UNIVERSIDAD DE MURCIA

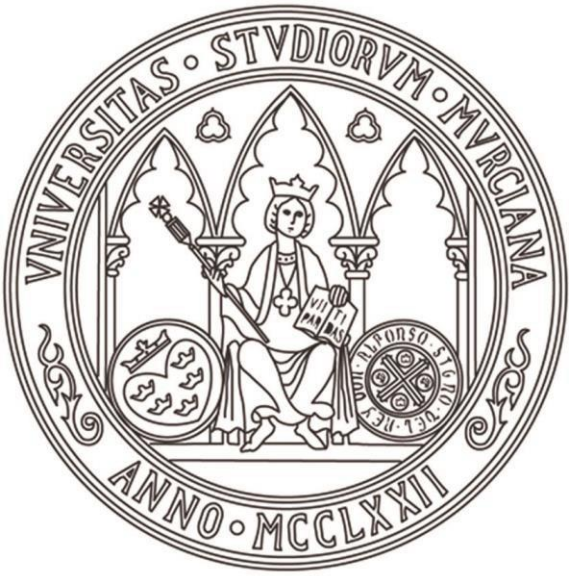
ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO

TESIS DOCTORAL

La resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador. El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores

D. Samuel Prol Pastor

2024



UNIVERSIDAD DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO

TESIS DOCTORAL

La resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador. El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores

Autor: D. Samuel Prol Pastor

Director/es: D. Fermín Gallego Moya

UNIVERSIDAD DE MURCIA

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD

DE LA TESIS PRESENTADA PARA OBTENER EL TÍTULO DE DOCTOR

Aprobado por la Comisión General de Doctorado el 19-10-2022

D./Dña. Samuel Prol Pastor

doctorando del Programa de Doctorado en

Derecho

de la Escuela Internacional de Doctorado de la Universidad Murcia, como autor/a de la tesis presentada para la obtención del título de Doctor y titulada:

La resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador. El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores

y dirigida por,

D./Dña. Fermín Gallego Moya
D./Dña.
D./Dña.

DECLARO QUE:

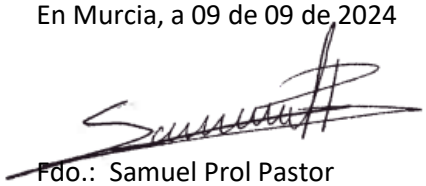
La tesis es una obra original que no infringe los derechos de propiedad intelectual ni los derechos de propiedad industrial u otros, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, en particular, la Ley de Propiedad Intelectual (R.D. legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, modificado por la Ley 2/2019, de 1 de marzo, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia), en particular, las disposiciones referidas al derecho de cita, cuando se han utilizado sus resultados o publicaciones.

Si la tesis hubiera sido autorizada como tesis por compendio de publicaciones o incluyese 1 o 2 publicaciones (como prevé el artículo 29.8 del reglamento), declarar que cuenta con:

- *La aceptación por escrito de los coautores de las publicaciones de que el doctorando las presente como parte de la tesis.*
- *En su caso, la renuncia por escrito de los coautores no doctores de dichos trabajos a presentarlos como parte de otras tesis doctorales en la Universidad de Murcia o en cualquier otra universidad.*

Del mismo modo, asumo ante la Universidad cualquier responsabilidad que pudiera derivarse de la autoría o falta de originalidad del contenido de la tesis presentada, en caso de plagio, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente.

En Murcia, a 09 de 09 de 2024



Fdo.: Samuel Prol Pastor

Esta DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD debe ser insertada en la primera página de la tesis presentada para la obtención del título de Doctor.

Información básica sobre protección de sus datos personales aportados	
Responsable:	Universidad de Murcia. Avenida teniente Flomesta, 5. Edificio de la Convalecencia. 30003; Murcia. Delegado de Protección de Datos: dpd@um.es
Legitimación:	La Universidad de Murcia se encuentra legitimada para el tratamiento de sus datos por ser necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento. art. 6.1.c) del Reglamento General de Protección de Datos
Finalidad:	Gestionar su declaración de autoría y originalidad
Destinatarios:	No se prevén comunicaciones de datos
Derechos:	Los interesados pueden ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición, limitación del tratamiento, olvido y portabilidad a través del procedimiento establecido a tal efecto en el Registro Electrónico o mediante la presentación de la correspondiente solicitud en las Oficinas de Asistencia en Materia de Registro de la Universidad de Murcia

ÍNDICE

ABREVIATURAS 16

INTRODUCCIÓN 21

1. Alcance y metodología de la investigación 21

1.1. Objeto material 21

1.2. Objeto formal 24

2. Elección del tema 26

3. Contenido de la tesis 27

3.1. Estructura 27

3.2. Fuentes formales 35

TÍTULO I: CUESTIONES GENERALES 36

1. Contextualización y desarrollo histórico 36

1.1. Proyectos legislativos de regulación civil 36

1.1.1. Proyecto de Código Civil de 1821 36

1.1.2. Proyecto de Código Civil de 1851 38

1.1.3. Proyecto de Código Civil de 1855 39

1.2. Código Civil: Analogías entre el art. 1.124 del CC y el art. 50 ET 39

1.3. Proyectos de regulación laboral 41

1.3.1. Proyecto de Ley de Contrato de Trabajo de 1905 41

1.3.2. Proyecto de Ley de Contrato de Trabajo de 1908 42

1.3.3. Proyecto de Ley de Contrato de Trabajo de 1919 43

1.4. El Código del Trabajo de 1926 44

1.5. La Ley del Contrato de Trabajo 45

1.5.1. Ley del Contrato de trabajo de 1931 45

1.5.2. Ley de Contrato de Trabajo de 1944 47

1.6. La Ley de Relaciones Laborales de 1976 48

1.7. El Estatuto de los trabajadores 49

1.7.1. Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores 49

1.7.2. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores 51

1.7.3. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores 53

1.8. Propuestas en términos de *lege ferenda* 54

2. Teoría general de la extición causal. Delimitación con figuras afines 55

2.1. Análisis y justificación 55

2.2. Delimitación con figuras afines 56

2.2.1. La dimisión del trabajador 56

2.2.2. La rescisión del contrato de trabajo 58

2.2.3. La extinción por decisión de la trabajadora víctima de violencia de género 59

2.2.4. El abandono del puesto de trabajo 59

3. Perspectiva de Derecho Comparado 60

3.1. El modelo europeo 60

3.1.1. Italia: *Dimissioni per giusta causa* 60

3.1.2. Portugal: *Resolução do contrato de trabalho por iniciativa do trabalhador* 62

3.1.3. Francia: *Prise d' acte de la rupture* 64

3.1.4. Alemania: *Kündigung aus wichtigem Grund* 65

3.2. El modelo anglosajón 67

3.2.1. Estados Unidos y la constructive discharge 67

3.2.2. Reino Unido y la constructive dismissal 70

3.3. El modelo iberoamericano 71

3.3.1. Argentina: el despido indirecto 71

3.3.2. Brasil: *Rescisão indireta* 74

3.3.3. Colombia: el despido indirecto 80

3.3.4. Chile: el autodespido 87

4. Consideraciones finales en torno a la resolución contractual 94

TÍTULO II: MODIFICACIONES DE CARÁCTER ILÍCITO 97

1. Introducción 97

2. Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo 98

2.1. Concepto y caracteres..... 98

2.2. Aproximación a los elementos definitorios de la modificación sustancial 101

2.2.1. La materia objeto de modificación; irrelevancia del aspecto subjetivo-contractual 101

2.2.2 Análisis de la sustancialidad; delimitación entre ius variandi y MSCT..... 105

2.2.3. La temporalidad como característica excluyente de la sustancialidad..... 107

2.3. Consecuencias jurídicas de la inobservancia del aspecto material..... 109

2.3.1. Terminación extrajudicial de la relación laboral: rescisión contractual..... 111

2.3.2. Impugnación individual y colectiva de la modificación 112

3. El procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores. 113

3.1. Características generales 113

3.2. Modificaciones de carácter individual 114

3.3. Modificaciones de carácter colectivo conforme al art. 41.4 ET..... 115

3.3.1. Inicio del procedimiento 116

3.3.2. Periodo de consultas 118

3.3.3. Finalización del periodo de consultas 120

3.4. Problemática relativa a la posibilidad de negociación directa con los trabajadores y los acuerdos individuales en masa 121

3.5. Consecuencias jurídicas de la inobservancia del aspecto formal 124

3.5.1. Nulidad derivada del fraude de ley 124

3.5.2. Nulidad por vulneración del periodo de consultas..... 125

3.5.3. Nulidad por existencia de vulneración de derechos fundamentales..... 126

4 La causa extintiva del contrato de trabajo conforme a lo dispuesto en el artículo 50.1.a) del ET 126

4.1. Concepto, caracteres y delimitación de figuras afines 126

4.2. Evolución del perjuicio cualificado exigible: la refundición del perjuicio a la formación profesional y el menoscabo de la dignidad 128

5. Análisis jurisprudencial de los elementos calificadores de la conducta empresarial del art. 50.1.a) ET: gravedad y culpabilidad..... 131

5.1. La gravedad: exigencia implícita como elemento del tipo 131

5.2. La culpabilidad: concurrencia y análisis de las teorías jurisprudenciales 134

6. Análisis de los supuestos de movilidad geográfica y funcional en el marco de la extinción indemnizada 138

6.1. Análisis de la modificación geográfica (art. 38 ET) 138

6.2. Análisis de la movilidad funcional (art. 39 ET) 143

7 Análisis individualizado de las materias objeto de modificación que pueden ser susceptibles de activar el mecanismo de la extinción indemnizada 145

7.1. Cese en puesto de confianza 145

7.2. Falta de ocupación efectiva 147

7.3. Menoscabo patrimonial 151

7.4. Modificación de funciones o grupo profesional 153

7.5. Modificación del horario y turnos de trabajo 155

7.6. Modificación del sistema retributivo 157

7.7. Otros supuestos; trabajo a distancia 158

8. Valoración crítica 162

TÍTULO III: INCUMPLIMIENTOS RETRIBUTIVOS 166

1. El objeto del incumplimiento resolutorio. Características generales 166

1.1. La falta de pago 167

1.2. Los retrasos continuados 172

2. Análisis del pacto como elemento nuclear del salario objeto de incumplimiento desde la perspectiva de las fuentes de la relación laboral 175

2.1. Disposiciones legales y reglamentarias del Estado 175

2.2. Los convenios colectivos 177

2.3. El contrato de trabajo 179

2.4. Los usos y costumbres locales y profesionales 180

3. Concepto, caracteres y naturaleza jurídica del salario. Problemas derivados del salario en especie y conceptos remuneratorios atípicos 181

3.1. Salario base y complementos salariales 181

3.2. Salarios relativos a periodos de inactividad 184
3.3. Condiciones más beneficiosas de carácter salarial 188
3.4. La problemática relativa a la naturaleza jurídica del salario en especie 189
3.5. La problemática de determinados conceptos remuneratorios 193
3.5.1. Opciones sobre acciones o «stock options» 193
3.5.2. Bonus, incentivos y primas 195
3.5.3. Salarios de tramitación 200
3.5.4. Pacto de exclusividad 204
3.5.5. Pacto de no competencia postcontractual 207

4. Análisis de las causas determinantes de la exención de la responsabilidad empresarial. La tolerancia previa del trabajador 209
4.1. La deuda de carácter no salarial 209
4.2. La deuda no exigible 212
4.2.1. Aplazamiento 212
4.2.2. Discrepancia sobre la cuantía o existencia de la deuda 215
4.3. El impago por causa imputable al trabajador 216
4.4. La tesis de la tolerancia como manifestación de la aquiescencia del trabajador 217

5. Análisis de la gravedad y la culpabilidad como elementos delimitadores del supuesto. Criterios jurisprudenciales y abandono de las tesis subjetivistas 219
5.1. La gravedad del incumplimiento 219
5.2 La culpabilidad. Evolución de la tesis subjetiva a la tesis objetiva 223

6. Análisis jurídico de la institución resolutoria del art. 50 ET en el marco del procedimiento concursal del TRLC. 225
6.1. Ámbito material: la causa debe ser la situación económica del concursado 225
6.2. Ámbito temporal y competencial: la técnica de la colectivización y la concurrencia de jurisdicciones. Problemática relativa en los casos de grupo empresarial 226
6.3. Ámbito procedimental: la prevalencia de la tesis subjetivista a efectos del quantum indemnizatorio 231

7. Valoración crítica 234

TÍTULO IV: OTROS INCUMPLIMIENTOS LESIVOS 238

1. Introducción 238

2. Incumplimientos graves de carácter discriminatorio 239

2.1. Por razón de nacimiento 239

2.2. Por origen racial o étnico 240

2.3. Por razón de sexo 243

2.4. Por creencias religiosas 248

2.5. Por convicción u opinión 253

2.6. Por razón de edad 256

2.7. Por discapacidad 258

2.8. Por orientación, identidad sexual o expresión de género 261

2.9. Por lengua. España y sus modalidades lingüísticas 263

3. Supuestos no encuadrables en los apartados a) y b) del art. 50.1 ET por carecer de algún elemento esencial. 264

3.1. Falta de ocupación efectiva; especial referencia a los ERTES 264

3.2. Menoscabo de la intimidad o dignidad del trabajador 267

3.2.1. Acoso moral en el trabajo o mobbing 267

3.2.2. Acoso sexual 272

3.3. Obligaciones en materia de Seguridad Social 276

3.3.1. Falta de alta y cotización 276

3.3.2. Falta de pago delegado del subsidio de incapacidad temporal 278

3.3.3. Falta de pago del complemento de incapacidad temporal 279

4. Análisis de la gravedad y la culpabilidad de los supuestos 280

4.1. La gravedad del incumplimiento 280

4.2. La culpabilidad 281

4.2.1. Interrelación entre fuerza mayor y culpabilidad 281

4.2.2. Fuerza mayor, caso fortuito y culpabilidad: juicio de imputabilidad 283

5. Negativa a la readmisión tras la suspensión del contrato de trabajo. Análisis de los supuestos de excedencia voluntaria y forzosa. 284

6. Negativa a reintegrar al trabajador en los supuestos de los artículos 40 y 41 ET cuando una sentencia judicial los haya declarado injustificados 288

7. Valoración crítica 290

TÍTULO V: ASPECTOS PROCESALES E INDEMNIZACIÓN 293

1. Modalidad procesal y plazo 293

2. El mantenimiento del vínculo laboral 293

2.1. Cese anticipado: protocolo rescisorio vs. protocolo dimisionario 293

2.2. Necesidad de pervivencia de la relación laboral 295

2.2. Irrupción de la corriente flexibilizadora y excepciones a la regla general 298

2.3. Análisis de la posibilidad de resolución extrajudicial 300

3. Justificación de la necesidad del recurso a las medidas cautelares 302

3.1. Naturaleza y presupuestos 306

3.2. La exoneración del deber de prestar servicios por parte del trabajador con mantenimiento del deber empresarial de cotizar y abonar salarios 308

4. Aspectos procesales de interés 312

4.1. Interacción entre acción de despido y pretensión extintiva 312

4.2. Acumulación de acciones: vulneración de derechos fundamentales y acceso al recurso de suplicación 313

4.3. Extinción indemnizada, litispendencia y cosa juzgada 314

5. Breve análisis sobre la indemnización resarcitoria del art. 50.2 ET 315

5.1. Introducción y fundamento constitucional 315

5.2. Compatibilidad entre indemnización por despido y resarcitoria por vulneración de derechos fundamentales 317

5.3. Posibilidad de indemnización superior a la legalmente tasada 318

5.4. Propuestas en términos de lege ferenda 321

7. Valoración crítica 323

CONCLUSIONES 325

BIBLIOGRAFÍA 336

ANEXO. Relación de sentencias citadas por temática..... 351

ABREVIATURAS

AFC	Administradora de Fondos de Cesantía
AFP	Administradora de Fondos de Pensiones
BASRT	British Association for Sexual and Relationship Therapy
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDPD	Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CE	Constitución española
CE	Comunidad Europea
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
CEE	Comunidad Económica Europea
CEEP	Centro de Estudios de Empleo Público
CERD	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial
CES	Consejo Económico y Social
CFR	Code of Federal Regulations

CTC	Código de Trabajo de Chile
DA	Disposición Adicional
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
EEOC	Equal Employment Opportunity Commission
ERE	Expediente de Regulación de Empleo
ERTE	Expediente de Regulación Temporal del Empleo
ET	Estatuto de los Trabajadores
ETOP	Causas Económicas, Técnicas, Organizativas o Productivas
FGTS	Fondo de Garantía por Tiempo de Servicio
FONASA	Fondo Nacional de Salud
IGFEJ	Instituto de Gestão Financeira e Equipamento da Justiça
ILOAT	International Labour Organization Administrative Tribunal
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia
LC	Ley Concursal
LCT	Ley del Contrato de Trabajo
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LET	Ley Estatuto de los Trabajadores

LGDPD	Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social
LGTBI	Lesbianas, Gais, Bisexuales, Transexuales e Intersexuales.
LIRPF	Ley sobre el Impuesto a la Renta de las Personas Físicas
LISOS	Ley de Infracciones y Sanciones de la Seguridad Social
LOECE	Ley Orgánica por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares
LOI	Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres
LOLS	Ley Orgánica de Libertad Sindical
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
LRL	Ley de Relaciones Laborales
Ltd.	Unlimited
MSCT	Modificación sustancial de las condiciones de trabajo
NASPI	Nuova Prestazione di Assicurazione Sociale per l'Impiego
OIT	Organización Internacional del Trabajo
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

RAE	Real Academia Española
Rec	Recurso
RGCLSS	Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social
RLT	Representación Legal de los Trabajadores
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SEPE	Servicio Público de Empleo Estatal
SMI	Salario Mínimo Interprofesional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCT	Sentencia del Tribunal Central del Trabajo
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TFUE	Tratado Fundacional de la Unión Europea
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TRLC	Texto Refundido de la Ley Concursal
TRLGSS	Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social

TS	Tribunal Supremo
TST	Tribunal Superior do Trabalho
TUE	Tratado de la Unión Europea
U.S.	United States
UEAPME	Asociación Europea de Artesanos y PYMES
UGT	Unión General de Trabajadores

INTRODUCCIÓN

1. Alcance y metodología de la investigación

1.1. Objeto material

El propósito primordial de esta tesis es proporcionar una visión global, actualizada y exhaustiva de una institución jurídica que, a lo largo de la historia, ha recibido una atención ciertamente menor a la que, a nuestro juicio, justifica su relevancia.

Esta afirmación encuentra su fundamento en la observación de que, de manera generalizada, los esfuerzos doctrinales se han orientado hacia el desarrollo y profundización de la mecánica del despido. Este enfoque ha relegado a un segundo plano el estudio de la extinción indemnizada prevista en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, una figura jurídica en la que, como se sabe, a diferencia de lo que ocurre en el despido, la iniciativa para la resolución del contrato parte del trabajador y se fundamenta en un incumplimiento grave de las obligaciones contractuales por parte del empresario.

La justificación es evidente: tanto para los profesionales como para legos en derecho, resulta patente que la casuística relacionada con el despido es, con mucho, la más preeminente en comparación con otras figuras del ámbito jurídico-laboral, incluida la resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador. Esta notable preponderancia del despido en la práctica jurídica explica por qué se le ha otorgado una atención tan amplia respecto a otras instituciones jurídicas similares. Tal enfoque resulta razonable, dada la complejidad y frecuencia de los casos de despido, que eclipsan, en términos de desarrollo doctrinal y análisis jurisprudencial, la figura de la extinción indemnizada o cualquier otra modalidad de resolución contractual impulsada por el trabajador, lo que no obsta para que reivindiquemos la importancia jurídica y social de la extinción indemnizada por voluntad del trabajador.

No obstante lo anterior, el estudio de esta figura se aborda desde una perspectiva que consideramos especialmente enriquecedora. Este enfoque incluye el análisis teórico de las múltiples dimensiones que configuran el precepto estatutario, así como la aplicación práctica y la imperiosa necesidad de gestionar los tiempos procesales para maximizar los beneficios conferidos por la norma sustantiva en armonía con la normativa procesal. En particular, se presta especial atención al artículo 79.7 de la Ley Reguladora de la

Jurisdicción Social (LRJS), que juega un papel crucial en la implementación efectiva de estas disposiciones.

En cuanto a la delimitación teórica, una de las principales virtudes del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores (ET) radica en la heterogeneidad de su estructura. Este precepto se distingue por la utilización instrumental de diversas figuras jurídicas que, en otros contextos, suelen constituir un fin en sí mismas. Así, mientras que las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, reguladas en los artículos 39, 40 y 41 del ET, han sido objeto de abundantes contribuciones doctrinales y análisis jurisprudenciales como remedios o soluciones definitivas para conflictos entre la empresa y el trabajador, el artículo 50 del ET presenta una aproximación más compleja y multifacética a la extinción del contrato de trabajo.

Sin embargo, en el apartado a) del artículo 50.1 del Estatuto de los Trabajadores, la mera concurrencia de una hipotética modificación sustancial de las condiciones de trabajo no constituye un fin en sí mismo. La simple existencia de dicha modificación no resuelve de manera definitiva la controversia jurídica; más bien, representa solo un requisito preliminar para cumplir con las exigencias establecidas por el precepto estatutario. Por lo tanto, se requiere un análisis adicional de la gravedad de la conducta y de si existe un menoscabo a la dignidad del trabajador para determinar la viabilidad de la extinción indemnizada.

En lo que respecta al apartado b) del mencionado precepto, resulta de especial interés examinar la transición entre las distintas esferas normativas relacionadas con el impago del salario. Una cuestión clave derivada del análisis de esta figura es identificar el umbral a partir del cual la falta de pago o los retrasos continuados en el abono del salario pactado pasan de ser sancionados con el interés moratorio previsto en el artículo 29.3 del Estatuto de los Trabajadores a fundamentar el recurso a la extinción indemnizada contemplada en el artículo 50.1 del ET.

Asimismo, los conceptos de gravedad y culpabilidad se erigen como los pilares fundamentales sobre los que descansan los preceptos del citado artículo, particularmente en lo que concierne al apartado b). La relevancia de estos conceptos varía: mientras que la gravedad desempeña un papel central en la determinación de la existencia de una causa extintiva en todos los casos evaluados, la culpabilidad solo adquiere importancia en el contexto de la resolución concursal.

Finalmente, será necesario abordar una serie de vicisitudes que podrían cuestionar la viabilidad de la acción, dado que el precepto en cuestión se refiere al término "salario". En consecuencia, las compensaciones o indemnizaciones cuyo incumplimiento no se subsume bajo esta causalidad específica —sin perjuicio de su posible encaje bajo el artículo 50.1.c) ET— no podrán ser consideradas para activar el mecanismo de la extinción indemnizada.

En lo que respecta al último precepto del artículo 50.1.c) ET, es crucial determinar si estamos ante una norma especialmente flexible y con una redacción capaz de adaptarse a la evolución de las relaciones laborales debido a su apertura —cuyo único requisito es la concurrencia de gravedad en términos positivos y la ausencia de fuerza mayor en términos negativos— o si se trata de una disposición excesivamente amplia e indeterminada.

La extensa referencia a cualquier incumplimiento grave por parte del empresario nos remite indirectamente al artículo 4 del ET, el cual incluye una mención específica a los derechos fundamentales que constituyen el «núcleo duro» de la protección legal. Estos derechos, reconocidos por su máxima protección, requieren un análisis que incluya los últimos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional. Este enfoque permite utilizar dichos fallos como criterios orientadores al valorar determinadas conductas empresariales.

El derecho procesal, como herramienta indispensable para garantizar la efectividad de los derechos sustantivos, reviste una importancia crucial en la defensa de la pretensión extintiva ante los tribunales. En la fase preliminar, adquiere especial relevancia la utilización de las medidas cautelares para gestionar las tensiones que surgen de la necesidad de mantener la relación laboral y la presencia de una situación grave y perjudicial para el trabajador. Este aspecto es fundamental y requiere una evaluación precisa para asegurar la válida prosecución del proceso.

En el transcurso del procedimiento —*intra processum*—, surgen complejidades procesales como la litispendencia, la cosa juzgada o la acumulación de acciones, que demandan una técnica meticulosa para evitar la desestimación de las pretensiones planteadas. En particular, se debe examinar detalladamente los conflictos procesales que pueden surgir cuando se produce un despido tras haber presentado una demanda de extinción indemnizada, dado que la continuidad de la relación laboral es esencial, pero frecuentemente depende de quién se beneficiaría de una posible ruptura.

