)>>.

2. EL DESPIDO NULO EN LOS TRABAJADORES DE ALTA DIRECCIÓN.

El RDAP en su artículo 11.1 regula el despido *ab nutum*⁶⁴, el cual permite al empresario extinguir la relación laboral sin alegar causa alguna. Recordemos que la regla general es que todo despido debe obedecer a una causa, en el personal de alta dirección nos encontramos esta particularidad que surge de la tradición de aplicar a este tipo de trabajadores las reglas civiles y mercantiles sobre la resolución del contrato⁶⁵. El propio RDAP recoge esta tradición en su artículo 3.3, donde excluye al Estatuto de los Trabajadores como norma subsidiaria y declarando que será la legislación civil o mercantil la que complete los posibles vacíos de la norma.

La pregunta que debemos resolver es; ¿qué ocurre si se produce una vulneración de los derechos fundamentales? El desistimiento *ab nutum* abre un abanico de posibilidades, no cabe duda que el despido deberá calificarse como nulo, pero el problema surge en el apartado tercero del artículo, donde el legislador iguala el despido improcedente con el nulo.

Y lo hace con la siguiente fórmula <<Cuando el despido sea declarado improcedente o nulo, el empresario y el alto directivo acordarán si se produce la readmisión o el abono de las indemnizaciones económicas previstas en el párrafo dos de este artículo, entendiéndose, en caso de desacuerdo, que se opta por el abono de las percepciones económicas>>, quedan igualados los efectos de estas dos instituciones.

Queremos volver a remarcar la importancia a la autonomía de las partes que otorga el RDAP, dejando a las mismas que pacten los efectos de la nulidad del despido. Como habíamos estudiado anteriormente, en la nulidad general se agreda de tal forma los derechos fundamentales que el acto se tiene como si no se hubiera realizado nunca. Si aplicamos lo anterior al trabajador común obtenemos la readmisión en la empresa, debiendo abonar ésta los salarios de tramitación.

⁶⁴ Término acuñado por la mayoría de la doctrina, véase VAL TENA. A “Los Trabajadores Directivos de la Empresa” ED: Aranzadi Pág: 380 o SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y “Estatuto jurídico del Alto Directivo Laboral. Nuevas Perspectivas en el ámbito privado y en el ámbito público”. Pág. 3.

⁶⁵ Lo recuerda VAL TENA A.L “Los trabajadores directivos de la empresa”. ED. Aranzadi. Pág: 382, <<Así, por ejemplo, las normas civiles del arrendamiento de servicios (artículo 1584 CC), del arrendamiento de obra (1594 CC) o del mandato (artículo 1733 CC), admiten la rescisión *ad nutum* del contrato por la voluntad del <<amo>> o del <<mandante>>.

En cambio en el RDAP la readmisión no puede tener lugar, o no es preferible, debido al fundamento de la relación laboral de alta dirección; la confianza entre las partes. Despedir al alto directivo acusándole de un incumplimiento grave acaba con el objeto de la relación contractual⁶⁶. Tampoco conviene al empresario tener a una persona con la que mantiene una enemistad en un puesto tan importante como puede ser el de director general de la empresa.

En cambio el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, sec. 1ª, en su Sentencia de 18 de junio de 2012, núm. 2604/2011, entiende lo contrario, obligando a la empresa a readmitir a un capitán de buque, que es considerado, tanto por demandante como demandado, como personal de alta dirección.

En su Sentencia el Tribunal Supremo hace una recopilación de la jurisprudencia sobre los derechos fundamentales y la nulidad, concluyendo que <<[...] el respeto que merecen el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales conllevan que no pueda “anudarse al ejercicio de uno de estos derechos, otra consecuencia que la reparación “in natura” cuando ello sea posible, es decir, siempre que se pueda rehabilitar al trabajador perjudicado en la integridad de su derecho [...]>>.

Y arguye que <<ello no supone que el art 11.3 del Real Decreto 1382/1985, que no prevé la readmisión forzosa en caso del despido nulo, fuese un precepto vacío de contenido cuando se promulgó, porque cuando se aprobó este Real Decreto se consideraba nulo el despido con incumplimiento de requisitos formales, supuesto en el que sí procedía la exclusión de la readmisión forzosa>>. Obligando al empresario a readmitir al capitán de buque.

⁶⁶ VAL TENA A.L “Los trabajadores directivos de la empresa”. ED. Aranzadi. Pág: 415.

Parte de la doctrina entiende que la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo es contradictoria⁶⁷ <<Y la incoherencia no está en que se advierta que el alto directivo es titular en su prestación de servicios de derechos constitucionales, sino que no haya modulación o adecuación de su ejercicio en la alta dirección (ante el hecho no adecuado a la realidad organizativa de la empresa que un alto directivo, que ejerce funciones de dirección y gestión de los intereses y objetivos generales de la empresa, ejercite una huelga en contra de su empresario); que al Capitán de Buque se le siga calificando como alto directivo, y por último, que se opte por una solución contraria a la prevista en el RDPAD (readmisión obligatoria y no opción entre readmisión e indemnización)>>.

Nosotros acogemos la crítica que realiza la profesora Yolanda Sánchez-Urán Azaña. Se aplica la solución del ámbito general a un problema particular, no teniendo en cuenta la problemática existente en la regulación del alto directivo laboral, ni las particularidades que presenta la norma. Debemos volver a destacar en primer lugar, el alejamiento que el propio RDPAD realiza respecto del Estatuto de los Trabajadores, norma general de aplicación, para terminar creando unos principios y características propios. Y como además recalca De Val Tena⁶⁸ la confianza, objeto del contrato de alta dirección, queda rota tras la acusación de una parte a la otra de un grave incumplimiento, confianza que se puede retornar o volver a alcanzar si las partes así lo desean y acuerdan la readmisión, por eso el propio RDPAD conociendo la realidad de la situación, deja a la autonomía de la voluntad de las partes la posible readmisión.

Concluyendo, en nuestra opinión, siguiendo la doctrina expuesta anteriormente, los efectos del despido calificado nulo en el personal de alta dirección no pueden ser otros que los que refleja el RDAP en su artículo 11.3, a pesar de existir jurisprudencia por parte del Tribunal Supremo que interpretando la evolución de los efectos de la nulidad, sentencia que el trabajador debe ser readmitido en su puesto de trabajo.

⁶⁷ SÁNCHEZ URÁN-AZAÑA Y. "Estatuto jurídico del Alto Directivo Laboral. Nuevas perspectivas en el ámbito privado y en el ámbito público". Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Núm. 118. Página 8.

⁶⁸ VAL TENA A.L "Los trabajadores directivos de la empresa". ED. Aranzadi. Pág: 418

VII. DESPIDO COLECTIVO NULO.

A. OBJETO.

No queríamos terminar el trabajo sin tratar, aunque sea de forma sucinta, la nulidad en los despidos colectivos. El despido colectivo se encuentra regulado en el artículo 51.1 del Estatuto de los trabajadores, en el Real Decreto 1483/2012 de 29 de octubre, y en el artículo 124 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. El propio artículo 51.1 del ET define lo que debemos entender por despido colectivo. Este se dará cuando se produzca una extinción de la relación laboral con causa en razones económicas, técnicas, organizativas o productivas, siempre que en un período de 90 días, la extinción afecte al menos a: a) diez trabajadores en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores, b) el diez por ciento del número de los trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen a entre cien y trescientos trabajadores, y c) treinta trabajadores en las empresas que ocupen a más de trescientos trabajadores.

El Estatuto de los Trabajadores quiere proteger el despido en masa de trabajadores imponiendo una serie de particularidades que no aparecen en el despido individual, así aparece la obligación de establecer un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, una comunicación a la autoridad laboral de las causas que motivan el despido, o realizar una aportación económica al Tesoro Público entre otras.

B. CAUSAS DE NULIDAD DEL DESPIDO COLECTIVO.

Las causas de nulidad del despido colectivo vienen recogidas en el artículo 124 de la LRJS en su onceavo apartado, cuya literalidad es: <<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>>.

Sobre la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas ya hemos hablado anteriormente, y respecto de la autorización del juez concursal no existe problemática, por lo que nos vamos a centrar en los supuestos que más jurisprudencia han dado: el período de consultas y la entrega de la documentación a los representantes de los trabajadores. La jurisprudencia ha venido interpretando ambos supuesto como vamos a proceder a estudiar.