Finalmente, una vez comprobada la existencia de un incumplimiento que pueda activar el mecanismo de la extinción indemnizada, se debe abordar una serie de cuestiones relativas a la indemnización correspondiente. En este sentido, la cuestión es relativamente simple para los casos más básicos, ya que el apartado 2 del artículo 50 del ET establece que la indemnización será equivalente a la del despido improcedente. Sin embargo, cabe considerar si existe alguna incompatibilidad con la indemnización resarcitoria prevista en el artículo 183 de la LRJS en caso de acumulación con una acción por vulneración de derechos fundamentales, o si es posible fundamentar la mencionada indemnización resarcitoria en el artículo 1.101 del Código Civil.

Por todo lo expuesto, en el presente trabajo se analizarán en profundidad los elementos que configuran el artículo 50 del ET. La metodología consistirá en revisar las corrientes doctrinales y jurisprudenciales que han influido a lo largo de la historia hasta llegar a la regulación actual. Asimismo, se identificará en cada sección los principales interrogantes que persisten o han persistido en relación con la figura estudiada, sometiéndola a un juicio comparativo con el estado actual del derecho, complementado con nuestra opinión jurídica, ya sea para apoyar una postura determinada o abogar por su modificación.

1.2. Objeto formal

Una vez definido el objeto de la tesis doctoral, hemos conceptualizado el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores como una unidad integral que debía ser descompuesta en componentes menores. Este enfoque nos ha permitido abordar cada aspecto de manera individualizada, profundizando en su origen histórico, delimitación conceptual, evolución doctrinal y jurisprudencial, y el estado actual conforme a los criterios jurisprudenciales vigentes.

Este análisis se ha llevado a cabo principalmente mediante la realización de juicios comparativos entre las contribuciones doctrinales más significativas de cada época. Se ha prestado especial atención a los puntos de fricción entre las teorías de diversos autores, ya que es en la confrontación de estas perspectivas donde se enriquece el estudio.

Además, se ha priorizado la revisión de la doctrina jurisprudencial actual, especialmente la emanada de la Sala IV del Tribunal Supremo. Aunque la teoría sobre las instituciones jurídicas es indudablemente valiosa, se ha buscado enfocar la tesis desde una perspectiva utilitarista.

Es decir, se ha pretendido que la tesis sea una herramienta práctica para consultar y conocer, de manera eficiente, el criterio predominante sobre una figura jurídica específica. Como un punto que podría considerarse en cierto modo novedoso, hemos incluido una breve mención sobre la forma en que la resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador es abordada en países de nuestro entorno, tanto en el ámbito del derecho anglosajón como en el derecho iberoamericano. La metodología empleada para obtener las respuestas necesarias ha sido análoga a la utilizada para el derecho nacional; es decir, se ha llevado a cabo un análisis de sentencias a través de bases de datos públicas, revisión de artículos doctrinales de autores de reconocida competencia, y una valoración crítica propia.

El idioma no ha representado un obstáculo significativo, excepto en el caso del derecho alemán. El derecho francés y el inglés se han manejado con soltura; el italiano y el portugués, dadas sus similitudes con el castellano, tampoco han presentado grandes dificultades. No obstante, el alemán, debido a sus marcadas diferencias con los idiomas mencionados, ha constituido un reto considerable para profundizar en la regulación jurídica de la Kündigung aus wichtigem Grund.

En este contexto, es pertinente destacar una fuente que ha sido crucial para mantener la actualidad del trabajo y que, a priori, podría no gozar del prestigio de otras fuentes de información: las redes sociales. En plataformas como LinkedIn, distinguidos juristas realizan diariamente aportaciones desinteresadas sobre sentencias actuales, facilitando a quienes, en el transcurso de nuestras labores diarias, debemos mantenernos al tanto de las últimas novedades jurisprudenciales o de proyectos legislativos en discusión en la Comisión de Justicia del Congreso, que pueden influir, incluso de forma tangencial, en la materia aquí tratada. Algunos profesionales ofrecen análisis detallados sobre temas actuales, compartiendo experiencias personales ante los tribunales y opiniones jurídicas que enriquecen significativamente la lectura. Lo más destacable es que estas contribuciones a menudo se realizan apenas 24 horas después de la publicación de la sentencia comentada.

Por ello, y a pesar de la posibilidad de que se considere que se han utilizado fuentes de menor rigor, considero indispensable abogar en favor de quienes, de manera desinteresada, contribuyen con su conocimiento y experiencias para el beneficio del colectivo profesional. Su dedicación a compartir información y análisis actualizados resulta invaluable para la comunidad jurídica, y merece reconocimiento por su aporte significativo al debate y la evolución del derecho.

2. Elección del tema

La elección del tema en cuestión se fundamenta en varios aspectos clave que destacan su relevancia y necesidad de estudio. En primer lugar, la profundidad de los conceptos asociados al art. 50.1 ET lo convierte en un objeto de análisis especialmente valioso. Estos conceptos no solo demandan un enfoque riguroso y exhaustivo en su conjunto, sino que también ofrecen la oportunidad de abordar cuestiones complejas que pueden enriquecer la comprensión teórica y práctica dentro del campo de estudio correspondiente pero desde su perspectiva individualizada.

Además, se ha observado que la norma relacionada con este tema ha sido objeto de un análisis comparativamente menor en relación con otras normas, como por ejemplo el despido. Esta inferior atención académica resalta la necesidad de una investigación más profunda y detallada, que permita explorar sus implicaciones y aplicaciones con mayor claridad. Al centrar el estudio en una norma que ha recibido menos atención, se contribuye a llenar un vacío en la literatura existente, lo cual es esencial para el avance del conocimiento y la práctica en la materia, desde la humildad que caracteriza esta contribución.

Finalmente, la riqueza procesal inherente a esta norma ofrece un terreno fértil para el desarrollo de análisis críticos y prácticos. La complejidad de los procedimientos asociados permite una exploración detallada de sus aplicaciones, desafíos y oportunidades de mejora, lo que no solo enriquece el marco teórico, sino que también proporciona valiosas perspectivas para la implementación efectiva en contextos reales y en términos de lege ferenda. Esta combinación de factores justifica plenamente la elección del tema, destacando su importancia y pertinencia para un estudio profundo y significativo.

Finalmente, es importante señalar que desde el inicio de esta investigación, nos hemos enfocado en examinar cada figura jurídica desde sus fundamentos más elementales, siguiendo un estilo de —back to basics— hasta llegar, de manera progresiva, a los razonamientos más complejos que surgen del estudio exhaustivo de cada institución jurídica.

3. Contenido de la tesis

3.1. Estructura

El presente trabajo se divide en 5 Títulos, con sus correspondientes Capítulos, que a su vez están conformados por apartados y subapartados que son precedidos por una breve introducción y complementados por un anexo donde se recogen las sentencias tratadas durante la confección del mismo.

El título del trabajo «La resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador. El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores» señala a las claras que el propósito central de esta tesis es llevar a cabo un análisis exhaustivo de la institución jurídica regulada en el precepto mencionado. No nos limitamos a abordar un aspecto específico de esta figura jurídica, sino que la examinamos de manera integral y sistemática, explorando sus diferentes facetas y su aplicación en el marco legal correspondiente.

En la introducción de esta tesis, se abordarán varios aspectos clave que guiarán su desarrollo. En primer lugar, se describirá la metodología empleada en la investigación, la cual combina un enfoque doctrinal con el análisis crítico de la jurisprudencia y la normativa vigente. A continuación, se explicará la estructura de la tesis, detallando cómo se organiza en capítulos para un tratamiento sistemático y coherente del tema. También se mencionarán las fuentes principales utilizadas, incluyendo textos legales, estudios doctrinales y casos jurisprudenciales relevantes.

Finalmente, se expondrán los motivos que han llevado a elegir la temática de la extinción indemnizada del contrato de trabajo por parte del trabajador. Esta elección se justifica por la relevancia práctica de la materia en el contexto laboral actual y la necesidad de un análisis profundo y actualizado sobre cómo se interpreta y aplica esta figura jurídica en la práctica.

El Título I denominado «cuestiones generales» se divide en 4 Capítulos.

En el Capítulo 1 de la tesis se contextualiza y examina la evolución histórica de la facultad del trabajador para extinguir su contrato de trabajo en caso de un incumplimiento grave por parte del empresario. Este análisis comienza con los primeros intentos de codificación civil y avanza a través de hitos legislativos como el «Proyecto Goyena», hasta llegar al actual Estatuto de los Trabajadores. A lo largo de este recorrido histórico, se evidencia cómo esta figura jurídica ha sido moldeada y transformada en respuesta a los cambios políticos y sociales que han tenido lugar en España desde principios del siglo XIX hasta

nuestros días. Estos cambios legislativos reflejan las distintas visiones sobre los derechos laborales y la protección del trabajador, adaptándose a las circunstancias políticas y económicas de cada época.

En el Capítulo II se lleva a cabo un análisis conciso de la teoría general de la extinción causal del contrato de trabajo, examinando las razones por las cuales nuestro ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de que el trabajador solicite la extinción indemnizada del vínculo laboral ante incumplimientos empresariales. Este análisis se centra en identificar los fundamentos jurídicos que justifican dicha protección para el trabajador, resaltando la importancia de este mecanismo como garantía frente a actuaciones empresariales que vulneren los derechos laborales.

Además, el capítulo incluye una labor esencial de delimitación conceptual entre figuras jurídicas que, aunque relacionadas, poseen significados y consecuencias legales distintas. Por ejemplo, se diferencian conceptos como la dimisión *ad nutum*, que se refiere a la renuncia voluntaria del trabajador sin causa justificada, frente a la dimisión provocada por un incumplimiento grave del empleador. Asimismo, se distingue entre resolución y rescisión del contrato, subrayando que no todos los ceses en la prestación de servicios pueden calificarse como abandono del puesto de trabajo.

Esta delimitación es crucial para evitar confusiones conceptuales y establecer una base sólida antes de proceder con el análisis profundo de la extinción indemnizada en contextos específicos.

En el Capítulo III, se ha llevado a cabo un análisis exhaustivo de la regulación de la resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, abordando el tema desde una triple perspectiva comparativa.

En primer lugar, se ha examinado cómo esta figura jurídica se regula en países de nuestro entorno, incluyendo un análisis detallado de las legislaciones de Portugal, Italia, Francia y Alemania. Este estudio permite observar las similitudes y diferencias en la protección de los derechos del trabajador en contextos legales que comparten una tradición jurídica de *civil law*, similar a la española. A continuación, se ha ampliado el análisis comparativo con un enfoque en sistemas de *common law*, explorando cómo la resolución del contrato laboral por parte del trabajador se aborda en jurisdicciones que siguen esta tradición jurídica. Esto proporciona una perspectiva contrastante, resaltando las diferencias fundamentales en la conceptualización y aplicación de esta figura en sistemas legales basados en precedentes judiciales y una mayor flexibilidad contractual.

Finalmente, el capítulo se cierra con un análisis de la regulación en países iberoamericanos, donde se revisa cómo las influencias históricas y culturales comunes con España han dado lugar a desarrollos legales particulares en la protección del trabajador que decide resolver su contrato por incumplimientos del empleador.

Este enfoque comparativo permite una comprensión más profunda y global de la figura jurídica analizada, destacando tanto la diversidad de regulaciones como los principios comunes que subyacen en diferentes sistemas legales.

En el capítulo IV, sin perjuicio de las conclusiones que se realizan al final del trabajo, hemos creído oportuno introducir una serie de reflexiones en torno a la resolución contractual en el marco del Derecho Comparado, ya que, como se podrá comprobar, la regulación patria dista mucho de la regulación seguida por los países de nuestro entorno y ello nos debe llevar a reflexionar si nuestro actual modelo es correcto o los argumentos sobre los que se sustenta son sólidos, ya que quizás sea necesario llevar a cabo una reformulación teórica de la cuestión.

El Título II se estructura en ocho capítulos bajo la denominación de «Modificaciones de Carácter Ilícito», en los cuales se abordan las cuestiones relativas al apartado a) del artículo 50.1 del Estatuto de los Trabajadores.

El Capítulo I ofrece una breve introducción sobre las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo o las llamadas modificaciones de carácter ilícito, cuya finalidad principal es proporcionar un contexto claro y conciso sobre la materia que será objeto de un análisis detallado en los capítulos subsiguientes. Esta introducción establece las bases conceptuales necesarias para comprender las implicaciones jurídicas de dichas modificaciones y su relevancia en el ámbito laboral, preparando así el terreno para un estudio más profundo de los aspectos específicos que se desarrollarán en las siguientes páginas.

El Capítulo II se centra en las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. En este capítulo, se realiza una delimitación conceptual de esta figura jurídica, explicando en detalle su naturaleza y diferenciándola de otras figuras relacionadas. Además, se exponen los principales criterios jurisprudenciales que han sido desarrollados en torno a las MSCT, lo que permite entender cómo los tribunales interpretan y aplican esta normativa en la actualidad.

El análisis profundiza en extraer las notas caracterizadoras de las MSCT, destacando aspectos como la irrelevancia del elemento subjetivo en la modificación, la sustancialidad como criterio clave que delimita el ius variandi del empresario respecto de la modificación ilícita, y, finalmente, se estudian las consecuencias derivadas de la declaración de ilicitud de una modificación realizada por el empresario.

En el Capítulo III, el enfoque se desplaza hacia la perspectiva procesal de las MSCT. Se reconoce que, aunque el procedimiento individual es relativamente sencillo y su análisis sería breve, las modificaciones colectivas presentan una mayor complejidad. Estas modificaciones, cuando no se ajustan a los procedimientos legales, pueden ser calificadas como ilícitas. Por ello, se profundiza en aspectos clave como la voluntad negociadora durante el período de consultas, los acuerdos individuales en masa, y la prohibición de negociación directa con los trabajadores. Estos temas son fundamentales para entender las implicaciones legales y procesales que rodean a las MSCT en un contexto colectivo, resaltando la importancia de cumplir con las formalidades establecidas para evitar la declaración de ilicitud de las modificaciones.

El Capítulo IV marca el inicio del estudio del apartado a) del artículo 50.1 del Estatuto de los Trabajadores. Tras haber abordado las aproximaciones teóricas en los capítulos anteriores, este capítulo se dedica a un análisis conceptual de la figura en cuestión, examinando sus características distintivas y delimitando las figuras afines, con especial énfasis en la evaluación del impacto en la formación profesional del trabajador.

El Capítulo V se centra, como será habitual en todos los apartados, en la evaluación de los conceptos de gravedad y culpabilidad. Aunque la culpabilidad carece de relevancia en el contexto de la extinción indemnizada, la gravedad constituye un elemento crucial, ya que en la mayoría de los casos determina el éxito o el fracaso de la pretensión.

El Capítulo VI lleva a cabo un análisis de la movilidad geográfica y funcional resaltando el hecho de que, si bien son susceptibles de ser calificadas como MSCT, su desarrollo normativo se preceptúa fuera de los contornos del art. 41 ET.

El Capítulo VII aborda los escenarios más conflictivos relacionados con la activación del mecanismo de la extinción indemnizada. Entre los casos que se examinarán se encuentran el cese en el puesto de confianza, la falta de ocupación efectiva, el menoscabo patrimonial, la modificación de funciones o del grupo profesional, la alteración del horario o los turnos de trabajo, la modificación del sistema retributivo, y el teletrabajo. Estos son algunos de los supuestos que se presentan en la práctica y que pueden requerir

la valoración de una posible concurrencia de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (MSCT). No todos estos casos permiten aplicar la misma solución, por lo que procederemos a analizar las características fundamentales de cada uno para proporcionar una respuesta lo más uniforme posible.

El Título III, bajo la rúbrica de «Incumplimientos Retributivos», hace referencia de manera explícita al apartado b) del artículo 50.1 del Estatuto de los Trabajadores, que aborda la falta de pago o los retrasos continuados en el abono del salario pactado. Este título está estructurado en 7 capítulos y se desglosan de la siguiente manera:

El Capítulo I analiza de manera detallada las dos conductas descritas en el artículo mencionado. Aunque la jurisprudencia suele tratar la falta de pago y los retrasos continuados de manera indistinta, hemos considerado pertinente delimitar las diferencias entre ambas conductas debido a la economía conceptual y a los distintos requerimientos de gravedad que caracterizan a cada una.

El Capítulo II se dedica a examinar las diversas fuentes de las que puede derivarse la obligación empresarial de abonar el salario, así como su cuantía. Entre estas fuentes se incluyen el origen legal del Salario Mínimo Interprofesional (SMI), el origen convencional del salario correspondiente a una categoría profesional específica, y el salario acordado entre las partes y reflejado en el contrato de trabajo.

El Capítulo III se adentra en la estructura salarial y aborda algunos conceptos particularmente conflictivos. Entre ellos, se tratan los salarios de inactividad, las condiciones salariales más beneficiosas, los salarios en especie, y las particularidades de ciertos conceptos retributivos como las *stock options*.

El Capítulo IV examina la vertiente negativa del precepto, es decir, las circunstancias que excluyen la posibilidad de recurrir al mecanismo de la extinción indemnizada. En primer lugar, el texto literal de la norma indica claramente que las deudas que no tienen carácter salarial deben quedar fuera del ámbito del apartado b) —sin perjuicio de su posible consideración bajo el apartado c)—. Además, se analizan los casos de deuda no exigible, ya sea debido a un aplazamiento acordado o a una discrepancia sobre la cuantía o existencia de la deuda. El capítulo concluye con un breve análisis de los casos en los que el impago se ha producido por causas atribuibles al trabajador, como la negativa deliberada a recibir el pago o situaciones en las que ha habido aquiescencia por parte del empleado.

El Capítulo V es esencial en cualquier análisis exhaustivo de la figura extintiva. Al igual que se mencionó en el apartado sobre las modificaciones ilícitas, la gravedad se convierte en un aspecto crucial para evaluar, de manera preliminar, la viabilidad de la pretensión ante los tribunales. Dado que los criterios cuantitativos y temporales para determinar la gravedad no están positivizados, será necesario recurrir a los pronunciamientos judiciales para establecer un patrón o guía orientativa sobre este tema. En cuanto a la culpabilidad, las teorías que priorizaban el aspecto subjetivo han sido superadas por enfoques objetivistas, lo que implica que la voluntad del empleador queda relegada a un segundo plano.

El Capítulo VI representa una excepción al principio fundamental que hemos defendido en relación con la culpabilidad; aunque la conducta del empresario no afecta a la posibilidad de eximir su responsabilidad en circunstancias normales, la situación cambia en el ámbito concursal. En el contexto de un concurso, además de abordar aspectos relevantes como el ámbito temporal, competencial y procedimental, la causa económica del concursado reducirá la indemnización establecida en el artículo 50.2 del Estatuto de los Trabajadores, equiparándola a la indemnización por despido objetivo por causas económicas.

El Capítulo VII estará dedicado a una evaluación crítica de la materia abordada, complementando las valoraciones personales que se han incorporado a lo largo de los distintos apartados analizados en los capítulos precedentes.

El Título IV, bajo el enunciado de «Otros Incumplimientos Lesivos», consta de 7 capítulos, cuyo contenido se expone a continuación.

El Capítulo I ofrece una breve introducción para contextualizar el tema que se analizará, siguiendo la tónica habitual, y enunciar las cuestiones de mayor interés relacionadas con el asunto en cuestión.

El Capítulo II se centra de manera detallada en la normativa internacional y europea en materia de derechos fundamentales, así como en la jurisprudencia emanada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y el Tribunal Constitucional (TC). Su objetivo es desarrollar el marco de protección actual de estos derechos y extraer parámetros interpretativos que sirvan de guía para valorar cuándo una conducta empresarial contraviene lo establecido por estos tribunales. Se examinan aspectos como la discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, creencias religiosas, convicciones u opiniones, edad, discapacidad,

orientación e identidad sexual, expresión de género y lengua. La vulneración de estos derechos en el contexto laboral puede activar el mecanismo de extinción indemnizada bajo el apartado c) del artículo 50.1 del Estatuto de los Trabajadores.

En el Capítulo III se abordan aquellos supuestos que no se ajustan a los dos apartados anteriores debido a la ausencia de algún elemento esencial. Ejemplos de esto incluyen un menoscabo de la dignidad del trabajador sin modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (MSCT), o la falta de pago o retrasos continuados en una compensación no salarial. Dado que la casuística en este apartado puede ser muy diversa, se han seleccionado casos de interés particular para su análisis.

En particular, se examina la problemática relativa a los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTES), debido a su notable relevancia a raíz de la pandemia de COVID-19, así como los casos de falta de alta y cotización, falta de pago delegado del subsidio de incapacidad temporal y falta de pago del complemento de incapacidad temporal. Estos últimos supuestos se destacan por su gran interés práctico, dado el incremento exponencial de casos relacionados con incidencias durante los procedimientos de incapacidad temporal.

El Capítulo IV aborda las notas de gravedad y culpabilidad en el contexto del apartado c) del artículo 50.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET). En este caso, la gravedad está claramente definida en el propio precepto legal, lo que implica que no solo la naturaleza de la extinción indemnizada, dadas sus consecuencias, se reserva para las conductas más graves, sino que esta exigencia es explícita en el tipo. En cuanto a la culpabilidad, sigue siendo irrelevante, como en los apartados anteriores. Sin embargo, se han incluido apreciaciones sobre las posibles fricciones entre culpabilidad, fuerza mayor, caso fortuito y el juicio de imputabilidad del empleador.

El Capítulo V se centra en la negativa a la readmisión del trabajador tras la suspensión del contrato de trabajo, analizando las particularidades que pueden surgir en los casos de excedencia voluntaria y forzosa. Especial mención merecerá en este supuesto la diferencia entre la reserva del puesto de trabajo y el derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que haya o se produzcan en la empresa, así como su relación con la extinción indemnizada derivada de la falta de ocupación efectiva.

El Capítulo VI examina los supuestos en los que el empresario se niega a reincorporar al trabajador en sus condiciones anteriores después de que las modificaciones sustanciales

de las condiciones de trabajo adoptadas bajo los artículos 40 y 41 del ET hayan sido declaradas judicialmente injustificadas.

El Capítulo VII concluye el título con una breve valoración crítica que resume y recopila todas las valoraciones individuales realizadas a lo largo de los apartados tratados previamente.

El Título V, bajo el encabezamiento «Aspectos Procesales y sus Consecuencias», desglosa los aspectos procesales más relevantes relacionados con la acción extintiva a lo largo de 7 capítulos.

En el Capítulo I se presentan precisiones fundamentales para formular la pretensión extintiva ante los tribunales, incluyendo principalmente la modalidad procesal y el plazo para ejercer la acción.

El Capítulo II analiza las medidas cautelares previstas en el artículo 79.7 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), y su relación con la necesidad de continuidad de la relación laboral, característica de la extinción indemnizada. Se examina la introducción de una corriente flexibilizadora por parte de la Sala IV en 2012, que relajó las exigencias sobre la resolución extrajudicial por parte del trabajador, y se analiza detalladamente la posibilidad de resolución extracontractual del contrato por el trabajador.

El Capítulo III justifica la necesidad de recurrir a las medidas cautelares en lugar de optar por la resolución extrajudicial del contrato, que sigue siendo un tema controvertido. Se enfatizan los beneficios de adoptar medidas cautelares, tales como la posibilidad de que el trabajador cese en la prestación de servicios, pero continúe recibiendo salarios y mantenga el derecho a las cotizaciones correspondientes.

El Capítulo IV aborda los principales conflictos que surgen debido a la interacción de diversas circunstancias durante el proceso extintivo. Se analiza la posibilidad de que, tras iniciar la pretensión del artículo 50 ET, se produzca un despido por parte del empleador, así como los escenarios que se presentan cuando se acumulan pretensiones para resarcir vulneraciones de derechos fundamentales. El capítulo concluye con un análisis de la situación jurídica resultante tras la interposición de un recurso de suplicación.

Finalmente, el capítulo V hace un breve repaso sobre el art. 50.2 y analiza la compatibilidad entre indemnización por despido y resarcitoria de derechos fundamentales e indemnización adicional a la legalmente tasada.

3.2. Fuentes formales

Las principales fuentes de información bibliográfica que han sido consultadas a la hora de llevar a cabo la presente tesis han sido aquellas bases de datos accesibles a través de los recursos ofrecidos por la Universidad de Murcia.

A modo ejemplificativo, podemos citar Aranzadi Instituciones, Dialnet, La Ley Digital Premium, Tirant Online o Vlex, las cuales han sido complementadas con multitud de obras escritas que han sido obtenidas a través de la biblioteca de la UMU; bien fuera por tenerlas en su catálogo o por haber sido solicitadas a otras bibliotecas.