C. NULIDAD POR FALTA DE ENTREGA DE DOCUMENTACIÓN O INFORMACIÓN.

En el caso de la entrega de documentación a los representantes de los trabajadores, el Tribunal Supremo⁶⁹ declaró que no toda falta en la entrega de documentación declara por sí la nulidad del despido colectivo << sino tan sólo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada >>.

Sigue de esta forma la jurisprudencia de su anterior Sentencia⁷⁰, anterior a la última reforma laboral, que establecía lo siguiente << [...] la principal finalidad del precepto [art. 6 RD 801/2011] es la de que los representantes de los trabajadores tengan una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente [...] >>. A excepción de unas supresiones que tuvo lugar con la entrada en vigor del nuevo Real Decreto, la literalidad de la norma es prácticamente la misma en ambos, por lo que la finalidad no varía. Siendo tal el objetivo del precepto, no es concebible que cualquier falta de documentación califique el despido como nulo, tal calificación se dará cuando impida alcanzar la finalidad de la norma.

⁶⁹ Sentencia de 27 de mayo de 2013, nº de recurso 78/2012.

⁷⁰ Sentencia de 20 de marzo de 2013 nº de recurso 81/2012.

Es interesante el estudio que la Audiencia Nacional realiza sobre el tema⁷¹, que siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, recuerda que en el caso que el empleador no haya aportado la documentación suficiente deberá acreditar la irrelevancia de la misma, y que, deberá ser la representación de los trabajadores la que reclame más información durante el período de consultas si la considerase insuficiente, para que se pueda declarar la nulidad de la medida o la que pruebe su pertinencia en el caso de ser insuficiente.

La sentencia sigue en su argumentación declarando que la ausencia de algún documento financiero o contable no es suficiente a los efectos de declarar la nulidad si los representantes de los trabajadores tienen una información financiera suficiente y certera para realizar las negociaciones. Certeza a la llega el Tribunal, debido a que en la denuncia interpuesta ante la Inspección de trabajo, no se demandó la falta de documentación financiera/contable alguna.

Concluimos que el deber de información del empleador va dirigido a que los trabajadores tengan suficiente información con la que afrontar el proceso y poder estar en igualdad de condiciones con el empleador durante las negociaciones. Es la interpretación teleológica que debe hacerse del artículo 4 RD 1483/2012 y de forma conjunta con el artículo 124 de la LRJS, recordemos << cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación [...]>>, no debemos entender el período de consultas y la documentación como dos compartimentos separados, sino como un único compartimento en el cual el período de consultas sólo podrá llevar a buen fin si se entrega la documentación necesaria.

Y todo ello a pesar que en los artículo 4 y 5 del RD 1483/2012 de 29 de octubre se especifica una serie de documentación que no debemos entender como un número clausus, pues si para el buen fin de las negociaciones es necesario aportar documentos que no aparecen detallados en los artículos el empleador deberá ponerlos a disposición para la representación de los trabajadores. Ejemplo de ello es la Sentencia de la Audiencia Nacional expuesta anteriormente, donde el empleador había vendido una unidad productiva, con una serie de trabajadores incluidos a otra empresa, por lo

⁷¹ Sentencia nº 187/2015, Sala de lo Social, fecha sentencia 16/11/2015

que el número de trabajadores de la empresa disminuía y por tanto los efectos del despido colectivo eran menores al tener menos trabajadores la empresa, información más que necesaria para el buen desarrollo del período de negociaciones, declarando por ello la Audiencia Nacional la nulidad de la medida.

D. MANTENIMIENTO DE PERÍODO DE CONSULTAS.

Respecto del deber de mantener un período de consultas, siempre bajo el mandato de buena fe que impone el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, también existe jurisprudencia consolidada, por la cual el período de consultas debe de constituir un verdadero juego de propuestas y contrapropuestas, donde no cabe la simple inamovilidad de una de las partes⁷². Debiendo acudir a la negociación con una verdadera voluntad negociadora, lo contrario daría lugar a la calificación de nulidad del despido colectivo. Se debe realizar el intercambio de propuestas, aunque no se alcance ningún tipo de acuerdo. Lo contrario vulneraría el principio de buena fe, y el artículo 124 LRJS, pues la negociación debe pretender alcanzar un acuerdo⁷³.

No vulnera el período de consultas que éste finalice antes de los treinta días que impone la ley si ambas partes alcanzan un acuerdo, o si consideran que es imposible alcanzar un acuerdo, debiendo comunicarlo ambas partes a la autoridad laboral⁷⁴.

E. DESPIDO COLECTIVO CELEBRADO EN FRAUDE DE LEY.

También se reputará nulo el denominado despido colectivo <<de hecho>>, o celebrado en fraude de ley, por el cual el empleador intenta esquivar el umbral que establece el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, despidiendo a trabajadores de forma individual a lo largo de un período de tiempo. El Estatuto de los Trabajadores ha planteado una norma antifraude, al final del artículo 51.1, donde establece que si en un período de noventa días se producen despidos objetivos individuales que en su

⁷² Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 15 de octubre de 2012, núm. 112/2012.

⁷³ En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, en su Sentencia de 18 de julio de 2014, nº recurso 303/2013, <<un acuerdo, que en la medida de lo posible, evite o reduzca los efectos de la decisión empresarial, así como sobre las medidas necesarias para atenuar las consecuencias para los trabajadores de dicha decisión empresarial, negociación que debe llevarse a cabo por ambas partes de buena fe>>.

⁷⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 7 de julio de 2014, núm. 127/2014.

totalidad alcanzan los umbrales del despido colectivo, estos se calificarán como nulos por fraude de ley. También se puede alcanzar la nulidad por no respetar el período de negociaciones.

El problema surge a la hora de computar el período de noventa días, el Tribunal Supremo⁷⁵ sentenció que <<el día del despido va a ser el día final del plazo (el "dies ad quem") para las extinciones contractuales que se acuerden ese día, así como el día inicial ("dies a quo") para el cómputo del periodo de los noventa días siguientes>>. Es decir, debemos contar hacia el futuro y hacia el pasado los noventa días desde la fecha de las extinciones que se hubieran producido, y comprobar si superan los umbrales establecidos para cada uno.

Existió controversia en España sobre la aplicación de la directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998. El artículo número 1 de la directiva contabiliza los umbrales para considerar un despido como colectivo respecto de los centros de trabajo, mientras que el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores los establece respecto de la empresa. El legislador lo realizó de esta forma al entender que era más beneficiosa, pues normalmente los trabajadores se encuentran repartidos de forma equitativa en los centros de trabajo de las empresas, pero surgían controversias respecto de aquellas empresas con un centro de trabajo donde presta servicios la mayoría de la plantilla, teniendo otro centro de trabajo con un número de trabajadores muy inferior.

En un caso donde ocurría lo anterior, el Tribunal planteó cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, resolviendo éste que la directiva es clara a la hora de diferenciar entre centro de trabajo y empresa, no pudiendo contabilizar solo los umbrales respecto de la totalidad de la empresa, pues resultaría contrario al espíritu de la Directiva.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 23 de abril de 2012, núm. Rec. 2724/2011 FJ 2

De esta forma se ha entendido que en el caso español el legislador ha querido favorecer la norma europea, debiendo considerar tanto la empresa como el centro de trabajo a la hora de realizar el cómputo, realizándose primero respecto de la empresa y de forma subsidiaria del centro de trabajo⁷⁶.

También existe cierta controversia sobre la inclusión o no, en el cómputo de los contratos temporales⁷⁷. Por un lado la Abogada General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea parte de un concepto amplio de trabajador: trabajador es todo aquel que presta sus servicios en una relación de jerarquía. Lo que entiende que sucede en los contratos temporales también. No son estos los argumentos que sigue el Tribunal Supremo, que no computa los contratos temporales excepto que se produzca una extinción antes de la fecha fijada en el contrato de trabajo temporal⁷⁸.

A pesar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea había dictado algunas sentencias que parecían contrarias a las conclusiones de su Abogada General⁷⁹, estableció que los contratos temporales sí deben computarse a la hora de conocer si se rebasa los límites impuestos por la norma o no, concluyendo que: «que el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la citada Directiva 98/59, al referirse a los «centros de trabajo que empleen habitualmente» a un determinado número de trabajadores, no establece distinciones según la duración de los contratos de dichos trabajadores.

[...] Pues bien, la interpretación del artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59 según la cual los trabajadores con contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas no son trabajadores

⁷⁶ GUTIÉRREZ COLOMINAS, D. “El centro de trabajo como unidad de referencia física subsidiaria para el cálculo de las extinciones en los despidos colectivos”. Revista: IUSLabor 2/2015, Pág: 9.