En lo referente a la jurisprudencia consultada, ha sido de vital utilidad el tesauro contenido en Aranzadi Instituciones y el clásico buscador del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). En lo referente a la legislación extranjera, hemos tenido que acudir a las bases de datos propias de cada Estado, encontrando principales dificultades para la jurisprudencia alemana, pues los principales portales al efecto —juris, beck-online y haufe— requerían una suscripción anual de pago. Sin embargo, se ha podido tener acceso a las fuentes requeridas a través del portal OpenJur que ofrecía similares servicios pero con carácter gratuito.

En relación a las fuentes legislativas, las mismas han sido fácilmente accesibles a través de las webs de los Ministerios de Justicia de los diferentes países analizados. En algunos de ellos se ha requerido además información adicional a través de comentarios a los referidos artículos que, en la mayoría de los casos, han sido igualmente accesibles en la misma página web.

Los convenios internacionales se han obtenido a través de la web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos o directamente del Boletín Oficial del Estado (BOE) tras su ratificación por el Estado español. Por su parte, la normativa europea se ha obtenido a través de la web oficial de la Unión Europea, del Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) o, directamente del BOE.

TÍTULO I: CUESTIONES GENERALES

1. Contextualización y desarrollo histórico

El derecho del trabajo nació como respuesta a las profundas transformaciones económicas y sociales que trajo consigo la Revolución Industrial en el siglo XIX. Estos cambios provocaron modificaciones drásticas en las relaciones laborales y las condiciones de vida de los trabajadores. Asimismo, esta disciplina también responde a la necesidad de humanizar el trabajo y reconocer la dignidad del trabajador, entendiendo que las relaciones laborales no pueden estar regidas únicamente por las leyes del mercado y la oferta y demanda, sino que deben garantizarse derechos fundamentales que respeten la integridad física y moral de las personas, articulando los mecanismos de defensa necesarios para cuando dicha circunstancia no se respete, siendo uno de los máximos exponentes el art. 50.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Desde la concepción civilista de las relaciones laborales en los proyectos del Código Civil del año 1821 hasta la regulación actual, que permite al trabajador responder frente a incumplimientos graves del empresario con la extinción indemnizada del contrato de trabajo, la legislación española ha sufrido cambios constantes. Ha recibido influencias de la legislación francesa de la época y sus códigos napoleónicos, ha vivido periodos monárquicos, constituciones y sistemas de organización política y de gobierno tan dispares como repúblicas y regímenes dictatoriales. A lo largo de los siguientes apartados se plantea un recorrido histórico sobre la evolución de la institución extintiva desde el proyecto de Código Civil de 1821 hasta la actualidad, centrándonos exclusivamente en lo referente a la resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, tratando de encontrar similitudes con la regulación actual.

1.1. Proyectos legislativos de regulación civil

1.1.1. Proyecto de Código Civil de 1821

El contexto histórico en el que se desarrolló dicho texto legal, que nunca llegó a ver la luz de manera íntegra sino meramente parcial, fue el conocido como Trienio Liberal, que

comprendió el periodo entre los años 1820 a 1823 tras la proclamación por parte del teniente coronel Rafael Riego, el 1 de enero de 2020, de la Constitución de Cádiz[1].

Precisamente, la voluntad de crear un Código Civil, junto con uno penal y de comercio, derivaba del mandato contenido en el art. 258 de la referida constitución: «El código civil y criminal, y el de comercio serán uno solo para toda la monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes»[2]. El proyecto de Código Civil de 1821 constituye uno de los primeros cuerpos normativos donde las notas de dependencia y ajenidad comenzaron a emerger en la normativa legal civilista que, de manera pionera y episódica, trató de regular las relaciones entre el empleador y el empleado[3].

El Capítulo Único del Título IV del Código, bajo la rúbrica «de la condición de superior y dependiente» y desde el artículo 455 al 476, regula las situaciones de dependencia entre el dependiente y su superior. Si analizamos el articulado, se empiezan a vislumbrar algunos cimientos de lo que posteriormente sería el art. 1.124 CC y su trasunto laboral situado en el art. 50 ET. Nos estamos refiriendo principalmente al art. 460, que afirma: «Si el superior o el dependiente faltó al convenio ajustado entre ambos en cosa sustancial, la otra parte tiene derecho a separarse libremente antes del plazo, acreditando la violación del convenio».

Como podemos observar, se regula el incumplimiento como causa resolutoria, pero, como se dirá en numerosas ocasiones a lo largo de este trabajo, no cualquier incumplimiento faculta al trabajador para romper el vínculo con su superior, sino solo aquellos graves o, por usar la terminología empleada en el artículo concreto, los incumplimientos basados en cosa sustancial. Es cierto que ello no implica ningún tipo de sanción económica para el superior incumplidor; sin embargo, dicha consecuencia hubiera sido bastante extraña en el contexto histórico donde nos encontramos.

---

[1] Conforme a lo recogido en el Diario de Sesiones, el Código Civil no llegó a tercera lectura. Sin embargo, atendiendo a distintas fuentes de la Comisión encargada de la redacción, su principal precursor, Nicolás María Garelly, sostuvo el 13 de febrero de 1822 que: «la Comisión había culminado sus trabajos», pese a ello, en la memoria leída a las Cortes en la sesión pública de 26 de octubre de 1836, se concluyó que: «se perdió en los tristes acontecimientos de Sevilla de 1823», de lo que se infiere que nunca llegó a ver la luz.

[2] PETIT CALVO, Carlos. "Los códigos del Trienio liberal. Una exégesis del art. 258 de la Constitución de Cádiz". *Revista Electrónica de Historia Constitucional* [en línea]. 2020, 21, pp. 106-137 [fecha de consulta 20 julio 2024]. ISSN-e 1576-4729.

[3] PETIT CALVO, Carlos. "*Un código civil perfecto y bien calculado. El proyecto de 1821 en la historia de la codificación"*. 1ª Ed. Madrid: Dykinson, 2019. ISBN 978-84-1324-329-0.

1.1.2. Proyecto de Código Civil de 1851

El contexto histórico en el que se desarrolló el proyecto de Código Civil de 1851 se sitúa en el reinado de Isabel II, que había ascendido al trono en 1833 tras la muerte de su padre, Fernando VII. Su reinado estuvo marcado por la inestabilidad política, conflictos internos y la lucha entre los liberales y los conservadores. Superado el Trienio Liberal (1820-1823), la conocida como Década Ominosa (1823-1833) y la vigencia del Estatuto Real (1833-1834), nos encontramos bajo la cobertura jurídica de la Constitución de 1837, que posteriormente sería sustituida por la Constitución de 1845.

Bajo el paraguas de dichas constituciones se constituyeron dos Comisiones Generales de Codificación. La primera surgió entre 1843 y 1846 y estaba formaban por aproximadamente 18 personas, siendo la mayoría distinguidos juristas provenientes de todas las profesiones jurídicas[4]. La segunda, situada en el periodo comprendido entre 1847 y 1851, incorporó nuevos nombres que enriquecieron el acervo intelectual ya de por sí nutrido mediante los miembros que se mantuvieron del primer periodo[5]. La influencia de los juristas que participaron en la codificación fue tal que el proyecto de Código Civil de 1851 ha sido conocido comúnmente como Proyecto García Goyena, a quien se le atribuye la paternidad del mismo, siendo accesoria la participación de Luzuriaga, Bravo Murillo y Sánchez Puig[6].

Los objetivos fueron principalmente tres: i) adaptar la norma a una situación social donde determinados aspectos se encontraban carentes de regulación; ii) contribuir a la seguridad jurídica con unos códigos que se correspondieran con las exigencias constitucionales del momento; y iii) lograr una armonía entre los distintos códigos, tanto el civil con el penal y, estos a su vez con los de procedimiento[7]. En el marco de la extinción indemnizada, nos

[4]Aunque tuvo algunas variaciones, podemos citar a don Manuel Cortina Arenzana en calidad de presidente; como vocales: D. Juan Bravo Murillo, D. Pascual Madoz, D. Manuel Pérez Hernández, D. Luis González Bravo, D. Francisco de Paula Castro y Orozco, D. José María Tejada, D. Manuel Seijas Lozano, D. Domingo María Vila, D. Manuel García Gallardo, D. Claudio Antón de Luzuriaga, D. Manuel de Urbina y Daoiz, D. Javier de Quinto, D. Florencio García Goyena, D. Sirio Álvarez Martínez, D. Domingo Ruíz de la Vega, D. Manuel Ortiz de Zúñiga y D. Joaquín Escriche. En el mes de mayo de 1844 renunció el presidente D. Manuel Cortina y ocupó su lugar D. Juan Bravo Murillo.

[5] La composición estaba conformada por Juan Bravo Murillo como presidente, Florencio García Goyena, Claudio Antón de Luzuriaga, Pedro Jiménez Navarro, Manuel Seijas Lozano y Manuel Pérez Hernández como vocales.

[6] Sobre la cuestión, se recomienda a IÑESTA PASTOR, Emilia. "La Comisión General de Codificación (1843-1997) de la codificación moderna a la descodificación contemporánea". *Anuario de Historia del Derecho Español*. Madrid: Ministerio de la Presidencia, 2013, 83, pp. 65-113 [fecha de consulta 20 julio 2024]. ISSN 0304-4319.

[7] Para ahondar sobre la cuestión, se recomienda RODRÍGUEZ ENNES, Luis. "Florencio García Goyena y la codificación iberoamericana". *Anuario de Historia del Derecho Español.* Madrid: Ministerio de la Presidencia, 2006, 76, pp. 705-726 [fecha de consulta 20 julio 2024]. ISSN 0304-4319.

encontramos ante una situación continuista con el anterior proyecto de 1821 en base a lo dispuesto en su artículo 1.528 cuando señala: «Los menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados por cierto término para cierta obra, no pueden despedirse ni ser despedidos antes del cumplimiento del contrato, sin justa causa. El contraventor será condenado a la indemnización de daños y perjuicios». Como se puede comprobar, concurriendo justa causa puede desistirse el contrato de trabajo, pero no se anuda una indemnización de daños y perjuicios para el perjudicado, sino que esta se reserva únicamente para los casos en los que se abandone el puesto de trabajo sin causa que lo justifique.

1.1.3. Proyecto de Código Civil de 1855

A modo enunciativo, cabe señalar que aproximadamente cuatro años después del Proyecto García Goyena hubo un nuevo intento codificador que tuvo escasa relevancia, pues no solo no llegó a ver la luz, si no que no aportaba prácticamente nada a su antecesor. Coincido con la opinión de algún autor en que este proyecto se servía de las bases sentadas y, lejos de simplificar o profundizar sobre las mismas, complicaba la aplicación práctica de lo avanzado hasta la época[8]. En este contexto, la posibilidad de extinción indemnizada prácticamente ni se valoraba, pues el proyecto no hacía ninguna referencia, por lo que resultaba complicado valorar la posibilidad de acudir a dicho mecanismo resolutorio.

1.2. Código Civil: Analogías entre el art. 1.124 del CC y el art. 50 ET

El 24 de julio de 1889 se promulgó el Real Decreto por el que se publicaba la expresión escrita más importante de nuestro derecho privado. Bajo la regencia de María Cristina, la norma se publicó en *La Gaceta de Madrid* con José Canalejas y Méndez como Ministro de Gracia y Justicia. De esta manera, cristalizaba una vieja aspiración codificadora ya contenida en la Constitución de Cádiz de 1812 y que había sufrido los constantes vaivenes del cambiante clima político y social de la época.

Basado en el Proyecto García Goyena de 1851 y con fuertes influencias napoleónicas, vio la luz un Código Civil que constaba —y consta en la actualidad— de 1.976 artículos, divididos en un título preliminar y cuatro libros[9]. Ante la ausencia de una norma

[8] LÓPEZ JIMÉNEZ, José M. *La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador.* Tesis doctoral. Universidad de Valencia, Valencia, 2015.

[9] A modo ejemplificativo, podemos observar cómo el art. 1 del Código Civil, dedicado a las fuentes del ordenamiento jurídico, toma las ideas de los revolucionarios franceses en su concepción del Estado de Derecho, donde primaba la separación de poderes y el imperio de la ley, lo que comportaba el monopolio de la ley como posible origen de las normas jurídicas, obligando a los jueces y tribunales a su mera aplicación y, en caso de duda, elevarlo a la Asamblea Nacional, pues de lo contrario estarían invadiendo la

estrictamente laboral, el Libro IV del Código Civil, dedicado a las obligaciones y contratos, fue la normativa de cabecera que rija la prestación de servicios entre empleado y empleador durante el lapso desde su promulgación hasta la entrada en vigor del Código del Trabajo.

El art. 1.124 CC tiene vital importancia dado que sostiene las bases sobre las que se fundamentará la extinción indemnizada en sede laboral: en caso de que una de las partes no cumpla lo obligado, el perjudicado podrá optar entre exigir el cumplimiento o pedir la resolución de la obligación por incumplimiento —en cualquiera de los dos supuestos, con derecho a indemnización por daños y perjuicios[10]—. Se ha discutido en el plano doctrinal sobre la equivalencia, o no, de la resolución en el plano civil y la resolución en el plano laboral; o dicho de otro modo, si verdaderamente es comparable el art. 1.124 CC con el art. 50.1 ET. Si nos situamos en un planteamiento de máximos, está claro que no son lo mismo, pues el art. 1.124 CC está situado en el marco del derecho privado y el art. 50 ET en un contexto de especialidad propio del ET. Partiendo de aquí, las diferencias pueden ser incontables[11]. Sin embargo, no hay otra figura en sede civilista que se asemeje a la extinción indemnizada del contrato de trabajo más cercana que la precitada norma civil. Tal vez pueda sostenerse que el supuesto del apartado a) del art. 50.1 ET es asimilable a la rescisión del art. 1.290 CC por el hecho de que no se produzca un incumplimiento como tal, pero en el resto de supuestos la analogía es clara. No obstante, se comentará con profundidad en el apartado al efecto.

Otro aspecto que puede ser objeto de discusión es el relativo a las facultades que confieren ambos artículos, a la parte que sí ha cumplido sus obligaciones. Se suele decir que el art.

parcela de poder propia del legislativo. En la práctica, bajo la vigencia de la Constitución de Cádiz, se comprobó que dicha concepción era inviable y finalmente se atribuyó a los jueces y tribunales la obligación de interpretar y completar las leyes, una concepción acogida por el art. 4 del Código Napoleónico, tal y como señala el Capítulo I del actual Código Civil y de forma muy pormenorizada se analiza en DE PABLO CONTRERAS, Pedro, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José y URREA CORRES, Mariola. *Código Civil comentado.* 2.ª Ed. Navarra: Aranzadi, 2016. ISBN 978-84-9099-408-5.

[10] Como se sabe, el artículo reza así: «La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que la autoricen para señalar plazo. Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria».

[11] En tal sentido, como se indica en SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. *El Artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. 1.ª Ed. Navarra: Aranzadi, 2001, pp. 30-31. ISBN 978-84-8410-540-4, podemos citar que en sede laboral no es necesario probar los daños y perjuicios, sino que se presumen directamente una vez constatado el incumplimiento o que el plazo laboral es de un año frente a la acción civil que se extiende hasta los cinco años.

1.124 CC tiene la posibilidad de extinguir y resarcir, mientras que el art. 50.1.b) ET, por ejemplo, requiere accionar por separado la extinción y la reclamación de cantidad. Sin embargo, ese planteamiento está superado conforme a lo dispuesto en el art. 26.3 ET, que permite la acumulación de la reclamación de cantidad a las pretensiones extintivas fundamentadas en el art. 50.1.b) ET, sin perjuicio de que en sede civil haya contratos de tracto único, frente a los de tracto sucesivo del ámbito laboral[12]. En definitiva, sin negar que existen diferencias por el mero hecho de que ambos preceptos tienen un ámbito de aplicación objetivo y subjetivo distinto, considero que es correcto sostener, como hacen la gran mayoría de autores y con asiduidad en las resoluciones, que el art. 50.1 ET es el trasunto laboral del art. 1.124 CC[13].

1.3. Proyectos de regulación laboral

1.3.1. Proyecto de Ley de Contrato de Trabajo de 1905

Uno de los primeros proyectos relativos a la futura Ley de Contrato de Trabajo tuvo lugar en el año 1905 y fue impulsado por el Instituto de Reformas Sociales, creado en 1903 por el Gobierno conservador de Francisco Silvela. Estaba compuesto por 36 artículos e inspirado tratadistas extranjeros de la época y proyectos similares de los principales países del entorno. Además, fue objeto de un detallado debate en sede parlamentaria donde se discutieron a el alcance y contenido de determinados preceptos.

En lo referente al objeto de esta investigación, encontramos que la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo por parte del trabajador, fundamentando dicha decisión en un incumplimiento grave del empresario, se recoge en el art. 26: «El obrero tendrá el derecho de rescisión: por injurias o malos tratamientos por parte del patrono o sus dependientes, por falta de pago o de puntualidad en el abono de la remuneración convenida, por exigirle el patrono trabajos distintos del pactado, y por la modificación del reglamento establecido para el trabajo al celebrarse el contrato, o por incumplimiento del mismo en lo relativo a las horas de entrada y salida del trabajo». Como podemos observar, las causas del proyecto son muy parecidas a las que se recogen actualmente como causa extintiva: las injurias y malos tratos, pues parece lógico inferir una gravedad

[12] GONZÁLEZ DE PATTO, Rosa Mª. *La dimisión provocada. Configuración y régimen jurídico del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores.* 1.ª Ed. Granada: Comares, 2009, pp. 16-17.

[13] Cfr. STSJ Andalucía 4481/2024, de 16 de mayo (Rec. 1150/2022); STSJ Cataluña 7379/2023, 18 de julio (Rec. 624/2023); STSJ Aragón 860/2023, de 10 de julio (Rec. 453/2023), entre tantas otras que al abordar la cuestión reproducen la STS 4593/2009, de 10 de junio (Rec. 2461/2008) cuando señala: «No hay que olvidar que el art. 50 ET no deja de ser trasunto laboral del art. 1.124 CC, que permite al perjudicado por el incumplimiento ajeno "escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos"».

implícita en dichas conductas; la falta de pago o de puntualidad, como elemento central de la prestación de servicios; y las modificaciones de las condiciones pactadas, bien sea por referencia al reglamento en términos generales o a la hora de entrada y salida de manera explícita.

En relación con los motivos, conviene traer a colación algunos aspectos de la discusión parlamentaria. Durante la sesión celebrada el 26 de abril de 1905, Largo Caballero propuso que constara expresamente la referencia al incumplimiento por parte del patrón de las horas de entrada y salida en dicho artículo, lo cual fue aceptado. Por el contrario, Ormaechea propuso la posibilidad de modificar el precepto de tal manera que no procediera la rescisión cuando se tratase de faltas que tuviera señalado en el reglamento de la industria otra sanción que no el despedir al obrero; sin embargo, tal proposición fue desestimada[14].

Sobre la indemnización derivada del incumplimiento, el art. 28 del proyecto fijaba la misma cantidad con independencia de quién hubiera llevado a cabo el incumplimiento: «Tanto el patrono como el obrero, han de indemnizar a la otra parte los perjuicios que la irroguen por el incumplimiento de las obligaciones contraídas». El principal problema que se deriva de este precepto es que no aporta unas reglas claras para la determinación de la cuantía, ya que los daños y perjuicios irrogados pueden ser de muy diversa índole y no todos deben tener cabida en dicha conceptualización. En el lado obrero, la previsión contenida en el art. 29 le otorgaba cierta seguridad frente a posibles represalias o presiones por parte del empresario, ya que una vez constatada la causa, no le estaba permitido renunciar a la indemnización que pudiera corresponderle, y esto concuerda plenamente con lo dispuesto en el art. 3.5 del actual ET, que proscribe la disposición por parte de los trabajadores de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones de carácter necesario, como es el caso de la indemnización por despido.

1.3.2. Proyecto de Ley de Contrato de Trabajo de 1908

Tras el primer proyecto del año 1905, el 30 de mayo de 1908 se publicaría en *La Gaceta de Madrid*, en la 1016, el Proyecto de Ley de Contrato de Trabajo. Tal proyecto fue

[14] Tomando la descripción aportada por MONEREO PÉREZ, José L., "GARCÍA ORMAECHEA, R. (1876-1938): Del reformismo democrático iussocialista al reformismo social conservador en la política de Seguridad Social". *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum.* 2018, 14, pp. 283-301, p. 14. [fecha de consulta 27 julio 2024]. ISSN 2386-7191, cabe definir a D. Rafael García de Ormaechea y Mendoza como un abogado, político y autor español especialmente implicado en la política de reforma social, con énfasis en la elaboración de las primeras leyes sociales, como es el caso de la Ley de Accidentes de Trabajo (1900) y la Ley de Descanso Dominical, entre otras.

remitido a las Cortes por el ministro de la Gobernación Juan de la Cierva y Peñafiel, con el ánimo de que el nuevo borrador llevado a cabo por el Instituto de Reformas Sociales conformara la definitiva regulación del contrato de trabajo. Se componía de 12 artículos y el correspondiente a la extinción indemnizada era el art. 10: «Serán causas justas para el obrero: la infracción del contrato por parte del patrono, en las mismas condiciones que el párrafo anterior determina; las injurias y malos tratamientos por parte del patrono o de sus dependientes, y la modificación introducida por el patrono, sin su consentimiento, en las condiciones generales o especiales del contrato».

En comparación con el artículo de 1905, se había eliminado la referencia expresa propuesta por Largo Caballero en referencia al incumplimiento de los horarios acordados por parte del patrono. Sin embargo, consideramos que dicha contingencia queda cubierta por la referencia a las condiciones generales o especiales del contrato. Llegados a este punto, resulta confusa la redacción, pues el art. 10 comienza señalando lo siguiente: «El contrato de trabajo podrá rescindirse sin indemnización: […] 4) por justa causa». Y, tal y como hemos mencionado, los incumplimientos graves del empresario son considerados causas justas, lo que nos lleva a plantearnos si es voluntad del legislador permitir la ruptura del vínculo contractual sin derecho a indemnización alguna. Mi posición al respecto es clara y, tal y como está redactado el precepto, no cabe reclamar indemnización al respecto. Podrá salvarse dicha consecuencia acudiendo a algún tipo de interpretación conceptual, histórica o teleológica, pero la gramatical excluye esa posibilidad. Algún autor, con cierta precisión, ha definido tales interpretaciones como «retorcidas», un calificativo adecuado para una interpretación tan forzada que viene a producir un efecto absolutamente contradictorio con el que se deduce del texto normativo[15].

1.3.3. Proyecto de Ley de Contrato de Trabajo de 1919

Con el ánimo de superar el dogma sagrado de la justicia individual por la justicia, o dicho de otro modo, de convertir el derecho privado individual en un derecho privado social que sustituya la idea de exclusión por la de relación, se presentó el 14 de noviembre del año 1919 el Proyecto de Ley sobre el Contrato de Trabajo ante las Cortes por parte del ministro de Gobernación Manuel de Burgos y Mazo. Estaba formado por 107 artículos que se dividían en 4 títulos y 9 capítulos, quedando encuadrada la posibilidad de extinguir

[15] LÓPEZ JIMÉNEZ, José M., Bibl. cit., 2015.

el contrato de trabajo por voluntad del trabajador basado en un incumplimiento grave del empresario en el art. 91.

1.4. El Código del Trabajo de 1926

La dictadura de Miguel Primo de Rivera en España abarcó entre el 13 de septiembre de 1923 hasta el 28 de enero de 1930. Primo de Rivera gobernó inicialmente como un directorio militar y posteriormente estableció un directorio civil en un intento de institucionalizar su régimen. Su gobierno terminó cuando perdió el apoyo del rey Alfonso XIII y del ejército, lo que llevó a Primo de Rivera a dimitir y al exilio.

Cuando el régimen designó a Eduardo Aunós como subsecretario del Ministerio de Trabajo, Comercio e Industria, le encomendó la tarea de compilar en un texto legal todas las normas laborales de gobiernos anteriores[16]. El impulso hacia la codificación comenzó con la formación de una comisión, establecida por Real Orden el 22 de febrero de 1924, que incluía a representantes del Cuerpo Jurídico Militar, del Jurídico de la Armada, científicos, obreros y patronos. Desde una perspectiva jurídica, este esfuerzo representó la primera y única manifestación en España, hasta la fecha, de la voluntad de codificar las leyes laborales. Desempeñó un papel crucial en la transición de la legislación laboral hacia un conjunto normativo coherente y unificado, estableciendo así el derecho obrero como una regulación integral de las relaciones laborales[17].