⁷⁷ LÓPEZ CUMBRE. L. “Despido colectivo <<de hecho>>”. Revista: Gómez-Acebo & Pombo. Septiembre 2015. Pág: 4.

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de fecha 7 de abril de 2015, rec. 1187/2014.

⁷⁹ LÓPEZ CUMBRE. L.. “Despido colectivo de hecho”. Revista Gómez – Acebo & Pombo Septiembre de 2015. Pág: 4 Así lo enuncia: <<Sin embargo, algunos de los pronunciamientos que se utilizan para fundamentar los argumentos de la abogada general resultan de dudosa aplicación. Así la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero del 2007 (as. C-385/2005, as. CGT) resolvía el conflicto sobre una normativa nacional que excluía la extinción de contratos de menores de una determinada edad. Por su parte la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de octubre de 2004 (as. C-55/2002, as. Comisión frente a República Portuguesa) valoraba la conformidad con el derecho europeo de una norma que no incluía a todos los despidos producidos por razones n o inherentes a la persona del trabajador>>.

«habitualmente» empleados en el centro de trabajo de que se trate puede privar al conjunto de los trabajadores empleados por dicho centro de trabajo de los derechos que les reconoce dicha Directiva y, por lo tanto, menoscabaría su efecto útil».

Por lo tanto, en el asunto principal, los diecisiete trabajadores cuyos contratos finalizaron en julio de 2013 deben considerarse «habitualmente» empleados en el centro de trabajo de que se trata, dado que, como ha señalado el órgano jurisdiccional remitente, esos trabajadores habían sido contratados cada año para una tarea determinada.

VIII. EFECTOS DEL DESPIDO NULO.

A. LA READMISIÓN DEL TRABAJADOR.

Como estudiábamos al principio del trabajo los actos calificados como nulos en el ordenamiento español no producen ningún tipo de efecto, en este caso se debe proceder a la readmisión del trabajador despedido en su anterior puesto de trabajo, como si nunca se hubiera producido el despido, con abono de los salarios dejados de percibir. Así lo establece el propio Estatuto de los Trabajadores en su artículo 53.5, para el despido objetivo, y en su artículo 55.6 para el despido disciplinario, «El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir». El artículo 113 LRJS se pronuncia en el mismo sentido que los anteriores, por lo que no cabe duda. En todos los casos el trabajador deberá devolver la indemnización que hubiere recibido, artículo 123.3. La readmisión debe entenderse que se debe producir en el mismo puesto de trabajo.

Ahora bien, puede ocurrir que la empresa no readmita al trabajador ya sea porque la empresa cerró, o porque la empresa no quiere. En el primer supuesto hay jurisprudencia variada y consolidada. El empleador tendría que abonar la indemnización y los salarios dejados de percibir, aplicando de forma analógica el artículo 286 LRJS: «La ley, tanto el art. 56 del ET como el 110 de la LRJS, omite los efectos que tienen lugar cuando el cierre empresarial consta en el relato histórico, con lo que es inviable la opción por la readmisión, supuesto en el que entendemos que de

forma analógica procede la aplicación de los arts. 286.1 LRJS>>. En el segundo de los casos la empresa vendría obligada a abonar los salarios al trabajador, aunque se negara a readmitirle.

Sobre los salarios dejados de percibir debemos reseñar que deben abonarse desde la fecha del despido hasta la fecha de la readmisión. Para fijar dicha cantidad debemos acudir a la última nómina percibida por el trabajador, más el cálculo de las pagas extraordinarias si estas no estuvieren prorrateadas, quedando excluidas del cómputo las partidas extrasalariales.

B. INDEMNIZACIÓN POR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

En el artículo 183 LRJS se establece la obligación del condenado por vulnerar derechos fundamentales a indemnizar por los perjuicios causados. Existió cierta controversia sobre la compatibilidad de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales y la indemnización percibida como consecuencia del despido.

El Tribunal Supremo, Sala de lo Social, en su Sentencia de 12 de junio de 2001, nº rec. 3827/2000, fundamento jurídico segundo, concluye lo siguiente << Tampoco es admisible afirmar que la única consecuencia legal del despido discriminatorio haya de ser la readmisión y abono de salarios de tramitación, pues pueden existir daños morales o incluso materiales, cuya reparación ha de ser compatible con la obligación legal de readmisión y abono de salarios de trámite>>. En la anterior Sentencia no se dirimía la compatibilidad de las dos indemnizaciones, sino la readmisión con la indemnización por vulneración de derechos fundamentales. La traemos a colación porque sí reconoce que la vulneración puede acarrear daños morales o materiales que deben ser resarcidos.