El Código de Trabajo tenía como objetivo ser un cuerpo legal estructurado, coherente y bien organizado, representando una legislación unificada. Sin embargo, no cubría todo el ámbito del derecho laboral, ya que era un código parcial[18]. Estaba compuesto por 499 artículos y una Disposición Transitoria. Se dividía en cuatro grandes bloques: i) el contrato de trabajo, ii) el contrato de aprendizaje, iii) los accidentes del trabajo como posible efecto o consecuencia del riesgo profesional dentro del contrato y iv) los Tribunales industriales en calidad de órganos encargados de la aplicación e interpretación del Derecho.

[16] MARTÍN VALVERDE, Antonio. *La Legislación social en la historia de España de la revolución liberal a 1936.* 1.ª Ed. Madrid: Congreso de los Diputados, 1987. ISBN 978-84-505-6534-0.
[17] ESPUNY TOMÁS, María Jesús. "La labor del Ministerio de Trabajo durante la dictadura de Primo de Rivera (1923-1931)". *Sociología del Trabajo.* 2021, 99, pp. 167-184 [fecha de consulta 27 julio 2024]. ISSN 0210-8364.
[18] Excluía leyes significativas de la época, como las relacionadas con el descanso dominical, la protección de mujeres y niños o la inspección laboral.

Dentro del bloque primero, en su capítulo III y más concretamente en el art. 22, encontramos las justas causas a favor del obrero para dar por terminado el contrato antes del plazo del vencimiento y se recogen de manera literal las siguientes:

> «1º La falta de pago de la remuneración en el plazo y forma convenidos.
>
> 2º La falta de cumplimiento de cualquiera de las demás condiciones estipuladas en beneficio del obreros.
>
> 3º Los malos tratamientos o la falta grave al respeto y consideración debidas al mismo por parte del patrono, de su familia, de sus representantes, de sus obreros o dependientes».

Llama especialmente la atención la similitud del apartado 1º con el actual apartado b) del art. 50.1 ET, que se ha mantenido prácticamente inalterado en cuanto al fondo, cambiando meras cuestiones gramaticales. En relación con el apartado 2º podríamos decir, apriorísticamente, que sería susceptible de encajar en el apartado c), ya que al no hacer referencia al menoscabo de la dignidad, resulta un poco forzada su inclusión en el apartado a) actual. Finalmente, el apartado 3º tendría un sencillo encaje en el apartado c), ya que las ofensas verbales y los malos tratos por parte del empresario y los sujetos mencionados serían susceptibles hoy día de fundamentar el recurso a la extinción indemnizada.

Se echa en falta alguna referencia a una posible indemnización extintiva en favor del trabajador, que no se recoge e impide la posibilidad de solicitar la misma, pues al final el empresario incumplidor podía sustituir al trabajador; sin embargo, este se encontraba en la siempre aflictiva situación de aquel trabajador que pierde su puesto al efecto. En definitiva, a pesar de que se trataba de una normativa laboral, su regulación seguía siendo civilista. No se puede negar que se propugnan aspectos tales como la dependencia y ajenidad, pero la esencia iusprivatista sigue impregnando las relaciones laborales y la balanza se sigue decantando en la gran mayoría de ocasiones, por no decir todas, en favor del patrón.

1.5. La Ley del Contrato de Trabajo

1.5.1. Ley del Contrato de trabajo de 1931

Las elecciones municipales del 12 de abril de 1931 se transformaron en una consulta popular sobre la instauración de la república. El Partido Republicano-Socialista obtuvo la victoria en la mayoría de los municipios del país. Al día siguiente, el 13 de abril, se

organizaron manifestaciones en todo el territorio nacional en apoyo a la república y, finalmente, el 14 de abril marcó la proclamación de la II República. A finales de ese mismo año, el 9 de diciembre, se proclamó la Constitución de 1931, que supondría un significativo avance para las ideas socialistas y un acontecimiento trascendental en la historia política de España[19].

Una vez proclamada una Constitución de corte progresista, sería lógico intuir que las leyes que se promulgaran *a posteriori* beberían de sus ideales y, más concretamente, que la posición jurídica del trabajador en el marco de las relaciones laborales se vería reforzada fruto de esa nueva conceptualización del derecho del trabajo. Sin embargo, la realidad es que la Ley del Contrato de Trabajo de 1931 se presentó en las Cortes el 8 de octubre y fue aprobada el 21 de noviembre de ese mismo año: la Ley nació con unos ideales o una carga ideológica que posteriormente se refrendaría en el texto de la Carta Magna[20].

La norma estaba compuesta por 94 artículos y una Disposición Adicional divididas en siete capítulos: i) Definición, objeto y sujetos del contrato de trabajo, ii) Limitación de la libertad contractual, iii) Clases, requisitos y efectos del contrato de trabajo, iv) Modalidades especiales del contrato, v) Obligaciones del trabajador, vi) Obligaciones del patrono, y vii) Cesación del contrato de trabajo.

En lo referente a la extinción del contrato con justa causa por parte del trabajador, debemos situarnos en el art. 89.7 de la Ley, que afirmaba: «Se estimarán causas justas para que el trabajador pueda dar por terminado el contrato las siguientes: Falta grave al respeto y consideración debidas o malos tratamientos por parte del patrono, de sus representantes, de sus obreros o de sus dependientes; Falta de pago o de puntualidad en el abono de la remuneración convenida; Exigirle el patrono trabajo distinto del pactado, salvo en los casos de urgencia prescritos en esta ley; modificación del Reglamento establecido para el trabajo, al celebrarse el contrato, o incumplimiento del mismo».

[19] Junto a la Constitución de Cádiz de 1812 y la de 1869, se considera una de las constituciones más progresistas del país.

[20] En apoyo a la afirmación de que la Ley contenía una importante carga ideológica encontramos las palabras de su valedor, el ministro Largo Caballero, en su comparecencia ante las Cortes: «Es la obra de un socialista, pero no es una obra socialista. Es la obra de un socialista que con ideales avanzados colabora desde hace treinta años con las clases capitalistas para arrancarles gradualmente por medios legítimos, suministrados por los mismos principios de la economía y el derecho que ellos invocan, sus ya imposibles privilegios». Se puede consultar la comparecencia completa en el Preámbulo al proyecto de Ley sobre el Contrato de Trabajo contenida en el Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, de 8 de octubre de 1931, apéndice 4.

Como podemos observar, a pesar del marcado carácter progresista y de reforzamiento de la posición obrera de la norma, en materia de extinción indemnizada arrastraba los mismos defectos que sus antecesores, ya que no se contemplaba la posibilidad de otorgar al trabajador una cantidad económica que le dejara indemne frente a las conductas reprobables y descritas por parte del empresario. Sin perjuicio de ello, hay que reconocer un cierto avance en materia indemnizatoria, pues como bien afirma algún autor, en el art. 56 ya se recogía un derecho de crédito, en forma de salario correspondiente al periodo de vacaciones, a favor del obrero, cuando la decisión extintiva del patrón se había tomado por causa imputable al mismo[21].

1.5.2. Ley de Contrato de Trabajo de 1944

El inicio de la dictadura franquista en España marcó el fin de la II República tras la cruenta Guerra Civil que se desarrolló entre 1936 y 1939. Con la victoria de las fuerzas sublevadas lideradas por el general Francisco Franco, se instauró un régimen autoritario que pondría fin a los ideales republicanos de democracia y progreso social. La caída de Madrid en marzo de 1939 simbolizó el colapso definitivo de la República, dando paso a un gobierno caracterizado por la represión política, el control social y la eliminación de las libertades civiles.

Una de las primeras y principales leyes promulgadas durante este periodo fue el Fuero del Trabajo de 1938, cuya aportación más notoria sería la creación de la Magistratura del Trabajo y los Sindicatos Verticales. Sin embargo, a efectos de analizar la posibilidad de extinción causal por parte del trabajador, el Fuero del Trabajo tuvo una ínfima repercusión en la materia, por no decir ninguna, y no sería hasta el año 1944 cuando se promulgó la Ley de Contrato de Trabajo, con la rúbrica del ministro de Trabajo José Antonio Girón de Velasco, que derogaba la de 1931[22].

Dicha Ley se componía de 83 artículos divididos en 8 capítulos y una cláusula derogatoria. La posibilidad de que el trabajador extinguiera el contrato de trabajo ante un incumplimiento del empresario venía recogida en el art. 78: «Se estimarán causas justas para que el trabajador pueda, por su voluntad, dar por terminado el contrato, las

[21] Vid. LÓPEZ JIMÉNEZ, José M. *La extinción causal del contrato de trabajo por iniciativa del trabajador*. 1.ª Ed. Madrid: Dykinson, 2022, p. 54. ISBN 978-84-1122-175-7.

[22] Dicha promulgación se llevó a cabo a través del Decreto de 26 de enero de 1944, tras cumplir todos los trámites señalados al efecto por la Ley de 14 diciembre de 1942, por la que se autorizaba a publicar los textos laborales refundidos por la Comisión Recopiladora y Refundidora de la Legislación Social, creada por Decreto de 14 de marzo de 1942.

siguientes: a) los malos tratos de palabra u obra o la falta grave de consideración por parte del empresario o de su representante o empleados, al trabajador o persona de su familia que con él vivan b) La falta de pago o de puntualidad en el abono de la remuneración convenida c) Exigir el empresario trabajo distinto del pactado, salvo en los casos de urgencia prescritos en la Ley d) Modificación del Reglamento establecido para el trabajo al celebrar el contrato o incumplimiento del mismo e) Cualquier otra causa análoga o semejante a las anteriores que el Magistrado de Trabajo estime justificada, por ser reveladora de una situación depresiva o vejatoria para el trabajador».

En términos de técnica legislativa resulta relevante la apertura causal del apartado e), en tanto que permite al juzgador analizar caso por caso las vicisitudes existentes en el marco de la relación laboral y el acceso a la extinción indemnizada en aquellos supuestos que no hayan sido expresamente contemplados de manera específica en la norma. La prueba está en el hecho de que, aún hoy en día, se sigue manteniendo la fórmula de la analogía en el actual art. 50.1.c) ET, lo que indica que fue una apuesta acertada.

1.6. La Ley de Relaciones Laborales de 1976

El 21 de abril de 1976 se publicó en el BOE la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Labores. El contexto histórico nos sitúa en el periodo relativo a la transición española, que transcurre desde la muerte del general Francisco Franco el 20 de noviembre de 1975 hasta el mes de octubre de 1982, con la victoria del Partido Socialista Obrero Español en las elecciones generales[23]. Dicho cuerpo normativo estaba compuesto por 35 artículos divididos en 10 Secciones y tres Disposiciones Finales, 10 Disposiciones Adicionales y dos Disposiciones Transitorias, bajo la rúbrica del presidente de las Cortes Torcuato Fernández-Miranda y Hevia. Sin perjuicio de compartir la idea de determinada doctrina científica de renombre de que la Ley de Relaciones Laborales «nació vieja», respecto la institución de la extinción indemnizada introdujo aspectos de cierta relevancia que aún perviven, aunque también tuvo modificaciones que tal vez no fueron muy proclives a facilitar el recurso a la extinción indemnizada por parte del trabajador.

Tal posibilidad se encontraba en el art. 21.2 y rezaba así: «El trabajador podrá solicitar la resolución del contrato de trabajo, con derecho a indemnización como si se tratase de

[23] Dicha cuestión es controvertida puesto que no existe, como tal, una fecha exacta en la que se pueda sostener que acabó definitivamente el proceso de transición en España. A nuestro juicio, tuvo lugar en 1982 con las elecciones generales que ganó el PSOE. Sin embargo, también se ha considerado que la fecha debe fijarse en el 31 de octubre de 1978 con la entrada en vigor de la actual Constitución, y hay otra corriente partidaria de fijarla en el 1 de enero de 1986, la fecha en la que, oficialmente, España pasó a formar parte de la Comunidad Económica Europea (CEE).

despido improcedente, cuando entre otros supuestos legalmente reconocidos, se produzcan modificaciones en las condiciones de trabajo que sean sustanciales o que puedan redundar en perjuicio grave de su formación profesional o en menoscabo notorio de su dignidad». Del análisis se pueden extraer dos conclusiones y un interrogante, ya que parece claro que el elenco de causas susceptibles de posibilitar al trabajador la extinción del contrato de trabajo ha mermado respecto a redacciones anteriores, pero no podemos obviar que, por primera vez, se cuantifica de manera clara cuál es el importe correspondiente que debe ser abonado al trabajador por tal concepto y este es el equivalente al despido improcedente.

Ahora bien, a lo largo del articulado de la Ley no se encuentra ni una sola vez la palabra «improcedente», por lo tanto, nos encontramos ante un obstáculo conceptual, porque parece claro que quiere referirse al importe contenido en el art. 35.4 LRL, pero en dicho precepto se hace referencia a una compensación económica sustitutiva de la readmisión, mientras que en el art. 21 se define expresamente como indemnización por despido improcedente. En términos de técnica legislativa no parece adecuado dar distinta nomenclatura a conceptos que son idénticos, pues puede dar lugar a equívocos; no obstante, dicha problemática puede ser salvada con una interpretación integradora de la norma.

Finalmente, cabe destacar la expresión «podrá solicitar», pues aún hoy en día se sigue discutiendo sobre la necesidad de que sea el juez, de manera exclusiva y excluyente, el único capaz de romper el vínculo laboral, o si puede hacerse de manera unilateral por el trabajador y sujetar dicha decisión a control judicial *a posteriori* como si de una resolución contractual civil se tratase. Por todo ello, si bien es cierto que la Ley no satisfacía en términos generales las exigencias laborales de la época, en el marco de la extinción indemnizada sí que fue ciertamente novedosa, pues incluso en su aspecto más negativo —la restricción de los motivos que facultan al trabajador para solicitar la extinción— le resultaba un elemento de descargo el hecho de seguir manteniendo una cláusula abierta que permitiera subsumir conductas empresariales lesivas y no reconocidas de manera expresa.

1.7. El Estatuto de los trabajadores

1.7.1. Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores

Tras la entrada en vigor de la Constitución española el 29 de diciembre de 1978, la necesidad de desarrollar un estatuto de los trabajadores conforme a los principios

constitucionales se convertía no solo en una necesidad para dar respuesta a las vicisitudes laborales de la época, sino en un mandato constitucional recogido en el art. 35.2 CE: «La ley regulará un estatuto de los trabajadores». El texto estaba compuesto por 92 artículos divididos en 3 Títulos, 21 Secciones y 9 Capítulos junto con 6 Disposiciones adicionales, 5 Disposiciones transitorias y 9 Disposiciones finales, todo ello bajo la rúbrica del Presidente del Gobierno D. Adolfo Suárez González[24]. El referido precepto, en su redacción original, afirmaba:

> «Uno. Serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato:
>
> a) Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad. b) La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado. c) Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor.
>
> Dos. En tales casos, el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente».

Como se puede observar, el precepto es prácticamente idéntico al que está en vigor, con las salvedades de que ya no hay una referencia expresa en el apartado a) a la formación profesional, y que se incluye una mención explícita a la negativa del empresario a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados, como causa específica de extinción.

La promulgación de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, tuvo un fuerte impacto en la redacción inicial del articulado, y el art. 50.1 ET no fue ajeno. Dicha Ley modificó el apartado c) para incluir la mención a los arts. 40 y 41 en los términos expuestos en el apartado anterior.

[24] Tal y como se recoge en VIDA SORIA, José. "Todavía sobre el Estatuto de los Trabajadores (1980-2000)". *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. Granada: Civitas, 2000, 57, pp. 25-26. ISSN 0213-0750, la realidad es que iba a haber un Título adicional dirigido a los procedimientos de composición de conflictos colectivos de trabajo que sustituiría al RDL 4/1977, pero finalmente se desechó tal posibilidad en el transcurso de las negociaciones.

Como cláusula de cierre, cabe señalar que, cuando analizamos las modificaciones legislativas que han afectado a dicho artículo, no podemos centrarnos solo en aquellos cambios producidos en el precepto específico, pues al tratarse de un artículo que se remite a otros para colmar las exigencias de subsunción, parece claro que la alteración de aquellos puede tener una relevancia indirecta. A modo ejemplificativo, un cambio legal en la regulación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, indirectamente, afecta al marco de la extinción indemnizada, pues esta se vale de aquella para definir la conducta del apartado a). El análisis detenido y exhaustivo podría desbordar el objeto de esta investigación, por lo que se deja enunciada y nos remitimos a la doctrina especializada en la materia que ha tratado con rigurosidad y detalle dicho ámbito[25].

1.7.2. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

El art. 82 de la CE recoge la posibilidad de que el Gobierno dicte una norma con rango de Ley para refundir diversos textos legales sobre una materia determinada, no sujeta a reserva de ley orgánica, con base en una delegación legislativa efectuada por las Cortes Generales mediante ley ordinaria. Esto fue precisamente lo que ocurrió con la publicación en el BOE, el 23 de marzo de 1995, de Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. La habilitación legal al Gobierno vino dada por la Disposición Final Séptima de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas, y de Orden Social, que le otorgaba un plazo de tres meses para llevarlo a cabo.

Así, el texto refundido se compuso de 97 artículos divididos en 4 Títulos, 21 Secciones y 11 Capítulos junto con 14 Disposiciones adicionales, 11 Disposiciones transitorias, 5 Disposiciones Finales y una Disposición Derogatoria, todo ello bajo la rúbrica del ministro de Trabajo y Seguridad Social José Antonio Griñán Martínez. Tratar de buscar novedades legislativas en el contexto de un texto refundido puede llegar a ser infructuoso, ya que la delegación legislativa se enfoca en dos vertientes:

a) Bien para, únicamente, reformular un texto individualizado y unificar leyes dispersas —es decir, agrupar diversas leyes en un solo cuerpo normativo—;

[25] BORRAJO DACRUZ, Efrén. Jornada laboral, movilidad y modificación de condiciones de trabajo. En: Efrén BORRAJO DACRUZ, Efrén, coord. *La reforma del Estatuto de los trabajadores: (Ley 11/1994, de 19 de Mayo, y normas concordantes).* 1ª Ed. Madrid: Edersa, 1994. ISBN 978-84-7130-813-4.

b) Bien aclarar, regularizar o armonizar el tenor de los textos legales objeto de refundición, que en cualquier caso no podrán apartarse de manera somera del tenor literal de la norma o de la interpretación dada por la jurisprudencia.

En ninguno de los dos supuestos se valora la posibilidad de incluir un elemento novedoso en el texto literal de la norma, por lo que no puede esperarse, *a priori*, la existencia de una innovación en el sentido de tener suficiente calado como para ser elevada a la categoría de reforma, o que tenga tal intensidad que nos permita hablar de un cambio de régimen jurídico[26]. En caso de existir, nos encontraríamos ante una extralimitación de la delegación legislativa *ultra vires*, y su consecuencia directa es la inaplicación de la norma objeto de modificación[27].

Por eso, la propia naturaleza jurídica de la norma implica que no haya ninguna novedad reseñable respecto a la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, pues la redacción literal se mantuvo incólume en los mismos términos de la modificación previa operada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Sin perjuicio de lo anterior, las modificaciones posteriores hechas sobre el texto refundido sí que afectaron a la norma. Así, el art. 12.2 del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y la posterior Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, también en su art. 12.2, modificaron lo dispuesto en el art. 50.1.a) ET.

De esta manera, donde se decía: «1. Serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato: a) Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad», pasaría a decirse: «1. Serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato: a) Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 de esta Ley y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador». Sobre el alcance y contenido de la

[26] Vid. STC 194/200, de 19 de julio (Rec. 1404/89) contra la Disposición adicional cuarta de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, que regula el tratamiento fiscal de las diferencias de valor resultantes de la comprobación administrativa. En ella se insiste por parte del Tribunal en la imposibilidad de reconocerle capacidad innovadora propia a la delegación legislativa típica de un texto refundido.

[27] Vid. STS 1945/2001 (Rec. 8050/1996), cuando señala: «La autorización otorgada […] para regularizar, aclarar y armonizar la legislación vigente sobre derechos pasivos, no alcanzaba a la modificación sustancial de las normas a refundir, si tal modificación implicaba una limitación o supresión de derechos por aquella concedidos».

modificación nos detendremos en el apartado correspondiente, sin embargo, sirva de anticipo que la eliminación de la referencia a la formación profesional caería en saco roto, pues los tribunales pasarían a subsumirla dentro de los supuestos incluidos en el concepto de «menoscabo de la dignidad del trabajador».

1.7.3. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

Con fecha de 30 de octubre de 2014 se publicó la Ley 20/2014, de 29 de octubre, por la que se delega en el Gobierno la potestad de dictar diversos textos refundidos, en virtud de lo establecido en el artículo 82 y siguientes de la Constitución española. En virtud del art. 1.d) de dicho cuerpo normativo, se autorizaba al Gobierno para integrar, en el plazo de 12 meses, dentro del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, una serie de normas laborales —que no se van a mencionar expresamente puesto que su extensión es notoria—, y una vez integradas, proceder a su debida aclaración y sistematización, en su caso.

El art. 2 de la Ley 20/2014 establecía que una vez llevada a cabo la tarea de refundición, los reales decretos legislativos que se dictaran incluirían la derogación expresa de las normas que hubieran sido objeto de refundición, así como de aquellas disposiciones reglamentarias dictadas en aplicación y desarrollo de las mismas que resultaran incompatibles con la refundición. Así comienza el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. En su Exposición de Motivos nos recuerda la habilitación mencionada anteriormente: en su artículo único, se aprueba el nuevo texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; y en su Disposición Derogatoria, como el propio nombre indica, acuerda derogar todas las normas refundidas y, especialmente, el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores que había regido hasta el momento.

En ese momento nace el actual Estatuto de los Trabajadores tal y como lo conocemos. Está compuesto por 92 artículos divididos en 3 Títulos, 22 Secciones y 9 Capítulos junto con 28 Disposiciones adicionales, 13 Disposiciones transitorias y 2 Disposiciones Finales, todo ello bajo la rúbrica de la ministra de Empleo y Seguridad Social Fátima Báñez García. Desde su aprobación, el texto ha sufrido más de 30 modificaciones y ninguna de ellas ha incidido de manera directa sobre el art. 50. Sin embargo, sería injusto decir que la institución resolutoria no ha recibido modificaciones, ya que aspectos tales

como la movilidad geográfica —que puede ser subsumida dentro del apartado a) del art. 50.1 ET— sí se ha visto alterada, lo que indirectamente ha afectado a la institución resolutoria[28].

1.8. Propuestas en términos de *lege ferenda*

En el tintero han quedado algunas propuestas modificativas que finalmente no han visto la luz, como la contenida en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, en su Disposición Final 4.ª, que recogía una modificación en el art. 50.1.b) del ET por la que se incluía, específicamente, cuándo debe entenderse que concurre la gravedad necesaria para acudir a la extinción indemnizada en los supuestos de falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado en base al cuerpo jurisprudencial desarrollado por la Sala IV. Entendemos que dicha que modificación hubiera sido óptima en términos de seguridad jurídica y hubiera contribuido a atajar la cuestión por medio de la positivización de los criterios del Tribunal Supremo, sin embargo, hubiera aportado poco en términos prácticos, pues los criterios de la Sala IV están ampliamente aceptados por todas las Salas de los TSJ nacionales y no suele generarse una gran conflictividad o inseguridad jurídica, pues los criterios temporales están claros.

En otro orden de cosas, con fecha de 29 de julio de 2024, el Comité Europeo de Derechos Sociales, a instancias del sindicato Unión General de Trabajadores (UGT), ha hecho público su fallo por el que concluye que la indemnización por despido improcedente en España ni es disuasoria ni protege al trabajador[29]. Recordemos que esta fue objeto de modificación a la baja, con eliminación de los salarios de tramitación, en el año 2012 por medio del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Ello implicará a buen seguro un cambio en la legislación en lo referente a la indemnización por despido, lo que afecta a la extinción indemnizada por la vía del art. 50.2 ET. En este sentido, cabe preguntarse si no es un buen momento para dotar una indemnización autónoma, y no por remisión, a la resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, fundada en un incumplimiento grave del empresario,

[28] Se modificó el apartado 4, con efectos desde el 7 de octubre de 2022, por la disposición final 14.2 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, y se modificaron los apartados 4 y 5 por la disposición final 14.6 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

[29] A fin de ahondar sobre la cuestión, se recomienda la lectura de LAHERA FORTEZA, J. *Consecuencias jurídicas de la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales en la indemnización de despido improcedente* [en línea] [fecha de consulta 9 julio 2024]. Disponible en: https://www.aedtss.com/consecuencias-juridicas-de-la-decision-del-comite-europeo-de-derechos-sociales-en-la-indemnizacion-de-despido-improcedente/

pues los padecimientos que sufre el trabajador que se ve obligado a acudir a esta vía son severamente más duros que aquel al que se despide de forma fulminante.