La cuestión radica ahora en conocer si la indemnización por extinción de contrato abarca dichos daños o no. El Tribunal Supremo, Sala de lo Social, en su Sentencia de 17 de mayo de 2006, nº recurso 4372/2004, resuelve un procedimiento donde una trabajadora solicita la resolución de su contrato por acoso moral en el trabajo, solicitando tanto la indemnización del artículo 50.2 del Estatuto de los Trabajadores, como una indemnización por los daños y perjuicios derivados del acoso al que se condenó el empleador, vulnerando los derechos fundamentales de la trabajadora. El Tribunal Supremo alcanzó la conclusión que no eran incompatibles ambas indemnizaciones, las conclusiones son las siguientes:

<<En situaciones, como la contemplada en el presente recurso han de valorarse, con separación los daños y perjuicios derivados de la extinción del contrato de trabajo y aquellos otros inherentes a la lesión del derecho fundamental del trabajador que se concretan en el padecimiento psíquico derivado del comportamiento empresarial que genera la extinción contractual. No es lo mismo la contemplación de una extinción contractual de un trabajador que permanece en situación de sanidad física y mental, de aquella otra en la que, el mismo, queda aquejado de un trastorno psíquico a causa de la conducta empresarial determinante de la extinción contractual operada conforme al art. 5 50.1.a) del Estatuto de los Trabajadores>>.

La conclusión que alcanzamos es que si existe un perjuicio concreto y valorable económicamente derivado de la vulneración de derechos fundamentales deberá indemnizarse de forma separada de la indemnización de la extinción de contrato, pues como termina diciendo el tribunal, no podemos equiparar la situación de un trabajador que solicita la extinción de su contrato derivado de un incumplimiento contractual por parte del empresario, con la de un trabajador que padece un grave perjuicio consecuencia del incumplimiento empresarial, este último deberá ser indemnizado.

IX. CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El despido es un acto unilateral por parte del empleador, quien puede extinguir la relación laboral en cualquier momento, independientemente de las causas. Este acto puede vulnerar en ocasiones los derechos fundamentales del trabajador, surgiendo la figura del despido nulo como limitación a la amplia facultad de extinguir la relación del trabajador, que el ordenamiento jurídico otorga al empleador. Siendo el objeto del despido nulo la protección de los derechos fundamentales del trabajador, si bien de forma reciente se han introducido otros supuestos de nulidad, como el de la mujer embarazada, u otros supuestos destinados a la conciliación de la vida laboral con la vida familiar.

SEGUNDA.- El objeto de la nulidad del despido no siempre ha sido la protección de los derechos fundamentales. Durante la dictadura franquista en España la nulidad protegía el derecho a fiscalizar el despido que tenía el Estado español, la nulidad estaba reservada a motivos formalistas, y no de fondo. Todo ello porque el estado protegía intereses superiores a los del trabajador y a los del empresario, y debía fiscalizar los despidos para comprobar que los mismos no resultasen vulnerados. Viendo la evolución conceptual que ha tenido la nulidad del despido puede ser que en el futuro cubra otro tipo de derechos no considerados como fundamentales.

TERCERA.- La garantía de indemnidad se concibe como la imposibilidad de adoptar medidas contra el trabajador que ejercita sus derechos. El objeto es la protección del acceso a la tutela judicial efectiva por parte de los trabajadores, sin que teman represalias por parte del empleador. La garantía de indemnidad cubre todo acto previo necesario para acceder a los tribunales, o denuncias frente a la Inspección de trabajo, pero sólo respecto de aquellos derechos que el ordenamiento jurídico otorgue a los trabajadores.

CUARTA.-La garantía de indemnidad consta de una serie de requisitos que ha ido construyendo la jurisprudencia. El primero es la existencia de una reclamación efectuada por un trabajador, el segundo requisito es la existencia de una medida empresarial represiva, y el tercero, un nexo de causalidad entre la reclamación y la medida represiva. Es decir, debe existir una correlación temporal ente la acción ejercida por el trabajador, y la medida adoptada por el empleador.