A modo ejemplificativo, para el caso de que no sean estimadas las medidas cautelares que le eximan de la obligación de prestar servicios, encontramos que, en el mejor de los casos, el trabajador obtendrá la misma indemnización que una persona cuyo despido ha sido declarado improcedente pero sin la necesidad de haber mantenido vigente la relación laboral, pese a las reprobables conductas del empresario que puedan facultar la resolución del contrato de trabajo, véase impago de salarios o retraso en el abono de los mismos o movilidades geográficas, y eso sin valorar los supuestos en los que se produce una vulneración de derechos fundamentales, que al menos en esos casos sí se podrá aumentar la cuantía económica acumulando a la indemnización del art. 50.2 ET la reparadora del art. 183 LRJS. Por esta razón, debe valorarse la posibilidad de incrementar el monto indemnizatorio en sentido proporcional al perjuicio que la conducta empresarial haya podido ocasionar en el operario.

2. Teoría general de la extinción causal. Delimitación con figuras afines

2.1. Análisis y justificación

Antes de desarrollar los rasgos de la extinción indemnizada del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores, conviene hacer una distinción conceptual entre ella y el resto de figuras afines, pero no idénticas. A lo largo de este trabajo nos vamos a referir a la misma como «dimisión provocada», tomando el concepto de otros autores. Por eso, la primera delimitación es la distinción entre la dimisión básica, genérica y conocida por todos del art. 49.1.e), y la dimisión provocada del art. 50.1 ET, que lleva aparejado el derecho el cobro de la indemnización equivalente por mor del art. 50.2. del mismo cuerpo legal. En definitiva, no es lo mismo aquel que tiene la voluntad interna de cesar en su trabajo por razones personales, que la situación de aquel trabajador al que obligan, por la vía de los hechos, a que decida dejar su puesto de trabajo. De igual modo, el art. 50 ET contiene una facultad resolutoria: es decir, cuando hablamos de ejercitar dicha acción, estamos refiriéndonos a la posibilidad de resolución del contrato de trabajo, que no es lo mismo que recisión, por lo que conviene delimitar las diferencias entre ambas figuras jurídicas sin obviar sus existentes semejanzas, máxime en los supuestos del apartado a) del art. 50.1 ET.

Al analizar los elementos propios de la figura resolutoria, un elemento fundamental es la conducta del empresario, bien para valorar su gravedad o para analizar la concurrencia de culpabilidad, sin perjuicio de su exigibilidad, y la posibilidad de que concurra un cierto elemento fortuito. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico también reconoce la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo cuando el empresario no haya llevado a cabo actitud reprochable alguna pero en la trabajadora concurran una serie de circunstancias relacionadas con la violencia de género que aconsejan la resolución contractual. Finalmente, el que se reconozca al trabajador la posibilidad de cesar en la prestación de servicios frente a la exigencia de pervivencia de la relación laboral nos sitúa ante a la situación de que el juzgador no estime oportuna la pretensión extintiva sostenida por el trabajador y la cesación anticipada se convierta en un abandono del puesto de trabajo, por lo que es útil una delimitación teórica entre «extinción» y «abandono del puesto de trabajo».

2.2. Delimitación con figuras afines

2.2.1. La dimisión del trabajador

El art. 49.1.e) ET, entre las causas que posibilitan la extinción del contrato de trabajo, recoge la dimisión, entendida como la voluntad inequívoca del trabajador de poner fin a la relación laboral sin necesidad de invocar al respecto causa específica o *ad nutum*[30]. El ordenamiento jurídico reconoce eficacia plena, por ministerio de la ley, a esa exteriorización de voluntad encaminada a la terminación de la relación laboral y únicamente impone la necesidad de que se otorgue el plazo de preaviso estipulado en la norma legal, o en el convenio colectivo de aplicación, previamente a su efectividad[31]. Sin embargo, el incumplimiento del plazo de preaviso no invalida la efectividad de la decisión extintiva, sino que faculta al empresario para resarcirse de los daños y perjuicios que tal forma de proceder le haya ocasionado. En la práctica diaria es común que la cantidad

[30] Vid. STS 15387/1988, de 18 de julio, en la que se aclara que el hecho de que la dimisión sea *ad nutum* no quiere decir que la voluntad no responda a ciertos motivos que impulsen al trabajador a tomar la determinación, lo que es importante en términos de posibles vicios del consentimiento del art. 1.265 CC.

[31] Como efectivamente se señala en DE VAL TENA, Ángel L. "Extinción del contrato por dimisión del trabajador: incumplimiento del plazo de preaviso comprometido en la comunicación dirigida al empresario". *Revista Aranzadi Social.* Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2000, 3, pp. 2901-2902. ISSN 1131-5369, cabe mencionar que tal forma de proceder por parte del trabajador suponga una clara contravención de la regla general contenida en el art. 1.256 CC, por la cual el cumplimiento del contrato no puede dejarse al arbitrio de uno solo de los contratantes. No obstante, la norma civil claudica ante la consabida voluntariedad intrínseca de la prestación de servicios consagrada en el art. 1.1 ET en relación con el art. 35 CE.

equivalente al salario de los días de preaviso no otorgados al empresario sean descontados de la liquidación de saldo y finiquito[32].

De lo expuesto anteriormente encontramos varios paralelismos con la resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador fundada en un incumplimiento grave del empresario conforme al art. 50.1 ET. En ambos hay una posibilidad de extinción de la relación contractual fundada en la voluntad del trabajador; la prueba más evidente la encontramos en que bien sea sin causa (dimisión) o bien sea alegando justa causa (dimisión provocada), ambos se encuentran contenidos en el precepto estatuario dedicado a la extinción del contrato de trabajo (art. 49), el primero en su apartado e) y el segundo en su apartado j).

En relación con el ámbito temporal o de efectividad, encontramos diferencias, algunas controvertidas. Mientras que la dimisión puede tener fecha de efecto inmediata, sin perjuicio de las responsabilidades económicas y de ciertas dificultades para una posible retractación posterior, la dimisión provocada exige el mantenimiento de la relación laboral hasta el dictado de la sentencia, de modo que carece de la inmediatez propia de la dimisión *ad nutum* (con independencia de las prácticas «anticipadoras»)[33]. La norma general es que el trabajador debe seguir prestando servicios hasta que el juzgador declare extinguida la relación laboral o se le exima por medio de las medidas cautelares del art. 79.7 LRJS, pero no puede dictar su propio derecho y declarar la existencia de un incumplimiento empresarial y la obligación de este de indemnizarle conforme al art. 50.2 ET.

Ahora bien, como se tratará en el apartado oportuno, la irrupción de la tesis flexibilizadora en la jurisprudencia de la Sala IV respecto a la posibilidad de resolución extrajudicial de la relación laboral cuando concurran circunstancias de tal entidad que puedan hacer peligrar la vialidad futura de la acción o comprometan la dignidad del trabajador, han acercado las diferencias entre la dimisión del art. 50.1 ET y la dimisión *ad nutum*, puesto

[32] Vid. STS 1672/2005, de 16 de marzo (Rec. 118/2003), cuando señala: «Tiene una finalidad básicamente tuitiva de los intereses del destinatario de la comunicación (la empresa), al efecto de que pueda prevenir los perjuicios que pudieran derivarse de una intempestiva ruptura de la relación laboral, adoptando —en el periodo de preaviso— las medidas oportunas en orden a proteger sus intereses».

[33] Sobre la posibilidad de retractación, vid. STS 176/2021, de 20 de enero (Rec. 2093/2018), donde se trae a colación la jurisprudencia clásica de la Sala IV en virtud de la que, una vez comunicada la dimisión, con eficacia inmediata, no es susceptible de retractación posterior al haber causado estado como acto generador de derechos a terceros, por lo que no puede redundar en perjuicio de estos, salvo que se pruebe la existencia de alguna deficiencia en el consentimiento que conduzca a la anulación del negocio jurídico, de acuerdo con el art. 1261 CC.

que sí que puede cesar en la prestación de servicios de manera inmediata bajo determinadas circunstancias[34].

En definitiva, basándonos en la jurisprudencia tradicional emanada de la Sala IV, podemos sostener que la dimisión del art. 49.1.e) ET puede ser ejecutada por el trabajador: su mera comunicación al empresario ya puede surtir efectos jurídicos en la relación laboral, mientras que la dimisión provocada del art. 49.1. j) ET en relación con el art. 50.1, únicamente faculta al trabajador para solicitar, pedir, instar o requerir la extinción de la relación laboral, pero la misma no resultará —no producirá efectos en la esfera jurídica de los contratantes— hasta que sea acordada por un juez en base a la previa constatación de la gravedad de la conducta empresarial objeto de impugnación.

2.2.2. La rescisión del contrato de trabajo

La rescisión contractual es una posibilidad que se le brinda al trabajador cuando concurren las denominadas «modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo», contenidas en el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, así como la movilidad funcional y geográfica de los arts. 39 y 40, respectivamente, del mismo cuerpo legal, con abono de la indemnización correspondiente[35]. La resolución contractual requiere un plus de antijuricidad: no basta una MSCT de las condiciones de trabajo para poder solicitar al juez la resolución del contrato de trabajo, sino que, conforme al apartado a) del art. 50.1 ET, requiere que además redunde en un menoscabo de la dignidad del trabajador —y la indemnización es superior en consonancia con el mayor desvalor de la acción—[36].

En términos gramaticales, como desarrollaremos, las diferencias son notorias: la rescisión es una ineficacia sobrevenida del negocio jurídico, al que no le falta ninguno de los elementos esenciales ni hay vicio alguno, pero que tiene causalidad rescisoria, normalmente en causalidades tasadas (artículos 1.290 y 1.291 del Código Civil), mientras que la resolución tiene lugar cuando una de las partes incumple las obligaciones a su cargo, pudiendo la otra parte declarar resuelto el vínculo y quedar liberada, ya que la

[34] Vid. STS 6207/2012, de 20 de julio de 2012 (Rec. 1601/2011), donde se produjo una división de la Sala pues, frente al criterio flexibilizador sostenido por la mayoría y cuya ponencia correspondió al Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete, se incluyó un voto particular formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernández, al que se adhirieron cinco magistrados más.

[35] Asciende a 20 días por año de servicio con un máximo de nueve mensualidades para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET) y de movilidad funcional (art. 39 ET), y de 20 días por año con un máximo de 12 mensualidades para los supuestos de movilidad geográfica (art. 40 ET).

[36] PENDAS DÍAZ, Benigno. *Extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. 2.ª Ed. Madrid: ACARL, 1992. ISBN 978-84-6042-410-9.

resolución presupone la previa validez del contrato, siéndole de aplicación el artículo 1.124 del Código Civil[37].

Las especialidades del contexto laboral identifican la rescisión en los supuestos de MSCT, puesto que no hay incumplimiento sino una ineficacia sobrevenida que hace excesivamente lesiva para una de las partes el mantenimiento de la relación laboral, lo que le faculta para rescindir si así lo estima oportuno. La resolución, apartándose de la regulación civil, no declara resuelto el contrato, sino que posteriormente se solicita la resolución al juez, quien tendrá la última palabra.

2.2.3. La extinción por decisión de la trabajadora víctima de violencia de género

El artículo 49.1.m) del art. 49 del ET recoge uno de los supuestos de extinción del contrato de trabajo que se aparta tangencialmente de los reseñados. Es la extinción por decisión de la trabajadora víctima de violencia de género, cuyas notas características son las siguientes. En primer lugar, la mera voluntad de la trabajadora es suficiente para extinguir la relación contractual, sin necesidad de pronunciamiento judicial, lo que no obsta para que deba acreditar tal circunstancia a través de cualquier medio permitido en derecho para evitar que se encubran situaciones de abandono o incumplimiento[38].

En segundo lugar, no se reconoce ningún tipo de indemnización por tal concepto, algo lógico ya que es un supuesto que no parte de un previo incumplimiento del empresario, sino que este es meramente un actor accidental en el desarrollo de los hechos. Finalmente, el recurso a dicha causa estará justificado dado que trata de garantizar la seguridad e integridad, tanto física como moral, de la trabajadora; por ello, tampoco será necesario el preaviso para hacer efectiva la dimisión.

2.2.4. El abandono del puesto de trabajo

El abandono del puesto de trabajo constituye una de las formas de extinción del contrato de trabajo que no encuentra reflejo en ninguno de los artículos del Estatuto de los Trabajadores; generalmente se viene encuadrando dentro del art. 49.1.e) como una dimisión defectuosa dado que para que esta opere requiere del preaviso, lo que no se cumple en este caso. La principal problemática en torno al abandono del puesto de trabajo,

[37] Especialmente ilustrativa en lo referido a la distinción entre ambas instituciones jurídicas resulta la reciente STSJ País Vasco 2055/2023, de 03 de octubre (Rec. 1464/2023), donde se realiza un análisis comparativo detallado.

[38] CASTRO CONDE, Macarena. *El significado actual del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores.* 1.ª Ed. Madrid: Editorial Aranzadi, 2024. ISBN 978-84-10295-71-1.

en la práctica, gira en torno a la declaración de voluntad necesaria que debe exteriorizarse por el trabajador para poder entender un ánimo de abandono del puesto trabajo y no una serie de faltas de asistencia que pudieran dar fundamento a un despido disciplinario[39].

La distinción es clave, puesto que el abandono del puesto de trabajo, normalmente tratado como «baja voluntaria» por las empresas, no lleva aparejado el derecho a la prestación por desempleo, mientras que el despido disciplinario por faltas de asistencia, sí. La ya referida voluntad del trabajador puede manifestarse de forma expresa o de manera tácita; es decir, mediante signos escritos u orales dirigidos al empresario, pues se trata de una decisión recepticia; o mediante un comportamiento del que deducir esa intención extintiva, ya que para el abandono o dimisión del trabajador no es preciso que se ajuste a una declaración de voluntad formal: basta que la conducta seguida por el mismo manifieste de modo inequívoco su opción por la ruptura o extinción de la relación laboral[40].

3. Perspectiva de Derecho Comparado

3.1. El modelo europeo

3.1.1. Italia: *Dimissioni per giusta causa*

La dimisión por justa causa o *dimissioni per giusta causa* se encuentra regulada en el art. 2.119 del Código Civil italiano, el cual se encuentra encuadrado dentro del Título II del Libro Quinto dedicado al trabajo, y más concretamente, al trabajo en la empresa. Dicho artículo recoge la posibilidad de que cualquiera de las partes pueda rescindir el contrato antes de la expiración del plazo, si es por tiempo determinado, o sin preaviso en caso de ser indefinido, siempre y cuando concurra una justa causa que impida la continuación de la relación laboral.

En el caso de que sea por tiempo indefinido, el párrafo segundo nos remite al apartado segundo del art. 2.118 del mismo cuerpo legal a los efectos de cuantificar la indemnización a la que tendrá derecho el trabajador, que asciende al importe de la

[39] Vid. STS 14761/1998, de 03 de junio, cuando analizando la diferencia entre abandono y comportamiento susceptible de ser calificado como grave a efectos de despido disciplinario, dispone: «Hay que precisar de forma inequívoca las motivaciones e impulsos que le animan, toda vez que la voluntad de realizar un acto culposo laboral es diferente de la necesaria para extinguir la relación laboral».

[40] Vid. STSJ Madrid 1632/2024, de 19 de febrero (Rec. 646/2023), donde se realiza un recorrido por la jurisprudencia de casación que analiza las fricciones entre el abandono del puesto de trabajo y las formalidades que ello requiere, con expresa cita de la pretérita STS 17378/1990, de 01 de octubre (Rec. 552/1989) que, a nuestro juicio, sigue siendo el punto de guía en la actualidad a la hora de valorar la cuestión.

remuneración que le hubiera correspondido abonar a la otra parte durante el plazo de preaviso. Las justas causas que pueden derivar en la extinción contractual no vienen tasadas de manera expresa; sin embargo, la jurisprudencia italiana ha desarrollado una lista de motivos muy similares a los recogidos en la legislación española: i) La falta de pago o retrasos continuados del salario; ii) Falta de pago de las cotizaciones, siempre y cuando no concurra aquiescencia sostenida en el tiempo por parte del trabajador; iii) Abuso de superioridad por parte del superior jerárquico; iv) *Mobbing*; v) Acoso sexual; vi) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo *in peius*, vii) Movilidad geográfica injustificada en los términos del art. 2.103 del Código Civil italiano[41].

Un ejemplo de extinción del contrato de trabajo basado en justa causa lo encontramos en el pronunciamiento de la Corte de Casación italiana sobre un supuesto en el que el trabajador había ejercitado la acción de extinción del contrato de trabajo basada en justa causa *dimissioni per giusta causa* basada en un comportamiento abusivo de su superior jerárquico en el marco de la relación laboral[42]. El procedimiento para hacer valer la extinción contractual es llamativo dado que, en comparación al modelo español, es ciertamente ajeno a la sede judicial. Así, el trabajador que quiera extinguir la relación laboral deberá formalizarlo por medio de un procedimiento electrónico dirigido a la cumplimentación de un formulario que será remitido al empleador y al Ministerio de Trabajo[43]. Una vez declarada la resolución contractual, el trabajador puede acceder a las prestaciones por desempleo —*Nuova prestazione di Assicurazione Sociale per l' Impiego* (NASPI)— y reclamar una indemnización en lugar de preaviso , es decir, una suma equivalente al salario que se le habría debido al trabajador durante el período de preaviso previsto.

En los casos de contratos de duración determinada o indefinida con una cláusula de estabilidad, el empleado también tiene derecho a recibir una compensación por las pérdidas económicas experimentadas. Esto significa recibir una cantidad equivalente al salario que hubiera percibido si el contrato se hubiera mantenido hasta la fecha de

[41] Istituto Nazionale della Previdenza Sociale. *Indennità di disoccupazione ordinaria, agricola e non agricola, con requisiti normali o ridotti: giusta causa di dimissioni da parte del lavoratore: integrazioni al testo della Circolare n. 97 del 4 giugno 200* [en línea] [fecha de consulta 04 agosto 2024]. Disponible en: https://servizi2.inps.it/servizi/Bussola/VisualizzaDoc.aspx?sVirtualURL=/Circolari/Circolare%20numero%20163%20del%2020-10-2003.html

[42] Vid. Corte di Cassazione, sentenza n. 5977/1985.

[43] Esto es así de conformidad con el Decreto Legislativo número 151, de 14 de septiembre de 2015, relativo a las disposiciones para la racionalización y simplificación de los procedimientos y obligaciones de los ciudadanos y las empresas y otras disposiciones relativas a las relaciones laborales y la igualdad de oportunidades, en aplicación de la Ley de 10 de diciembre de 2014.

finalización establecida. Con independencia de la duración del contrato de trabajo, el trabajador siempre podrá solicitar una indemnización reparadora de los daños y perjuicios ocasionados por el empresario. En caso de que este no esté conforme con las argumentaciones del trabajador, podrá impugnar la decisión judicialmente a efectos de comprobar la legitimidad de la misma.

Como podemos observar, la mecánica italiana de resolución del contrato de trabajo fundada en un incumplimiento grave del empresario sigue una corriente más civilista que laboralista de acuerdo a la normativa española; así, la resolución contractual civil permite la resolución extrajudicial y solamente se acude a los tribunales en caso de impugnación para hacer un pronunciamiento declarativo, pues la mera manifestación formal de una de las partes a la otra tiene efectos constitutivos; por el contrario, la resolución en sede laboral es declarativa y los efectos constitutivos únicamente surten eficacia con el pronunciamiento judicial. Tras lo expuesto, observamos que el modelo italiano se asemeja más a nuestro modelo civil que laboral.

3.1.2. Portugal: *Resolução do contrato de trabalho por iniciativa do trabalhador*

La resolución del contrato de trabajo por iniciativa del trabajador o *Resolução do contrato de trabalho por iniciativa do trabalhador* se encuentra regulada en el art. 394 del Código de Trabajo portugués, el cual se incluye en el Título II del Libro Primero dedicado al contrato de trabajo[44]. En dicho artículo se recogen una serie de conductas que se califican como justa causa para que el trabajador pueda acceder a la extinción del contrato de trabajo; sin embargo, las divide entre aquellas que darían lugar a una indemnización y aquellas otras que carecen de dicha consecuencia.

En relación a las primeras, es decir, especificas: i) Falta culpable de puntualidad en el abono del salario, ii) Violación culpable de las garantías del trabajador —contenidas en la ley, contrato o convenio colectivo—, iii) Aplicación de sanción abusiva, iv) Falta culpable de condiciones de higiene y seguridad en el trabajo, (v) Lesión grave y negligente a los intereses financieros del trabajador, y (vi) Delitos contra la integridad física, la libertad, el honor o la dignidad del trabajador, sancionados por la ley, incluida la práctica del acoso por parte del empleador o de sus representantes. Respecto a las segundas, señala: i) cumplimiento de obligaciones legales incompatibles con la continuidad del servicio, ii) cambio sustancial y duradero de las condiciones de trabajo en

[44] Vid. *Diário da República* n.º 30/2009, Série I de 12-02-2009.

el ejercicio legítimo de las facultades del empleador, iii) incumplimiento no culpable del pago puntual de la remuneración, y iv) transferencia de la empresa a otra entidad, si no se desea empezar a trabajar para el nuevo empleador. De esta descripción llaman la atención dos cuestiones: en primer lugar, la influencia de la culpabilidad en las conductas del empresario, ya que en el sistema español la responsabilidad es manifiestamente objetiva; y que las referencias a las faltas de pago reseñadas se ven complementadas o aclaradas por lo dispuesto en el apartado 5º del artículo que las regula[45].

El Tribunal Supremo de Justicia de Portugal tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión con fecha de 12 de febrero de 2020, en un supuesto en el que se analizaba la posibilidad de que el trabajador extinguiera su contrato de trabajo en virtud de una falta de pago por un periodo no superior a 60 días[46]. En la fundamentación jurídica, la Sala recuerda que cuando el impago es inferior a 60 días la culpabilidad tiene una presunción *iuris tantum* en virtud del primero de los supuestos contenidos en el art. 394 y que, en el caso de que hubiera sido superior a ese lapso temporal, la presunción sería *iuris et de iure*, no cabiendo prueba en contrario conforme al apartado 5º mencionado anteriormente.

El procedimiento a seguir viene recogido en los arts. 395 y 397, destacándose nuevamente la comunicación escrita con el empresario, el carácter constitutivo de la extinción y la posibilidad de impugnación del empresario en el plazo de un año de tal circunstancia ante los tribunales. En el caso de que se aprecie la existencia de justa causa, conforme al art. 396, el trabajador tendrá derecho a una indemnización de entre 15 y 45 días de salario teniéndose en cuenta el valor de la remuneración y el grado de ilegalidad de la conducta del empleador, que no puede ser inferior a tres meses de remuneración básica y prestaciones de antigüedad. En conclusión, el modelo portugués guarda consonancia con el italiano y ambos se diferencian del modelo español, esencialmente, en el carácter constitutivo de la voluntad del trabajador de resolver el contrato de trabajo.

[45] Señala que se considera culpable la falta de pago oportuno de las remuneraciones que se prolongue por un período de 60 días o cuando el empleador, a solicitud del trabajador, manifieste por escrito la expectativa de impago de las remuneraciones pendiente hasta el final de dicho período.

[46] La referencia exacta de la sentencia es «proc. n.º 7902/15.8T8PRT.P1.S1», sin embargo, no está disponible en la base de datos jurídica del Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça (IGFEJ), por lo que remitimos al extracto publicado en Supremo Tribunal de Justiça. *Justa causa de resolução do contrato de trabalho e presunções de culpa na falta de pagamento pontual da retribuição* [en línea] [fecha de consulta 4 agosto 2024]. Disponible en: https://www.stj.pt/jurisprudencia-em-destaque/justa-causa-de-resolucao-do-contrato-de-trabalho-e-presuncoes-de-culpa-na-falta-de-pagamento-pontual-da-retribuicao/

3.1.3. Francia: *Prise d' acte de la rupture*

En el derecho francés no se contempla terminológicamente la resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, sino que las referencias a tal institución jurídica reciben el nombre de *prise d' acte de la ruptura*, que en su traducción más fiel posible podría denominarse «toma en consideración de la ruptura». En cuanto a su naturaleza jurídica, cabe señalar que no existe en el Código de Trabajo francés ningún artículo que regule tal posibilidad de manera explícita, sino que se trata de una construcción jurisprudencial y, como tal, su formación se ha ido desarrollando en base a las decisiones de los tribunales que se apoyan, principalmente, en el artículo L1231-1 del meritado texto legal[47].

Como viene siendo tónica habitual a la hora de hablar de resolución contractual, resulta indispensable que el incumplimiento empresarial que fundamente la extinción por parte del trabajador tenga la consideración de grave[48]. En tal sentido, de manera muy similar a los ordenamientos jurídicos del resto de países analizados, se enumeran las siguientes causas, a modo ejemplificativo, que han sido objeto de análisis por parte de la Corte de Casación francesa: i) Falta de ocupación efectiva, ii) Modificación de la cuantía salarial, iii) Impago de salarios, y iv) Modificación de jornada con reducción salarial equivalente[49].

La resolución extrajudicial por parte del empleado no tiene una formalidad legal establecida y los pronunciamientos de la Corte de Casación han sido ciertamente permisivos a la hora de abordar la cuestión. En tal sentido, se permite tanto la comunicación verbal como escrita con el empleador, y no fija los límites de la reclamación, pudiéndose ampliar de manera posterior en sede judicial, no exigiendo una correlación entre ambas en los términos que podría requerirse en el derecho español entre papeleta de conciliación y demanda (en virtud del art. 80.1.c) LRJS —la única excepción es no introducir hechos posteriores de los que haya tenido conocimiento el trabajador)—[50].

---

[47] A modo ejemplificativo, vid. Cour de Cassation, civile, Chambre Sociale, 06-07-2022, 20-21.690 [ECLI:FR:CCASS:2022:SO00828], donde la Corte de Casación francesa, con fundamento en el art. L1231-1 del Code du Travail, precisó que un retraso de 10 días era suficiente para tomar nota de la rescisión del contrato de trabajo.

[48] Vid. Cour de Cassation, civile, Chambre Sociale, 30-03-2010, 08-44.236.

[49] Cfr. Cour de Cassation, civile, Chambre Sociale, 31-10-2006, 05-41.773. Cour de Cassation, civile, Chambre Sociale, 13-07-2005, 03-45.247. / Cour de Cassation, civile, Chambre Sociale, 06-07-2004, 02-42.642. / Cour de Cassation, civile, Chambre Sociale, 27-10-2005, 03-45.247.

[50] Vid. Cour de Cassation, civile, Chambre Sociale, 20-06-2005, 03-42.804.

Las consecuencias derivadas de la ruptura extrajudicial por parte del trabajador tras su posterior impugnación judicial son las siguientes: en caso de que el Juez estime que concurre causa cierta y suficientemente grave, condenará al empresario al pago de la indemnización equivalente al despido sin causa ex art. L1235-3 del Código de Trabajo[51]. Por el contrario, de no estimarse su pretensión, la decisión de retirarse de su puesto de trabajo será considerada como un abandono del mismo, sin los derechos inherentes que se conceden para el caso de un despido sin causa, entre ellos, el derecho al percibo de una indemnización derivada del cese.

Al igual que en los supuestos anteriores, nos encontramos ante un sistema que permite la resolución extrajudicial del contrato de trabajo ante incumplimientos graves por parte del empresario sin perjuicio de su posterior revisión judicial. La principal crítica que merece este sistema frente al español es que en caso de que el trabajador no resulte favorecido por la decisión judicial, verá como el ejercicio de la acción resolutoria no solo no deriva en la indemnización pretendida, sino que, además, se considerará que ha abandonado de manera voluntaria e injustificada su puesto de trabajo, con la desprotección que ello implica en términos prestacionales.

3.1.4. Alemania: *Kündigung aus wichtigem Grund*

En el derecho alemán, la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador viene recogida dentro del Título VIII, Subtítulo I del Libro Primero del Código Civil germano y, más concretamente, en el art. 626 bajo la denominación de *Kündigung aus wichtigem Grund*[52]. Esta institución jurídica se enmarca en los denominados «despidos extraordinarios» que, en contraposición a los despidos ordinarios, no llevan aparejada la necesidad de que se respete el plazo de preaviso previsto en el art. 622 de la precitada norma[53].

La regulación del despido extraordinario es la misma para los casos de extinción de la relación laboral por parte del empleado o por parte de la empresa y se recogen una serie

[51] Dicho artículo contiene el denominado «Baremo Macron», que fue introducido por medio de Orden Ministerial el 22 de septiembre de 2017 y fue objeto de distintos pronunciamiento en los Juzgados de lo Social del país por su posible contravención del texto literal del Convenio n.º 158 de la OIT. En el año 2022, la Corte de Casación avaló dicha reforma y su conformidad con ordenamiento internacional, véase Cour de Cassation, civile, Chambre Sociale, 11-05-2022, 21-14.490.

[52] Una regulación muy parecida en términos generales viene contenida en el art. 314. Sin embargo, en virtud del principio *lex specialis derogat legi generali*, dado que el art. 626 se refiere expresamente a las relaciones laborales, se utiliza este último por encima del primero.

[53] La mecánica tiene grandes similitudes con las notas caracterizadoras del despido objetivo y del disciplinario en el ordenamiento español, en el que el despido disciplinario tiene efectos inmediatos, mientras que para el objetivo se debe otorgar un plazo de preaviso.

de requisitos comunes que se describen a continuación: en primer lugar, será necesaria una advertencia previa a la parte incumplidora. Este requisito cobra vital importancia en los supuestos relativos a faltas de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado, debiéndose dar la posibilidad al empleador de que se ponga al corriente de pago con carácter previo al ejercicio de la vía resolutoria[54]. Una vez realizado el mismo, los requisitos formales de carácter subjetivo de la comunicación extintiva implican que la misma deba ser realizada por el trabajador, o por un representante de este, en los términos del art. 174 y 180 del Código civil alemán y dirigida al empresario conforme al art. 130 del mismo cuerpo legal. En cuanto a las formalidades, a diferencia de lo que ocurre en el derecho francés, por ejemplo, la misma debe ser realizada por escrito conforme a lo preceptuado en el art. 623 y 125 del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).

En segundo lugar, el plazo para llevar a cabo la resolución contractual por parte del empleador es de dos semanas. El razonamiento más plausible pasa por garantizar la seguridad jurídica, pues no parecería lógico que el trabajador pudiera guardar una causa resolutoria *ad eternum* en su patrimonio de derechos para ejercer una posible presión sobre la contraparte. En tercer lugar, debe tratarse de un motivo grave, una razón de suficiente peso que, como el propio precepto indica, justifique la no exigibilidad a la parte agraviada del cumplimiento del contrato inicialmente pactado, a la vista del daño que ello produciría a sus concretos intereses.

En definitiva, la regulación al respecto no es tan distinta en los diferentes ordenamientos jurídicos, es decir, debe tratarse de un incumplimiento de tal calibre que frustre las legítimas expectativas del trabajador y, por ello, le salga más rentable en términos de oportunidad la resolución del contrato de trabajo que el mantenimiento de la relación laboral[55]. Los motivos más frecuentes que facultan al trabajador para proceder en tal sentido se derivan de la casuística judicial más común, puesto que no existe una lista tasada en la norma que haga las veces de lista abierta o, por el contrario, tasada, de motivos susceptibles de activar el mecanismo de la extinción extraordinaria por voluntad

[54] Sin perjuicio de la regla general mencionada, cabe traer a colación la sentencia del Tribunal Federal del Trabajo, de 26 de julio de 2007 (Ref.: 8 AZR 796/06), en la que el Alto Tribunal alemán indicó que, en casos excepcionales, no es necesaria una advertencia si no hay perspectivas de que la parte contratante vuelva a comportarse con respeto a los términos pactados contractualmente.

[55] Vid. Tribunal Federal del Trabajo, de 26 de julio de 2007 (Ref.: 8 AZR 796/06), cuando señala que no todos los retrasos de corto plazo en el pago pueden ser suficientes para justificar la rescisión sin previo aviso. Asimismo, señala que además del alcance de los atrasos salariales, puede ser importante si se trata de una falta de pago puntual o persistente en el pago de la remuneración. En relación con la exigencia de culpabilidad relativiza el requisito indicando que no importa si el empleador no está dispuesto a cumplir o simplemente no puede cumplir.

del trabajador: i) Falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado, ii) Cambio en el puesto de trabajo con merma salarial, e iii) Incumplimiento del deber de seguridad laboral, entre otros.

En relación con las consecuencias derivadas de la estimación judicial de la pretensión, el trabajador tendrá derecho a una indemnización derivada de los daños y perjuicios ocasionados por el empresario entre los que se podrá contener una indemnización por despido ex art. 628.2 del Código Civil. A la hora de calcular su importe, se suele acudir a los arts. 9 y 10 de la Kündigungsschutzgesetz, la ley de protección contra el despido y se encarga de dotar de criterios orientativos a los tribunales a la hora de fijar la indemnización por despido[56].

3.2. El modelo anglosajón

3.2.1. Estados Unidos y la constructive discharge

La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador basada en un incumplimiento grave del empresario en los términos del art. 50.1 ET encuentra su homólogo en la institución jurídica estadounidense de la *constructive discharge.* Tratando de conceptualizar la figura extintiva precitada, podemos sostener que se trata de una situación en la que un empleado se ve obligado a renunciar debido a condiciones laborales intolerables; estas condiciones deben ser tales que una persona razonable en la misma situación también decidiría renunciar[57].

La doctrina judicial en relación a la *constructive discharge* o despido indirecto identifica dos elementos esenciales que deben concurrir para poder afrontar dicho periplo judicial con garantías de obtener una sentencia favorables: la primera es la capacidad de probar que la conducta del empleador es tan gravosa para el trabajador que cualquier persona en su situación se hubiera visto obligada a renunciar y, en segundo lugar, debe acreditar que efectivamente renunció, pues es incompatible dicha acción con el mantenimiento de la

[56] A modo ejemplificativo, el apartado 1 del art. 10 señala que la indemnización podrá ser de hasta 12 meses de salario y en la práctica habitual los tribunales suelen tener en cuenta si el trabajador ha encontrado un nuevo salario, cuáles son sus retribuciones en términos comparativos y si tiene obligaciones alimenticias con terceros. A fin de ahondar sobre la cuestión, se recomienda la sentencia del Tribunal Federal del Trabajo, de 12 de mayo de 2010 (Ref.: 7 AZR 689/09).

[57] El concepto de «despido constructivo» se originó en el campo del derecho laboral en la década de 1930. La Junta Nacional de Relaciones Laborales (NLRB, por sus siglas en inglés) desarrolló la doctrina para abordar situaciones en las que los empleadores obligaban a los empleados a renunciar, a menudo creando condiciones de trabajo intolerables, en represalia por la participación de los empleados en actividades colectivas. Vid. LIEB, Roslyn Corenzwit. Constructive discharge under Section 8(a)(3) of the National Labor Relations Act: A study in undue concern over motives. *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*. 7, 1985, 143. DOI 10.15779/Z38G04H.

relación laboral[58]. Al igual que ocurre en el derecho alemán, previamente al inicio de acciones judiciales será necesario que se requiera al empresario para que reconozca la ilegalidad de la conducta objeto de impugnación o se pongan los hechos en conocimiento de la autoridad administrativa previamente; ello deberá hacerse dentro del plazo de 45 días desde que se produjo la renuncia.

El precedente más reciente sobre la cuestión se recoge en GREEN contra BRENNAN[59]. Se analiza la situación Marvin Green, un empleado del Servicio Postal de los Estados Unidos al que le habían denegado un ascenso so pretexto de ser de raza negra y, además, sus supervisores lo acusaron del delito de retrasar intencionalmente el correo. En un acuerdo firmado el 16 de diciembre de 2009, el Servicio Postal acordó no presentar cargos penales y Green aceptó la posibilidad que le brindaba la empresa de jubilarse o aceptar otro puesto en un lugar remoto por mucho menos dinero. Green optó por jubilarse y presentó su documentación de renuncia el 9 de febrero de 2010, con efecto a partir del 31 de marzo. El 22 de marzo, 41 días después de renunciar y 96 días después de firmar el acuerdo, Green informó sobre la existencia de una posible causa de *constructive discharge* ante la Equal Employment Opportunity Commission (EEOC), en cumplimiento del requisito de procedibilidad contenido en el art. 1614.105 del Código de Regulaciones Federales (CFR por sus siglas en inglés)[60].

En sede judicial, las reclamaciones de Green fueron desestimadas al haber transcurrido el plazo de 45 días requerido por la norma; siendo el *dies a quo* una cuestión controvertida, pues la Corte de Distrito y la Corte de Apelaciones del décimo circuito habían fijado el inicio del cómputo en la fecha de firma del acuerdo y no en el momento de la renuncia al puesto de trabajo por incumplimiento grave del empresario. Finalmente, la Corte Suprema estableció el *dies a quo* en el momento de renuncia, pues como se decía al principio, para que se produzca un despido indirecto debe concurrir una renuncia y hasta que ella no tiene lugar, no puede iniciarse el periodo de prescripción de la acción[61].

Dicha figura no se encuentra regulada por ninguna ley a nivel federal o estatal, sino que se deriva de los pronunciamientos judiciales que han ido aquilatando la cuestión a lo largo

[58] U.S. Supreme Court, Pennsylvania State Police v. Suders, 129 U.S., 2004.
[59] U.S. Supreme Court, Green v. Brennan, 578 U.S., 2016.
[60] Al tratarse de un empleado público, antes de la cualquier interposición de acción judicial, el trabajador afectado debía agotar la vía administrativa previa ante la Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) en un plazo máximo de 45 días, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1614.105, incardinado dentro de la Sección 29 del Código de Regulaciones Federales.
[61] Vid. U.S. Supreme Court, Mac's Shell Service, Inc., Et Al. V. Shell Oil Products Co. Llc Et Al., 08-240, U.S., 2010.

de los años. En definitiva, se trata de la mecánica propia del *common law*, donde no predomina la norma escrita sino la fórmula del *remedies precede rights*, que viene a significar que es la acción y no la norma la que crea el derecho. En su práctica, los Tribunales de Apelación han estimado que concurre causa suficiente para instar la *constructive discharge* en los siguientes supuestos: i) Acoso sexual, ii) Discriminación por embarazo, iii) Discriminación por razones de raza, iv) Discriminación por sexo, v) Discriminación por origen nacional, y vi) Discriminación por motivos religiosos, al tratarse de comportamientos del empleador que chocan de manera frontal con lo dispuesto en el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, que protege a los empleados contra la discriminación sufrida en el puesto de trabajo[62]. Fuera de los supuestos relativos a la discriminación, se ha determinado la concurrencia de una causa suficientemente justificativa para acudir a la *constructive discharge* en las siguientes situaciones: i) Reducción de salario, ii) Cambio en las condiciones contractuales, y iii) Supuestos de renuncia forzada[63].

En el caso de que, finalmente, se estime que la renuncia del trabajador estuvo motivada por una conducta del empresario tan gravosa para el trabajador que cualquier persona en su situación se hubiera visto obligada a renunciar, aquel será condenado al pago de alguna compensación económica (salarios atrasados, beneficios perdidos o salarios hasta la resolución del caso), también puede ser condenado al pago de los daños y perjuicios ocasionados cuando se demuestre que su conducta produjo angustia emocional, sufrimiento u otros perjuicios no económicos y, en ocasiones, es posible la condena al reintegro del empleado si así lo solicita y si las circunstancias lo permiten. De igual modo, el empleador puede ser condenado al pago de los gastos legales que debió sufragar con carácter previo el empleado para hacer valer la defensa de sus intereses frente a la conducta incumplidora empresarial.

[62] Cfr. U.S. Court of Appeals, Seventh Circuit, Robinson v. Sappington, No. 02-3316, 2003; U.S. Court of Appeals, Eight Circuit, Bergstrom-Ek v. Best Oil Co., No. 98-1037, 1999; U.S. Court of Appeals, Sixth Circuit, Moore v. Kuka Welding Systems & Robot Corp, No. 97-1734, 1999; U.S. Court of Appeals, Tenth Circuit, Derr v. Gulf Oil Corp., No. 85-1056, 1986; U.S. Court of Appeals, Fourth Circuit, Amirmokri v. Baltimore Gas & Elec. Co, No. 94-2529, 1995; U.S. Court of Appeals, Fifth Circuit, Young v. Southwestern Sav. & Loan Assn, No. 94-2529, 1975.

[63] Cfr. U.S. Court of Appeals, Seventh Circuit, Zabielski v. Montgomery Ward Co., Inc., No. 90-1513, 1990, en la que la Corte sentenció que una reducción de ingresos de 26,000$ a 10,000$ al año, junto al hecho de que el puesto del empleado iba desaparecer en tres meses, era suficiente para constituir un despido indirecto. En U.S. Court of Appeals, Ninth Circuit, Vasquez v. Franklin Management Real Estate Fund Inc., No. B245735, 2013, la Corte sostuvo que un empleado fue despedido constructivamente cuando su empleador se negó a reembolsar los gastos de viaje relacionados con el trabajo, reduciendo efectivamente su salario por debajo del salario mínimo.

3.2.2. Reino Unido y la constructive dismissal

La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador basada en un incumplimiento grave del empresario encuentra su equivalente en la institución jurídica británica de la *constructive dismissal*, que a veces es referenciada bajo la denominación de «despido indirecto». Para otorgar una conceptualización básica, podemos hacer nuestras las palabras del Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo (ILOAT por sus siglas en inglés) cuando señala: «denota una situación en la que una organización adopta una conducta que indica que ya no se considera vinculada por los términos fundamentales del contrato de trabajo, con la consecuencia de que, si el empleado rescinde el contrato, tiene derecho a una indemnización sobre la base de que la organización rescindió el contrato de forma ilícita»[64].

El encaje legal del despido indirecto viene dado por lo dispuesto en el art. 95.1.c) de la Employment Rights Act de 1996 que, si bien no regula de manera expresa dicha institución, sí que aporta las notas características, al señalar que se considerará un despido aquellos supuestos en los cuales el empleado extinga su contrato de trabajo a consecuencia de la conducta del empleador[65]. A la hora de plantear la existencia de un despido indirecto, el demandante debe probar una serie de extremos en orden a dotar de cierta viabilidad a la pretensión sostenida. A saber: en primer lugar, debe acreditar que el empleador actuó en incumplimiento de su contrato de trabajo, ello parece lógico y se deriva del propio tenor literal de la norma donde se recoge que la extinción es derivada de un incumplimiento del empresario. Entre los motivos más comunes podemos encontrar los siguientes: i) Reducción unilateral de salario, ii) Obligar al trabajador a realizar más horas de las pactadas contractualmente, o iii) Modificación unilateral de las funciones, entre otras[66].

En segundo lugar, es necesario que el incumplimiento del contrato sea lo suficientemente grave como para justificar la renuncia o que el incumplimiento fuera el último de una serie de eventos que, tomados en su conjunto, sean lo suficientemente graves como para justificar la renuncia. Esto ha sido conceptualizado como «principio de la gota que colma el vaso» (*last straw principle*), pues la gravedad no viene dada por la magnitud del último

[64] Vid. Ms. F. L contra Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), sentencia número 2967 de 02-02-2009.
[65] Sin embargo, la regulación básica y completa al respecto viene dada en Western Excavation (ECC) Ltd v. Sharp, una sentencia del año 1978 que aún sigue plenamente vigente a la hora de evaluar la posible existencia de un despido indirecto.
[66] Cfr. Industrial Rubber Products v. Gillon, 1977, I.R.L.R 389; Derby City Council v Marshall, 1979, I.C.R. 731; y Coleman (DA) v. S&W Baldwin, 1977, I.RL.R 342.

incumplimiento, sino por la persistencia continuada en el tiempo de los mismos y el efecto decisorio que tiene el último de ellos en el marco de la relación laboral[67]. En tercer lugar, debe acreditarse que el trabajador renunció como resultado directo del incumplimiento del empleador y no por alguna otra razón. Es decir, que hay una relación de causalidad entre ambos sucesos pues, de lo contrario, tales actos gozarían de la aquiescencia del trabajador y ello enervaría la posibilidad de acudir al mecanismo de la *constructive dismissal*[68].

Por último, es necesario acreditar que el demandante no se aquietó ni confirmó el contrato. Es decir, cuando se produce un incumplimiento de tal calibre, como ya se expuso en la sentencia del caso Western Excavation, el empleado debe optar por irse en el momento sin dar aviso alguno o, alternativamente, puede dar aviso y decir que se va al final del aviso. Dicho de otro modo, el trabajador debe tomar una decisión poco después de la conducta de la que se queja porque, si continúa durante algún tiempo sin irse, perderá su derecho a considerarse despedido —se considerará que ha optado por afirmar el contrato[69]—. Si se han respetado las exigencias legales al efecto y el tribunal estima la pretensión, el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones legales previstas en los artículos 118 y concordantes de la Employment Rights Act de 1996.

3.3. El modelo iberoamericano

3.3.1. Argentina: el despido indirecto

El art. 14 bis de la Constitución de la Nación Argentina establece las bases que regirán las relaciones laborales en dicho país al disponer lo siguiente: « El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del

[67] Vid. Mr. John Craig v. Abellio Ltd, 2022, EAT 43.
[68] A fin de ahondar sobre dicha cuestión, se recomienda Ishaq v. Royal Mail Group Ltd, 2017, IRLR 208, donde se realiza un recorrido por la jurisprudencia más relevante en materia de causalidad por parte de los tribunales de Reino Unido.
[69] Vid. Cow v. Surrey And Berkshire Newspapers Ltd, 2003, UKEAT 703.

empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial».

Por su parte, el art. 242 de la Ley De Contrato De Trabajo (Ley 20.744)[70] se encarga de regular la posibilidad de que el trabajador lleve a cabo la resolución del contrato de trabajo que le une con su empleador cuando se produzcan incumplimientos graves por parte de éste. Más concretamente, señala: «Una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria y que, por su gravedad, no consientan la prosecución de la relación».

Las consecuencias jurídicas de la estimación de la pretensión extintiva se encuentran detalladas en el art. 246 de la Ley de Contrato de Trabajo, el cual remite a los arts. 232, 233 y 245 del mismo cuerpo legal. Estos artículos se refieren a la indemnización sustitutiva por la omisión del preaviso, los salarios correspondientes al mes del despido y la indemnización por despido propiamente dicha, respectivamente.

En lo que respecta a las formalidades que deben observarse al hacer valer el despido indirecto, es esencial cumplir con las previsiones del art. 243 de la LCT, una norma que ha sido consistentemente aplicada por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Esta entidad ha enfatizado que tanto el despido con causa justificada por parte del empleador como la denuncia del contrato laboral fundada en justa causa por parte del trabajador deben comunicarse por escrito, con una expresión suficientemente clara de los motivos que fundamentan la ruptura del contrato[71].

Entre las causas más comunes que justifican el recurso al despido indirecto se encuentran supuestos que son en gran medida similares a los contemplados en la legislación española. Estos incluyen la falta de pago en tiempo y forma, el pago del salario en negro, la modificación unilateral de las condiciones laborales, o el acoso laboral —*mobbing*—. Según la interpretación literal de la norma mencionada, no se establece una lista taxativa de causas, sino que se sigue una fórmula similar a la contenida en el art. 50.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, recurriendo a una cláusula abierta que abarca

[70] El meritado artículo ha sido recientemente modificado por la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley 27.742) por la cual se incluyen una serie de supuestos sobre los cuales el empresario puede fundamentar el despido del trabajador sin derecho a indemnización y que ha abierto un intenso debate sobre la posibilidad de que suponga una restricción ilimitada del derecho a huelga contenido en el art. 14 bis de la Constitución de la Nación Argentina.

[71] Vid. CNAT. Sala V. "Chuquiza Alzaga Susana Marleni c/ Instituto Geriátrico Cafayate S.A. s/ despido".

incumplimientos que, para ser considerados válidos, deben revestir una gravedad suficiente.

La falta de pago o los retrasos continuos en el abono del salario pactado constituyen una de las causas más claras y frecuentes por las cuales un trabajador en Argentina puede considerarse despedido indirectamente. El grave incumplimiento de las obligaciones por parte del empleador, como es el pago puntual del salario, otorga al trabajador el derecho de dar por terminada la relación laboral sin perder sus derechos indemnizatorios. En este contexto, la falta de pago o los retrasos reiterados en el abono del salario son considerados situaciones de extrema gravedad, ya que afectan directamente la subsistencia del trabajador y su familia, quienes dependen de esos ingresos para su bienestar económico[72].