QUINTA.- Existe un conflicto entre el derecho al trabajo y los derechos de vigilancia y control que la Constitución española recoge. El trabajador conserva sus derechos fundamentales dentro de la relación laboral, pero éstos deben ser modulados para que el empleador pueda controlar a los empleados.

SEXTA.- En el caso del despido disciplinario el empleador podrá utilizar los medios más idóneos, necesarios y proporcionales para averiguar si el empleado cumple con sus tareas. Todo ello en base al artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, que habilita al empleador para usar los medios que estime más oportunos, siempre que no dañe la dignidad humana.

SÉPTIMA.- La Sentencia nº 39/2016 de 3 de marzo de 2016 del Tribunal Constitucional da un giro jurisprudencial en cuando a la interpretación que debe hacerse del anterior artículo, pues contradice a la Sentencia nº 29/2013 de 29 de febrero de 2013. En esta última se establecían unos requisitos de información previa al empleado sobre los medios que iba a usar el empleador para controlar sus tareas, en el caso de que se pudieran vulnerar derechos fundamentales tal comunicación debía ser expresa. En la última Sentencia del Tribunal Constitucional este requisito desaparece, y sólo se enjuiciará si la medida cumple con los juicios de idoneidad, proporcionalidad, de necesidad y de equilibrio.

OCTAVA.- En los despidos discriminatorios debemos diferenciar entre discriminación y desigualdad. El despido que traiga causa en la primera será nulo, la Constitución en su artículo 14 establece que nadie podrá ser discriminado. Pero no así el despido desigual, pues el principio constitucional sólo obliga a los poderes públicos y no a los ciudadanos. Sin embargo algunos Tribunales de Justicia Superiores, argumentan que el poder sancionador del empleador debe regirse sin vulnerar el principio de igualdad, y por tanto, el empleador no podrá sancionar idénticos hechos, de forma distinta.

NOVENA.- El despido que alegue una vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, deberá tramitarse por la modalidad procesal correspondiente al despido, pero que tendrá carácter preferente al resto de los procedimientos. El demandante deberá probar que existen indicios de una lesión de sus derechos fundamentales para que el juez proceda a realizar la inversión de la carga probatoria. En la sentencia el juez deberá declarar la existencia o no de la vulneración alegada, y en caso de existencia declarará la nulidad radical de la actuación, así como el cese inmediato de la misma.

DÉCIMA.- Además de la nulidad por vulneración de los derechos fundamentales el ordenamiento jurídico también recoge la nulidad por vulnerar las normas de conciliación de la vida familiar y laboral. Aunque existió cierta disputa sobre si el empleador debía conocer que la trabajadora estuviera embarazada o no, finalmente el Tribunal Supremo estableció que no era necesaria tal comunicación, ni conocimiento. En cambio durante el período de prueba sólo se declarará nula la extinción de la relación laboral si se logra demostrar que la misma trae causa en el mismo embarazo.

UNDÉCIMA.- No podemos acudir a observar la normas que regula la relación del trabajador de alta dirección con los mismos principios que regulan al trabajador que no ostenta tal categoría, pues la relación está excluida del ámbito de aplicación del Estatuto de los trabajadores. En el caso de que se produzca una vulneración de derechos fundamentales, se no procederá a la declaración de nulidad, pero esta no tendrá efectos extraordinarios, pues el Real Decreto que regula la relación laboral de carácter especial de alta dirección, equipara sus efectos a los del despido improcedente.

DUODÉCIMA.- En los despidos colectivos además de la calificación de nulidad del despido por la vulneración de derechos fundamentales también se procederá a imponer tal calificación en el caso que el empleador no entregue la documentación necesaria durante las negociaciones previas al despido colectivo. También será declarado nulo si el empleador no aporta información imprescindible para que ambas partes puedan negociar, y en el caso de que exista fraude de ley.

DÉCIMATERCERA.- Los efectos de la declaración de nulidad de un despido son la readmisión inmediata del trabajador, con el pago de los salarios dejados de percibir entre la Sentencia y el despido, así como la indemnización por daños y perjuicios por vulneración de sus derechos fundamentales, si la hubiera.

BIBLIOGRAFÍA.