Del análisis de las sentencias emitidas por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, es relevante destacar una dictada en el año 2004, en la que se evaluaba la concurrencia de un despido indirecto derivado de la falta de pago durante diciembre de 2001, un período en el que Argentina atravesaba una profunda crisis económica. En ese momento se implementaron medidas excepcionales, como restricciones a la extracción de dinero en efectivo —el denominado «corralito»—, huelgas generales y la declaración del estado de sitio.

A pesar de que las circunstancias podrían haber llevado a un fallo favorable al empresario debido a la excepcionalidad de la situación, la Sala estimó la pretensión extintiva del trabajador, argumentando que: «En todo momento, pero especialmente en tiempos de crisis económica, el salario de un trabajador constituye la frontera entre la dignidad y la indignidad de su existencia. Su falta de percepción agravia seriamente los intereses y la calidad de vida de quien, debiendo recibirlo, no lo ha percibido»[73].

El segundo de los motivos reseñados engloba la problemática del pago en negro del salario, es decir, la remuneración que no se registra oficialmente y, por lo tanto, queda fuera del sistema formal de seguridad social y de impuestos, la cual está estrechamente vinculada con la figura del despido indirecto. Ello puede configurarse como un motivo que justifique el recurso a la resolución indemnizada del contrato de trabajo si, tras requerirse al empleador para que regularice la situación, éste no procede de tal manera[74].

[72] Vid. CNAT. Sala V. “Teixeira, Pinho Leandro c/ Murata S.A. s/ Despido”.
[73] Vid. CNAT. Sala VI. “Sierro Carlos Ernesto c/Pescasur S.A. s/ despido”.
[74] Vid. CNAT. Sala VIII. “Ozzan, Jorge Nelson C/ Maritato y Majdalani S.A. y otros s/ despido”.

El tercer motivo se refiere a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entendidas como los cambios significativos y unilaterales que el empleador realiza sobre aspectos fundamentales del contrato laboral, tales como la jornada de trabajo, el salario, las funciones asignadas o el lugar de trabajo. Estos cambios pueden afectar negativamente la situación del trabajador, quien se ve obligado a aceptar condiciones distintas y, generalmente, menos favorables a las pactadas originalmente.

En estos supuestos, la resolución del contrato por voluntad del trabajador se presenta como una opción legítima cuando las modificaciones sustanciales implican una violación de sus derechos o resultan lesivas para su dignidad o condiciones de vida[75].

El cuarto y último supuesto comentado se refiere al mobbing, entendido como la conducta persistente y deliberada de hostigamiento, humillación o maltrato psicológico hacia un trabajador por parte de superiores o compañeros de trabajo. Este tipo de acoso puede manifestarse de diversas maneras, tales como la asignación de tareas humillantes, la exclusión social en el ámbito laboral, la difusión de rumores, o la constante crítica y desvalorización de la labor del trabajador. El objetivo de estas acciones es, a menudo, forzar la renuncia del empleado o generar un entorno de trabajo insoportable.

La particularidad de este tipo de casos radica en que la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo ha aceptado la posibilidad de resolver la relación contractual sin el requerimiento previo previsto en el art. 243 de la LCT, siempre que se acredite que el trabajador ha sufrido un ambiente laboral de violencia que le impide continuar prestando servicios en la empresa[76].

3.3.2. Brasil: *Rescisão indireta*

El derecho al trabajo en Brasil está regulado, en términos generales, por el artículo 6 de la Constitución Federal de 1988. En este sentido, su texto literal establece lo siguiente: «la educación, la salud, la nutrición, el trabajo, la vivienda, el transporte, el ocio, la seguridad, la seguridad social, la protección de la maternidad y la infancia, y la asistencia a los indigentes son derechos sociales, conforme se dispone en esta Constitución».

Por su parte, el artículo 7 de la Constitución, y en particular su inciso I, dispone: «Además de otros derechos destinados a mejorar la condición social, los siguientes derechos están orientados a los trabajadores urbanos y rurales: la protección contra el despido arbitrario

[75] Vid. CNAT. Sala VIII. "Kalhofer Enciso Mauricio Javier C/ Ups Scs Argentina S.R.L. s/ despido".
[76] Vid. CNAT. Sala I. "A. A. B. c/ Giacomini Latinoamérica S.A. s/ despido".

o sin causa, conforme lo establecido en la ley complementaria que determina la indemnización compensatoria, entre otros derechos».

La resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador está principalmente regulada por la Consolidación de las Leyes del Trabajo (Consolidação das Leis do Trabalho, CLT). A diferencia de otros sistemas jurídicos iberoamericanos, las causas que justifican la adopción de tal medida están positivizadas en el artículo 483 de dicho cuerpo legal.

De conformidad con el apartado a), el trabajador podrá considerar resuelto el contrato y reclamar la debida indemnización cuando: «Se requieran servicios que estén fuera de sus posibilidades, prohibidos por la ley, contrarios a las buenas costumbres o ajenos al contrato». Esta disposición protege al trabajador en situaciones en las que se le impongan condiciones laborales que no solo sean inadecuadas o excesivas, sino que también infrinjan las normativas legales.

Asimismo, también cubre escenarios en los que el trabajador se ve obligado a realizar actividades que son insalubres o peligrosas, sin las debidas medidas de protección. En estos casos, la ley reconoce que la exposición a riesgos significativos para la salud y la seguridad del trabajador puede constituir una razón válida para la extinción del contrato. Esto asegura que el ambiente de trabajo cumpla con los estándares de seguridad y salud establecidos, y proporciona un recurso legal para los trabajadores afectados por condiciones laborales perjudiciales[77].

El exceso de tareas, susceptible de generar un daño psíquico en el trabajador, también puede ser un supuesto de hecho susceptible de ser incardinado en el precepto aquí analizado.

Sin embargo, resulta especialmente curioso el razonamiento seguido en el año 2012 por el Tribunal Regional de Trabajo de la 11ª Región —un equivalente a los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) en España— cuando señala que un fisioterapeuta que recibía 11 clientes en 4 horas suponía una carga excesiva de trabajo pero que, como la jornada era inferior a la que realizaban otros trabajadores, no se podía considerar viable la pretensión extintiva. Sostenemos que la misma es ciertamente sorprendente dado que dedicar a cada cliente un mínimo de 30 minutos situaría la cifra en 8 por jornada laboral

[77] Vid. TRT-11. RO: 0002076-16.2012.5.11.0011. Fecha de publicación: 24 de octubre de 2014.

y, resultando probado que atendía a una media de 11 diarios, indica a las claras que el riesgo de estrés o *burn out* en el trabajador era claramente previsible[78].

En el apartado b), el trabajador podrá considerar resuelto el contrato cuando: «sea tratado por el empleador o sus superiores con excesivo rigor». Específicamente, se refiere a situaciones en las que el empleador actúa de manera que menoscaba la dignidad del trabajador, como incumplir obligaciones contractuales fundamentales, realizar actos de discriminación, o adoptar comportamientos que afectan negativamente el ambiente laboral; así, se proporciona una vía para que el trabajador extinga el contrato de manera justificada, protegiendo sus derechos frente a la mala conducta del empleador.

Este inciso busca, de manera clara, equilibrar la relación laboral ofreciendo al trabajador una protección legal en casos donde la conducta del empleador crea un entorno de trabajo insostenible o abusivo. A modo ejemplificativo, podemos citar un reciente supuesto enjuiciado por el Tribunal Regional de Trabajo de la 2ª Región en el que se condena a la empresa a estar y pasar por dicha declaración al haber expuesto al trabajador a una humillación pública frente a sus compañeros y a un vaciamiento de funciones denigrante llevando a cabo conductas tales como bloquearle el acceso al ordenador que utilizaba para la prestación excesiva de sus servicios y mantenerlo, absolutamente desocupado, en la recepción del centro de trabajo[79].

En el apartado c), se otorga al trabajador la facultad de rescindir su contrato laboral cuando pueda demostrar que se encuentra en un «evidente riesgo de sufrir un daño considerable». Este precepto contempla aquellos casos en los que el ejercicio del poder de dirección empresarial ha colocado al trabajador en una situación que compromete su integridad.

En este contexto, se ha aceptado la solicitud de extinción del contrato con base en el mencionado apartado, argumentando que la reducción de las horas de descanso debido a la reorganización de los turnos de trabajo impedía al trabajador dormir más de tres horas por noche, lo que derivó en su implicación en dos accidentes posteriores[80].

En el apartado d), bajo la rúbrica «El incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del empleador», se presenta un supuesto que comparte, sin duda, el espíritu del artículo 50.1.c) del Estatuto de los Trabajadores. Este precepto abarca todos aquellos

[78] Vid. TRT-11. RO: 0001939-49.2012.5.11.0006. Fecha de publicación: 28 de mayo de 2013.
[79] Vid. TRT-02. RO: 1001006-62.2023.5.02.0705. Fecha de publicación: 15 de agosto de 2024.
[80] Vid. TRT-02. RO: 1000394-71.2024.5.02.0291. Fecha de publicación: 05 de agosto de 2024.

comportamientos graves del empleador que constituyan una violación de las obligaciones contractuales, entre las cuales se incluye el impago del Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)[81] y sobre los que existen precedentes bien establecidos por el Tribunal Superior do Trabalho (TST) de Brasil[82].

En un caso analizado en 2023 por el Tribunal Regional de Trabajo de la 5ª Región, además de acordarse la extinción del contrato por dicha causa, se debatió la posibilidad de que el trabajador perdonara la falta de aportación obligatoria al patrimonio de sus derechos. El tribunal, basándose en argumentos que podrían aplicarse en el derecho español para explicar la irrenunciabilidad de derechos, sostuvo que el trabajador carece de capacidad para renunciar a tales derechos, ya que la desigualdad inherente a las relaciones laborales y la dependencia existente constituyen un obstáculo insalvable[83].

En el apartado e) se recoge la conducta consistente «cometer el empleador o sus representantes un acto lesivo al honor y la buena reputación del trabajador o de sus familiares». Nos encontramos ante un supuesto que también sanciona el acoso moral en su manifestación de agresión verbal mediante insultos, frases degradantes o humillantes, extendiendo este reproche legal a aquellos actos dirigidos contra personas estrechamente vinculadas al trabajador por razones de parentesco. La principal diferencia entre este supuesto y el contenido en el apartado b) radica en que, en este caso, no estamos ante instrucciones aparentemente legales del empresario que puedan traducirse en una degradación de funciones que menoscabe la dignidad del trabajador, como se prevé en el artículo 50.1.a) del Estatuto de los Trabajadores. Más bien, se trata de una agresión verbal directa y reiterada por parte del superior jerárquico, que suele ir acompañada de la asignación de tareas de menor rango, pero sin la entidad suficiente para justificar una solicitud de extinción del contrato por ese motivo.

Un ejemplo de lo anterior se encuentra en una sentencia del Tribunal Regional de Trabajo de la 5ª Región, dictada en 2021, que declaró conforme a derecho la resolución contractual, después de considerar probado que la trabajadora fue objeto de expresiones

[81] El Fondo de Garantía por Tiempo de Servicio (FGTS) es un beneficio laboral en Brasil que se constituye como un ahorro obligatorio para los trabajadores, creado por el empleador. Cada mes, el empleador debe depositar el 8% del salario del trabajador en una cuenta vinculada al FGTS. Este fondo se puede utilizar en situaciones específicas como despido sin justa causa, compra de vivienda, jubilación, enfermedades graves o desastres naturales. También es un recurso importante en momentos de crisis, como durante la pandemia de COVID-19, cuando se permitió su retiro en circunstancias especiales.
[82] Vid. TST. RR: 628-41.2010.5.02.0083. Fecha de publicación: 21 de agosto de 2013.
[83] Vid. TRT-05. RO: 0000384-98.2023.5.05.0031. Fecha de publicación: 21 de agosto de 2024.

absolutamente incompatibles con una prestación de servicios digna, acompañadas de motes denigrantes y gritos, por parte de su superior[84].

En el apartado f), se faculta al trabajador para acudir al mecanismo resolutorio cuando: «el empleador o sus representantes lo ofendan físicamente, salvo en caso de legítima defensa, ya sea de sí mismo o de otra persona». Esta disposición busca proteger la integridad física del trabajador, estableciendo que cualquier acto de violencia por parte del empleador constituye una falta grave, justificando la resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador.

La única excepción prevista en esta disposición es la legítima defensa, tanto de uno mismo como de terceros. Esto significa que, si el empleador o su representante recurren a la violencia física únicamente para defenderse de una agresión inminente o real, esa acción no se considerará como una ofensa que justifique la terminación del contrato. La legítima defensa, en este contexto, debe cumplir con ciertos criterios: la respuesta debe ser proporcional al ataque, y debe estar dirigida exclusivamente a repeler una agresión injusta.

En la práctica judicial, este inciso ha sido aplicado en casos donde la agresión física es reconocida como una violación inaceptable del contrato laboral y además de implicaciones laborales puede tener relevancia penal en los términos del art. 129 del Código Penal brasileño.

En el apartado g), se recogen aquellos supuestos en los que: «el empleador reduce su trabajo, ya sea a destajo o por tarea, de manera que afecte significativamente el monto del salario». Como se deduce de su tenor literal, la intención del legislador es proteger al trabajador frente a reducciones salariales injustificadas que impacten su sustento económico.

La reducción del trabajo por parte del empleador, cuando implica una disminución considerable en los ingresos del trabajador, es vista como una falta grave que justifica la extinción indemnizada del contrato. Esta medida asegura que el empleador no pueda alterar unilateralmente las condiciones económicas del trabajador de forma perjudicial. La jurisprudencia brasileña ha aplicado este inciso en casos donde la reducción del volumen de trabajo o de las comisiones ha afectado sustancialmente el salario del

[84] Vid. TRT-05. RO: 0000426-08.2021.5.05.0003. Fecha de publicación: 17 de marzo de 2023.

trabajador, reconociendo el derecho del empleado a rescindir el contrato y recibir las indemnizaciones correspondientes[85].

Del análisis de los precedentes judiciales citados en los apartados anteriores se deriva que el procedimiento para hacer valer la institución resolutoria debe seguir una serie de etapas:

En primer término, una vez tenga lugar alguno de los presupuestos fácticos contenidos en el art. 483 CLT el trabajador deberá remitir una comunicación a su empleador transmitiéndole la existencia de una justa causa que justifica la extinción indemnizada y la cesación de servicios por su parte[86]. En segundo lugar, el trabajador debe presentar una demanda ante los tribunales dentro del plazo general de 2 años contenido en el art. 11 CLT solicitando la convalidación judicial de su decisión extintiva. Nuevamente, como viene siendo la tónica habitual fuera de nuestras fronteras, la sentencia dictada en el proceso al efecto tendrá efectos declarativos y no constitutivos.

En tercer y último lugar, tras el pronunciamiento judicial se derivarán las consecuencias correspondientes al sentido del fallo; en el caso de que se desestime, la cesación de servicios será considerada como un abandono del puesto de trabajo con todos los efectos inherentes a tal declaración.

Por el contrario, si el fallo resulta estimatorio, las consecuencias serán similares a las recogidas para el despido sin justa causa. A saber:

a) Aviso previo: Pago del monto correspondiente al período de aviso previo no trabajado. El aviso previo tiene una duración de 30 días para la mayoría de los contratos de trabajo; este período comienza a contarse a partir de la fecha en que se comunica la intención de terminar el contrato[87].

b) Saldo de salarios: Pago correspondiente a los días trabajados y aún no remunerados hasta la fecha de terminación del contrato. Esto se refiere claramente a la compensación económica que el empleador debe abonar al trabajador por los

[85] Vid. TRT-05. RO: 1001517-92.2019.5.02.0384. Fecha de publicación: 16 de agosto de 2024.

[86] La comunicación al empleador no constituye un requisito de procedibilidad para la extinción indemnizada; sin embargo, dado que el trabajador cesará su asistencia al puesto de trabajo, es recomendable dejar constancia fehaciente de que su decisión ha sido motivada por los incumplimientos graves del empresario. Esto es importante para prevenir que el empleador alegue un supuesto abandono del puesto de trabajo, ya que la clara manifestación del *animus* del trabajador refuerza su posición y evidencia que la interrupción de sus labores se debe a las faltas imputables al empleador.

[87] Art. 487.II.4º del CLT cuando señala: «Si no hay un plazo estipulado, la parte que, sin justa causa, desee rescindir el contrato deberá notificar a la otra de su resolución con la antelación mínima de: treinta días a los que perciban por quincena o mes, o que tengan más de 12 (doce) meses de servicio en la empresa» y añade «Se debe previo aviso en el despido indirecto».

días efectivamente trabajados que no han sido pagados al momento de finalizar el contrato. Este pago forma parte del proceso de liquidación de las obligaciones laborales del empleador al concluir la relación laboral.

c) Vacaciones vencidas y proporcionales: Se trata de las sumas que el empleador debe abonar al trabajador por las vacaciones que no han sido disfrutadas o que se acumulan durante el año en curso, además de un tercio adicional, conforme a lo estipulado por la ley[88].

d) Decimotercer salario proporcional: Este es un beneficio adicional que los empleadores en Brasil están obligados a abonar a sus empleados al final del año. Representa una forma de compensación basada en el tiempo trabajado a lo largo del año y tiene como objetivo proporcionar un alivio económico adicional durante el período festivo[89].

e) Fondo de Garantía por Tiempo de Servicio: En caso de despido sin causa, el trabajador tiene derecho a retirar el saldo acumulado en su cuenta del Fondo de Garantía por Tiempo de Servicio (FGTS) y a recibir una indemnización adicional del 40% sobre el total acumulado en dicha cuenta[90].

3.3.3. Colombia: el despido indirecto

El derecho al trabajo en Colombia está regulado en el art. 25 de la Constitución Política de Colombia de 1991. En este sentido, su tenor literal reza de la siguiente manera: «El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas».

La resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, fundada en un incumplimiento grave del empresario, está regulada por el art. 62.B) del Código Sustantivo del Trabajo. A lo largo de dicho apartado se recogen hasta 12 causas que justifican el recurso al mecanismo de la extinción indemnizada y que se pasan a enumerar a continuación.

[88] Esta obligación está regulada en los artículos 129 y 142 de la CLT y es un componente importante de la liquidación final al terminar el contrato de trabajo.
[89] La obligación de pagar el 13º salario está establecida en el art. 1 de la Ley 4.090/1962.
[90] Artículo 4º de la Ley 8.036/1990.

El primero de los motivos recoge como causa extintiva: «El haber sufrido engaño por parte del empleador, respecto de las condiciones de trabajo». El engaño por parte del empleador respecto a las condiciones de trabajo del empleado puede constituir una causa válida para solicitar la extinción del contrato de trabajo. Este engaño se refiere a situaciones en las que el empleador proporciona información falsa o distorsionada sobre aspectos fundamentales del empleo, como el salario, las funciones, el horario o las condiciones laborales. Según el principio de buena fe que rige las relaciones laborales en el país, tanto empleador como trabajador deben actuar con honestidad y transparencia. Por lo tanto, un engaño significativo que afecte a las condiciones laborales puede considerarse una violación grave de este principio, justificando así la resolución del contrato por parte del trabajador[91].

El precepto se inspira en las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo e incluye un elemento volitivo por parte del empleador, toda vez que el engaño —entendido como la acción de inducir a error o confundir a una persona mediante la presentación de información falsa o distorsionada— requiere una conducta activa por parte del empresario tendente a mover la voluntad del empleado.

El ejemplo más claro lo podemos encontrar en aquellos supuestos en los que se oferta un puesto de trabajo con una determinada información sobre jornada de trabajo, horario y distribución, régimen de trabajo a turnos, sistema o cuantía de la remuneración salarial, sistema de trabajo o rendimiento, funciones o análogos y la realidad tras la efectiva prestación de servicios es notoriamente distinta[92].

El segundo de los motivos señala como causa extintiva: «Todo acto de violencia, malos tratamientos o amenazas graves inferidas por el empleador contra el trabajador o los miembros de su familia, dentro o fuera del servicio, o inferidas dentro del servicio por los parientes, representantes o dependientes del empleador con el consentimiento o la tolerancia de éste». Este tipo de conducta no solo vulnera la dignidad y los derechos

[91] Art. 55 CST: «El contrato de trabajo, como todos los contratos, deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obliga no sólo a lo que en él se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por la ley pertenecen a ella».

[92] La preocupación sobre las condiciones de trabajo engañosas o poco claras no constituye un motivo de preocupación solamente para el legislador colombiano sino que, en la Unión Europea, ya se encuentra promulgada la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea cuyo objetivo principal no es sino mejorar las condiciones de trabajo mediante la promoción de un empleo que ofrezca una transparencia y una previsibilidad mayores, a la vez que se garantiza la capacidad de adaptación del mercado laboral (art. 1) y velar por que se exija a los empleadores informar a los trabajadores sobre los elementos esenciales de su relación laboral (art. 4).

fundamentales del trabajador, sino que también rompe la confianza y la buena fe que debe prevalecer en la relación laboral. La ley protege al trabajador frente a estas conductas abusivas, permitiéndole poner fin al contrato de trabajo sin que ello afecte sus derechos a indemnizaciones y prestaciones.

Además, el artículo contempla la responsabilidad del empleador no solo por sus propias acciones, sino también por las acciones de sus parientes, representantes o dependientes, siempre que estos actos de violencia, malos tratos o amenazas graves ocurran con el consentimiento o la tolerancia del empleador. Esto significa que el empleador debe garantizar un entorno de trabajo seguro y respetuoso, no solo en cuanto a su conducta personal, sino también vigilando y controlando el comportamiento de aquellos que, bajo su supervisión, puedan interactuar con el trabajador. La omisión o tolerancia de estos actos por parte del empleador se considera igualmente grave y justifica la terminación del contrato por parte del trabajador.

Un ambiente de trabajo seguro y respetuoso es fundamental para el desempeño adecuado de las funciones del trabajador. Cuando este ambiente se ve comprometido por actos de violencia, amenazas o malos tratos, se considera que la relación laboral ha sido irreparablemente dañada, lo que justifica el recurso al mecanismo de la extinción indemnizada sin perjuicio de las repercusiones penales que puedan tener dichas conductas[93].

El tercero de los motivos refiere como causa extintiva: «Cualquier acto del empleador o de sus representantes que induzca al trabajador a cometer un acto ilícito o contrario a sus convicciones políticas o religiosas». Esta disposición busca proteger la integridad moral y ética del trabajador, garantizando que no sea presionado para participar en actividades que contravengan la ley o que violen sus principios fundamentales. La relación laboral debe basarse en el respeto mutuo, y cualquier intento del empleador de manipular o coaccionar al trabajador para que infrinja la ley o traicione sus valores personales se considera una grave violación de esta relación.

La inducción a cometer actos ilícitos puede incluir una amplia gama de conductas, desde la exigencia de participar en actividades fraudulentas hasta la realización de acciones que infrinjan normativas legales o contractuales. Cuando el empleador o sus representantes

[93] En el Código Penal de Colombia, las amenazas y los malos tratos están regulados en varios artículos que buscan proteger a las personas de actos de violencia y abuso, pudiéndose citar el art. 105 referente a las lesiones personales y el art. 202 relativo a las amenazas.

ejercen este tipo de presión, están poniendo en riesgo no solo la reputación y la seguridad del trabajador, sino también su libertad. Además, obligar al trabajador a actuar en contra de sus convicciones políticas o religiosas atenta directamente contra sus derechos fundamentales, como la libertad de pensamiento, conciencia y religión, que están protegidos por la Constitución y los tratados internacionales suscritos por Colombia[94].

En estos casos, el trabajador tiene el derecho de dar por terminado el contrato de trabajo de manera justificada, sin que esto afecte sus derechos a recibir indemnización por despido injusto y otras prestaciones sociales.

El cuarto de los motivos remarca como causa extintiva: «Todas las circunstancias que el trabajador no pueda prever al celebrar el contrato, y que pongan en peligro su seguridad o su salud, y que el empleador no se allane a modificar». Esta disposición busca proteger al trabajador de condiciones laborales peligrosas o insalubres que se manifiesten después de la firma del contrato y que no fueron anticipadas por él. En este contexto, la ley reconoce que la preservación de la vida, la salud y la integridad física del trabajador son prioritarias y, por lo tanto, cualquier situación que amenace estos aspectos puede justificar la terminación del contrato de manera unilateral por parte del trabajador.

Para que el trabajador pueda acogerse a esta causa de terminación, es necesario que la situación de peligro o riesgo sea real y significativa, y que el trabajador haya intentado, sin éxito, que el empleador modifique las condiciones laborales que generan el riesgo. El empleador, en su deber de protección, debe estar dispuesto a adaptar las condiciones de trabajo para garantizar la seguridad y salud de sus empleados[95].