- ALMANSA PASTOR. J. *El despido nulo* Ed: Tecnos. Madrid 1968
- CARRO IGELMO, J.A *El despido justo*. Ed: Instituto de Ciencias Jurídicas, Barcelona 1957.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A *El despido laboral y los expedientes de crisis*. ED: Bilbao 1969.
- DE LA VILLA GIL, L.E *Derecho del trabajo y seguridad social: cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil*. Editorial: CEF Madrid 2006.
- HERRÁIZ MARTÍN, M. S *El despido nulo: Causas y efectos*. Ed: Thomson Reuters. Navarra, 2008
- RIERA VAYREDA, C. *El despido nulo* Ed: Tirant lo Blanch. Valencia 1999
- IGARTUA MIRÓ, M. T. *La garantía de indemnidad en la doctrina social del Tribunal Constitucional*. ED: Consejo Económico y Social, 2008
- Álvarez Alonso D, *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales* Ed: tirant lo Blanch, Albacete, 2005.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C y ÁLVAREZ DE LA ROSA. M. *Derecho del trabajo*. Vigésimo cuarta edición. ED: Ramón Areces, 2012
- DE BACCO, PÉREZ. M. "El despido nulo en España". Universidad La Laguna, 2015.
- BILBAO UBILLOS, J.M.: "*La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares. Análisis de la jurisprudencia constitucional*", ED: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. 1997
- CARNICERO MARTORELL. I, "*Libertad ideológica y contrato de trabajo*". Universidad de Valladolid. Año 2013.
- MARTÍN VALVERDE. A, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F, y GARCÍA MURCIA J. "*Derecho del Trabajo*". ED: Tecnos. 25º Edición. Madrid 2016.
- MONTOYA MELGAR. A, GALIANA MORENO. J. SEMPERE NAVARRO. A. V "*Curso de procedimiento laboral*". 10º Edición ED: Tecnos

ARTÍCULOS.

- BERTOLÁ NAVARRO, I *Diferencias entre la nulidad y la anulabilidad de los contratos* ED: Sepín. 2013. Consulta en:
<http://blog.sepin.es/2013/09/diferencias-entre-la-nulidad-y-la-anulabilidad-de-los-contratos/>
- MORÁN ROA. S *La protección jurídica del trabajador reclamante: La garantía de indemnidad* Consulta en:
<http://www.forelab.com/wp-content/uploads/premios/2015/LA-PROTECCION-JURIDICA-DEL-TRABAJADOR-RECLAMANTE-LA-GARANTIA-DE-INDEMNIDAD-SONIA-MORAN-ROA.pdf>
- LLUCH CORELL. F.J *Derecho a la intimidad del trabajador versus control empresarial: una jurisprudencia inestable* Para El Derecho. Consulta en:
http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/intimidad_del_trabajador-control_empresarial_11_765430001.html
- SELMA PENALVA. A, *Anales del Derecho*. Revista de derecho de la Universidad de Murcia. Núm. 26. 2008 Consulta en:
<http://revistas.um.es/analesderecho/issue/view/9611>
- MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A, “La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional”. Revista del Ministerio de Trabajo y de Asuntos Sociales. Núm. 73 Consulta en:
http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/73/Est08.pdf
- ALCÁZAR ORTIZ, S. SOLÓRZANO AURUSA, C. VAL TENA, A. “Régimen jurídico de la relación laboral especial del personal de alta dirección”. Universidad de Zaragoza. Consulta en:
<http://proyectosocial.unizar.es/n14/04-Sara-Alcazar.pdf>
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y *Estatuto jurídico del Alto Directivo Laboral. Nuevas Perspectivas en el ámbito privado y en el ámbito público*. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social núm. 118. Consulta en:
<http://eprints.ucm.es/29040/1/ESTATUTO%20JUR%C3%8DDICO%20DEL%20ALTO%20DIRECTIVO%20LABORAL-EPrint.pdf>
- Gutiérrez Colominas. D. “El centro de trabajo como unidad de referencia física subsidiaria para el cálculo de las extinciones en los despidos colectivos”. Revista: IUSLabor 2/2015. Consulta en:
<https://www.upf.edu/iuslabor/pdf/2015-2/Gutierrez.pdf>

- López Cumbre. L. "*Despido colectivo <<de hecho>>*". Revista: Gómez-Acebo & Pombo. Septiembre 2015:

<http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/despido-colectivo-de-hecho.pdf>