Si el empleador se niega o no muestra disposición para modificar las condiciones que ponen en riesgo al trabajador, se configura una causa justa para que este pueda terminar el contrato sin perder su derecho a las indemnizaciones y prestaciones correspondientes.

El quinto de los motivos establece como causa extintiva: «Todo perjuicio causado maliciosamente por el empleador al trabajador en la prestación del servicio». Cuando un empleador actúa de manera maliciosa, generando un perjuicio para el trabajador, se está

[94] En relación a tales derechos fundamentales, conviene citar de manera expresa los arts. 13, 19, 20 y 38 donde se recoge la igualdad ante la ley, la libertad de conciencia, la libertad de pensamiento y expresión, así como la libertad de asociación.

[95] Habida cuenta de que el requerimiento previo se constituye como un verdadero requisito de procedebilidad, resulta indispensable llevarla a cabo por algún medio fehaciente que deje constancia del intento para su posterior acreditación en juicio.

incumpliendo una de las obligaciones esenciales de la relación laboral: el deber de cuidado y protección hacia el empleado.

Estos perjuicios pueden manifestarse de diversas formas, como la asignación de tareas imposibles o humillantes, la obstrucción del desarrollo profesional del trabajador, la retención injustificada de salarios o beneficios, o cualquier otra acción que, de manera consciente, busque afectar negativamente la integridad física, emocional o económica del trabajador. En tal sentido, la carga probatoria se encuentra manifiestamente inclinada hacia la parte empresarial[96].

Este mecanismo legal es crucial para garantizar un entorno laboral justo y equitativo, donde los trabajadores estén protegidos contra el abuso de poder y las prácticas desleales por parte del empleador. Al permitir que el trabajador ponga fin a la relación laboral en casos de malicia por parte del empleador, se refuerza la importancia de la ética y la responsabilidad en el ámbito laboral, promoviendo un clima de respeto y dignidad que es esencial para el bienestar de los trabajadores y la estabilidad de las relaciones laborales.

El sexto de los motivos establece como causa extintiva: «El incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del empleador, de sus obligaciones convencionales o legales». Este apartado protege al trabajador de situaciones en las que el empleador, de manera reiterada, no cumple con sus deberes esenciales establecidos por la ley o por acuerdos colectivos, como el pago de salarios, prestaciones, seguridad social, condiciones de trabajo acordadas, entre otros. Este incumplimiento constante socava la relación laboral y genera un entorno de inseguridad e inestabilidad para el trabajador, quien tiene derecho a una relación laboral justa y respetuosa de sus derechos.

Para que este incumplimiento sea considerado causa justa para la terminación del contrato, debe ser sistemático, es decir, debe tratarse de una conducta recurrente y no de un incumplimiento aislado o esporádico. Además, el empleador no debe tener razones válidas que justifiquen su incumplimiento. Esto significa que el trabajador debe poder demostrar que el empleador ha estado faltando a sus obligaciones de manera continua y

[96] Vid. CSJ. Sala de Casación Laboral. Sentencia 3956 de 20 de noviembre de 1990, cuando dispone: «La tutela minuciosa que la ley ha dado a los salarios y prestaciones sociales sería inoperante y sin sentido si el trabajador, además de tener que demostrar su acreencia tuviera que asumir también la carga de probar la mala fe del patrono que dejó de pagarla para obtener el reconocimiento judicial del derecho a la indemnización por mora. Aparte la dificultad práctica que semejante carga probatoria significaría para el trabajador, es evidente que todas las garantías legales que se han enunciado propenden a que el patrono sea en todo caso sumamente diligente y cuidadoso en la liquidación y pago de los salarios y prestaciones sociales que adeude a sus trabajadores, hasta el punto de que si a la finalización del contrato quedan a su cargo deudas insolutas por dichos conceptos, sea suya la carga de demostrar esa diligencia y cuidado que acreditarán su buena fe, exculpatoria de la indemnización por mora».

sin justificación legal o razonable. La reiteración de este tipo de conductas por parte del empleador muestra un desprecio por las obligaciones contractuales y legales, lo que legitima al trabajador para dar por terminada la relación laboral sin que esto comprometa la indemnización y otras prestaciones.

El séptimo de los motivos establece como causa extintiva: «La exigencia del empleador, sin razones válidas, de la prestación de un servicio distinto, o en lugares diversos de aquél para el cual se le contrató». Esta disposición protege al trabajador frente a cambios unilaterales e injustificados en las condiciones de su empleo, asegurando que el puesto y las responsabilidades para las cuales fue contratado no sean alterados arbitrariamente por el empleador. Cuando el empleador impone un cambio en las funciones o el lugar de trabajo sin justificación adecuada, está vulnerando los términos esenciales del contrato y afectando la estabilidad laboral del trabajador[97].

Para que el trabajador pueda acogerse a esta causa de terminación, es fundamental que la exigencia del empleador carezca de razones válidas. Esto implica que el empleador no puede justificar el cambio con motivos legítimos como una reorganización empresarial, una necesidad operativa demostrada o cualquier circunstancia que haga imprescindible la modificación. Sin una justificación sólida, la imposición de nuevas funciones o la reubicación del trabajador puede ser considerada como un abuso de poder que desvirtúa el objeto inicial del contrato de trabajo. Esto genera una alteración sustancial de las condiciones laborales pactadas, afectando los derechos y expectativas legítimas del trabajador.

El octavo de los motivos establece como causa extintiva: «Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones que incumben al empleador, de acuerdo con los artículos 57 y 59 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos»[98].

[97] Nos encontramos ante un claro ejemplo de lo que en el derecho español sería un supues de movilidad geográfica del art. 40 del Estatuto de los Trabajadores.

[98] La dicción del precepto guarda ciertas similitudes con la aplicación práctica del apartado c) del art. 50.1 ET, el cual nos remite a los derechos generales del trabajador contenidos en el art. 4 ET. En este caso, más que remitirse a los derechos del trabajador en sentido positivo, hace una referencia a las obligaciones y prohibiciones del empresario, en sentido negativo, a fin de salvaguardar los derechos de los empleados.

Este precepto legal protege al trabajador contra conductas del empleador que infringen de manera seria y significativa los deberes fundamentales de la relación laboral, garantizando que el trabajador pueda retirarse de su empleo sin renunciar a sus derechos.

El artículo 57 del CST describe las principales obligaciones del empleador, como pagar puntualmente el salario, proporcionar un ambiente de trabajo seguro, respetar la dignidad del trabajador, y cumplir con las prestaciones sociales. El artículo 59, por su parte, establece una serie de prohibiciones, como no exigir trabajo en horas extras sin autorización, no descontar salarios de manera ilegal, y no retener documentos personales del trabajador[99].

Una violación grave de estas disposiciones, como la falta reiterada de pago de salarios o la exposición del trabajador a riesgos graves sin las medidas de protección adecuadas, constituye una falta que justifica la terminación del contrato por parte del trabajador. Además, la ley contempla que otras faltas graves pueden estar definidas en convenios colectivos, contratos individuales, fallos arbitrales, o reglamentos internos. Estas faltas pueden incluir incumplimientos específicos que, aunque no estén expresamente detallados en la ley, son considerados graves en el contexto particular de la relación laboral. Cuando el empleador incurre en estas faltas, ya sea por negligencia o por una violación deliberada, se rompe la confianza y la equidad que deben caracterizar la relación de trabajo, lo que legitima al trabajador para finalizar el contrato sin consecuencias negativas en cuanto a sus derechos a indemnizaciones y demás prestaciones.

Como requisitos aplicables a todos los supuestos, cabe señalar que en el momento en el que el trabajador comunique a su empleador la resolución del contrato de trabajo deberá especificar los motivos que sustentan dicha decisión, no pudiendo ser modificados o alterados posteriormente en vía judicial. Asimismo, el trabajador no está obligado a continuar prestando servicios hasta que se emita una sentencia; Una vez que el trabajador decide que ha habido un despido indirecto, puede considerar que la relación laboral ha terminado y, por lo tanto, no está obligado a seguir trabajando. En cuanto al plazo para

[99] Vid. CSJ. Sala de Casación Laboral. Sentencia 5886 de 30 de julio de 1993, cuando dispone: «Como los artículos 59 y 149 del código no establecen ninguna distinción sobre la oportunidad de la prohibición al empresario de descontar unilateralmente sumas de dinero, debe entenderse que ella abarca no sólo la vigencia del contrato de trabajo, sino también su terminación, y protege tanto los salarios como las prestaciones sociales. Lo anterior es una manifestación de la especial protección de que goza el trabajo, y particularmente el derecho a la retribución de los servicios del trabajador, cuya eficacia quedaría desamparada si se prohijara la procedencia de estipulaciones genéricas preimpresas en los contratos laborales que probablemente suscribirían algunos empleados al comenzar su relación laboral en razón de su inferioridad económica y que eventualmente podrían facultar a una de las partes para hacerse justicia por sí y ante sí anticipadamente, a pesar de que su presunto derecho sea controvertible judicialmente».

interponer la demanda, el trabajador tiene un plazo de 3 años para llevarla a cabo ante la autoridad competente. Este plazo comienza a contarse desde el momento en que el trabajador tiene conocimiento del acto que considera como despido indirecto y de la terminación de la relación laboral[100].

Finalmente, si se estima la pretensión extintiva, el trabajador tendrá derecho a la indemnización legal correspondiente como si hubiera sido despedido sin justa causa[101], a que se finiquite su relación laboral[102], así como a las prestaciones sociales que legalmente le correspondan[103].

3.3.4. Chile: el autodespido

El derecho al trabajo en Chile está regulado en el art. 19 de la Constitución Política de Chile de 1980. En este sentido, su tenor literal reza de la siguiente manera: «Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección de trabajo con una justa retribución». El desarrollo normativo se lleva a cabo a través del Código del Trabajo de Chile (CTC) y la regulación del despido indirecto sigue una mecánica, en términos de técnica legislativa, de remisión normativa, pues no existe un artículo, como tal, que recoja los incumplimientos del empleador susceptibles de activar el mecanismo de la extinción indemnizada.

Por el contrario, sí que se recogen de manera expresa los incumplimientos que pueden ser llevados a cabo por el trabajador y que fundamentarían su despido sin derecho a indemnización; ello se recoge en el art. 160.1 del CTC. A saber: «Alguna de las conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas, que a continuación se señalan: a) Falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones; b) Conductas de acoso sexual; c) Vías de hecho ejercidas por el trabajador en contra del empleador o de cualquier trabajador que se desempeñe en la misma empresa; d) Injurias proferidas por el trabajador al empleador; e) Conducta inmoral del trabajador que afecte a la empresa donde se desempeña, y f) Conductas de acoso laboral».

---

[100] Art. 488 del CST en relación con el art. 489 del mismo cuerpo legal.

[101] En el art. 64 del CST se recogen los importes a los que tiene derecho el trabajador en concepto de indemnización por despido. El cálculo de la misma se encuentra principalmente influenciado por la antigüedad y el salario.

[102] Aquí se incluyen salarios devengados y no pagados, vacaciones, así como horas extraordinarias de manera muy similar a los conceptos que se finiquitan en la relación laboral en España.

[103] Especialmente relevante resulta la cesantía, tratándose de ue se refiere a una prestación social que se otorga a los trabajadores para protegerlos en caso de terminación del contrato de trabajo. Es un ahorro que el empleador debe consignar anualmente en una entidad fiduciaria o en un fondo de cesantías a nombre del trabajador.

Además de lo anterior, son dos más las conductas proscritas, las cuales se recogen en los apartados 5 y 7 del meritado precepto bajo la siguiente denominación: «Actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos», así como el «Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato».

Como podemos comprobar, el sujeto activo de todas las conductas es el empleado. Pues bien, la mecánica por la que ha optado el legislador chileno para regular el despido indirecto, o autodespido, es remitirse a los incumplimientos del empleado pero indicando que deben ser interpretadas como si el sujeto activo fuera el empleador[104].

Sin perjuicio de la decisión, en términos de técnica legislativa, tomada por el legislador chileno, la cual es ciertamente efectiva en términos de economía legislativa, a continuación vamos a analizar de manera individualizada los referidos supuestos desde la perspectiva de la extinción indemnizada por parte del trabajador.

a) Falta de probidad

En cuanto a la conceptualización de la falta de probidad, la Dirección del Trabajo chilena la ha definido como: «La falta de honradez, integridad y rectitud en el actuar del trabajador en el desempeño de sus funciones»[105].

Del análisis de la casuística judicial se puede deducir que el presente apartado es generalmente alegado cuando el empleador se apropia de las cotizaciones sociales del trabajador; bien sea de la correspondiente a la Administradora de Fondos de Cesantía (AFC), a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) o al Fondo Nacional de Salud (FONASA)[106].

En tal sentido, se ha entendido que concurre la meritada falta de probidad cuando el empleador no declara ni abona el pago de las cotizaciones previsionales ante las Administradoras de Fondos de Pensiones[107].

[104] Art. 171 CTC: «Si quien incurriere en las causales […], fuere el empleador, el trabajador podrá poner término al contrato y recurrir al juzgado respectivo, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la terminación, para que éste ordene el pago de las indemnizaciones establecidas […]».
[105] DIRECCIÓN DEL TRABAJO. *¿Qué debe entenderse por falta de probidad para los efectos de poner término al contrato?*. 2024 [fecha de consulta 25 de agosto de 2024]. Disponible en: https://www.dt.gob.cl/portal/1628/w3-article-60514.html.
[106] Corte de Apelaciones de Santiago. *Ana Isabel Muñoz Espinosa c. Clínica Grecia S.A.* 04-12-2003. ROL: 229-2003.
[107] Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua. *Bustos c. Grado Cero Spa.* 26-08-2024. ROL: O-133-2024.

b) Acoso sexual

El art. 2 del CTC recoge una definición de acoso sexual que reza del siguiente tenor literal: «El acoso sexual, entendiéndose por tal el que una persona realice, en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo».

La Corte Suprema ha tenido oportunidad de pronunciarse en los últimos años sobre dicha conducta y ha subsumido dentro de los comportamientos objeto de censura los consistentes en tocamientos del cuerpo por parte de una encargada, tanto en público como en privado, y bajo amenaza de ser despedida cuando protestaba[108].

Por lo tanto, a la vista de la gravedad de la conducta descrita, resulta lógico sostener que la concurrencia de tales comportamientos por parte del empleador pueda constituir una de las causas susceptibles de activar la extinción indemnizada del contrato de trabajo por parte de las víctimas.

c) Vías de hecho

Cuando hablamos de vías de hecho estamos haciendo referencia, según el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico a una: «Conducta indebida del trabajador que cuando tiene carácter grave habilita al empleador para proceder al despido disciplinario».

A pesar de la claridad de la conductas descritas, lo cierto y verdad es que la relevancia jurisprudencial ha sido más bien escasa. Por parte de la Corte Suprema se ha abordado en un par de ocasiones la cuestión con resultado negativo para los intereses del trabajador[109].

En un marco laboral justo, la relación entre empleador y trabajador debe estar basada en el respeto mutuo, la buena fe y el cumplimiento de las obligaciones contractuales. La vía de hecho rompe con estos principios al imponer condiciones de trabajo injustas o al cometer abusos de poder que vulneran los derechos del trabajador. En este contexto, la vía de hecho se convierte en una causa legítima para que el trabajador opte por el despido indirecto

[108] Cfr. Corte Suprema. *Giselle Maturana Lastra Jimenes c. Sociedad Comercial Maicao LTD*. 18-03-2009. ROL: 80-2009 y Corte Suprema. Tatiana (anonimizado) c. Línea Aérea Nacionalde Chile S.A.. 20-10-2011. ROL: 9313-2010.
[109] Cfr. Corte Suprema. *García c. Telepizza Chile S.A.* 18-01-2013. ROL: 2202-2012 y Corte Suprema. Cristian Rojas Ropia c. A.C.M Ingeniería. 30-06-2005. ROL: 906-2005.

d) Injurias

La conceptualización de las injurias en materia laboral en el CTC se encuentra vacío de contenido, lo que nos impide aportar una definición legal sobre la misma. Sin embargo, la jurisprudencia ha tratado de colmar ese vacío y se han aportado diversos enunciados al efecto.

Por una parte, las injurias han sido definidas como: «[…] la acción que implica afrenta o agravio, esto es, el dicho que ofende la honra o toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona». Por otro lado, han sido caracterizadas como: «Que las injurias […] deben entenderse en su sentido natural y obvio, es decir, expresiones que agravian o ultrajan a otro, mediando obras o palabras que lo agravian». Y, finalmente, la que a nuestro juicio es la más acertada y completa de todas ha señalado que: «La ofensa verbal es […] la expresión oral o escrita que comporta un injusto ataque a la persona (o entidad empresarial) ofendiéndola en su honor o vejándola en su dignidad personal, presuponiendo en todo caso la existencia de una acción ejercida en deshonra, descrédito o menosprecio»[110].

Es fundamental que las injurias se comprendan dentro de su justo contexto; no todas las expresiones o comportamientos inconvenientes deben considerarse injuriosos. Para que una conducta sea catalogada como injuria, debe ser lo suficientemente grave como para afectar la dignidad del trabajador de manera tangible y significativa. Esto implica que las palabras o actos del empleador no solo deben ser ofensivos, sino que también deben tener un efecto negativo claro en el ambiente laboral o en la percepción que el trabajador tiene de sí mismo dentro de ese entorno.

Además, para justificar un despido indirecto, es crucial que exista un ánimo de injuriar por parte del empleador. Este elemento es esencial, ya que el despido indirecto es una medida extrema que no puede basarse en interpretaciones subjetivas o en conductas de menor entidad que no reflejan una verdadera intención de dañar.

e) Conducta inmoral

[110] Corte de Apelaciones de Santiago. *Pérez c. Servicios Funerarios San Pedro.* 20-04-2016. ROL: 5-2016.

En el contexto laboral, una conducta inmoral puede manifestarse en acciones que afectan negativamente el ambiente de trabajo, las relaciones entre empleados y empleadores, o que comprometen la integridad de la empresa. Estas acciones son vistas como inaceptables porque van en contra de los principios básicos de convivencia y respeto que deben regir cualquier relación laboral.

Sin embargo, dada la remisión del art. 171 CTC al art. 160 del mismo cuerpo legal, se produce un obstáculo insalvable para la aplicación práctica del despido indirecto con fundamento en una conducta inmoral del empresario toda vez que el segundo de los preceptos mencionados señala que dicha conducta inmoral debe afectar a la empresa; lo cual es ciertamente complicado, pues no resulta especialmente previsible que el empleador lleve a cabo acciones que afecten a su propia empresa (salvo en una concepción genérica que incluyese por ejemplo el daño a la imagen de la organización).

A la luz de las observaciones presentadas, es evidente que la actual redacción del precepto legal presenta una contradicción que dificulta su aplicación práctica. Esta incoherencia legal no solo debilita la protección de los derechos de los trabajadores, sino que también limita la efectividad del precepto como herramienta para sancionar comportamientos éticamente reprobables por parte del empleador. Por tanto, es crucial modificar el precepto para eliminar la necesidad de que la conducta inmoral afecte a la empresa, permitiendo que el enfoque se centre en el impacto negativo que tal conducta tiene sobre los trabajadores y el ambiente laboral.

f) Acoso laboral

La Corte de Apelaciones de Santiago, en el año 2009, tomo la definición otorgada por el Doctor en psiquiatría y psicología Sr. Heinz Leymann, en la década de los 80, cuando defnió el *mobbing* como: «un proceso de destrucción; se compone de una serie de actuaciones hostiles, que tomadas de manera aislada podrían parecer anodinas o sin importancia, pero cuya repetición constante tiene efectos perniciosos con el fin de destruir las redes de comunicación o reputación de la víctima o víctimas o de perturbar el ejercicio de sus labores, hasta que finalmente acaben por abandonar el lugar de trabajo»[111].

Algunos autores han distinguido entre acoso laboral vertical, horizontal o mixto. Las diferencias fundamentales entre los tipos de acoso laboral radican en la dirección de la hostilidad: el acoso vertical se da entre diferentes niveles jerárquicos, pudiendo ser

[111] Corte de Apelaciones de Santiago. *Pérez c. Servicios Funerarios San Pedro.* 20-04-2016. ROL: 5-2016.

descendente (de un superior a un subordinado) o ascendente (de subordinados hacia un superior); el acoso horizontal ocurre entre compañeros del mismo nivel jerárquico, motivado generalmente por competencia o conflictos personales; y el acoso mixto combina ambas dinámicas, con el trabajador siendo acosado simultáneamente por superiores y colegas, lo que crea un entorno de trabajo especialmente hostil y perjudicial[112].

Este tipo de situaciones constituye un motivo prototípico y generalmente aceptado como para que el trabajador solicite la resolución del contrato de trabajo en base a un incumplimiento grave del empleador. Ciertamente, no podría ser de otra forma pues pocas situaciones generan una mayor lesión de derechos fundamentales tales como la integridad física y psíquica, el derecho a la vida privada, a la honra y a la no discriminación como esta. (tomo)

g) Actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o a la salud

En el numeral 5º del art. 160 del CTC se recoge la siguiente apertura causal susceptible de activar el mecanismo del despido indirecto: «Actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos». Este precepto se relaciona directamente con la prevención de riesgos laborales y la obligación del empresario de garantizar un entorno de trabajo seguro. En el marco legal chileno, el empleador tiene el deber de implementar todas las medidas necesarias para proteger la vida y salud de sus trabajadores, tal como lo establece la Ley N° 16.744 sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, así como el Código del Trabajo.

Si un empleador no cumple con estas obligaciones, incurriendo en actos u omisiones que pongan en peligro la seguridad o salud de los trabajadores, estos pueden considerar dicha conducta como un incumplimiento grave de las obligaciones del empleador. En tal caso, el trabajador tiene el derecho de solicitar el despido indirecto. Al tratarse de la resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, es esencial ponderar cuidadosamente la gravedad de la conducta del empleador, dado que esta medida es drástica y extraordinaria[113].

[112] FRAGA YOLI, Andrea. *Situación actual del mobbing en Chile: Regulación legal y jurisprudencial.* 1.ª Ed. Santiago: UDD, 2014, p. 448.
[113] Vid. Corte Suprema. *José Covarrubias Urrutia c. Compass Catering*. 28-04-2005. ROL: 775-2004.

La proporcionalidad debe primar en la evaluación de los hechos para garantizar que esta medida se aplique únicamente cuando la gravedad del comportamiento lo amerite, evitando así la banalización de una herramienta legal que, aunque necesaria, debe ser utilizada con prudencia y responsabilidad.

h) Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato

La presente apertura causal constituye una suerte de cláusula de cierre en virtud de la cual dentro de los contornos del presente apartado pueden incluirse todos aquellos supuestos que gocen de una gravedad suficiente como para recurrir al mecanismo de la extinción indemnizada pero que, en cambio, no se encuentren recogidos entre los supuestos mencionados anteriormente.

Del análisis jurisprudencial del presente motivo podemos destacar su inclusión de manera complementaria aún cuando las conductas denunciadas tienen encaje en supuestos anteriores. Asimismo, es el precepto prototípico por el que se hace valer una de las causas principales que justifican la resolución contractual por esta vía, que no es sino la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado. Este incumplimiento no solo afecta el bienestar económico del trabajador, sino que también vulnera uno de sus derechos más básicos, que es recibir una remuneración justa y oportuna por su labor[114].

Los retrasos continuados en el pago de las remuneraciones también pueden justificar la solicitud de despido indirecto, ya que generan una incertidumbre financiera y un perjuicio constante para el trabajador; este tipo de incumplimiento refleja una falta de seriedad y de compromiso por parte del empleador hacia las obligaciones contractuales, lo cual afecta la estabilidad y seguridad económica del trabajador.

Como notas procesales características de todos los supuestos anteriormente desarrollados cabe señalar que el trabajador que opta por finalizar la relación laboral a través del despido indirecto debe cumplir con el deber de notificar tanto a su empleador como a la Inspección del Trabajo. Esta notificación al empleador debe efectuarse por escrito, ya sea en persona o mediante carta certificada enviada al domicilio especificado en el contrato de trabajo.

En dicha comunicación, el trabajador debe exponer detalladamente las razones y hechos que justifican su decisión, y debe realizarla dentro de los 3 días hábiles posteriores a la finalización de la relación laboral. Aunque es crucial cumplir con este procedimiento, la

[114] Corte Suprema. *María Campos Jimenes c. Ilustre Municipalidad de Concón.* 29-08-2024. ROL: 215305-2023.

falta de precisión en la forma no invalida la solicitud de despido indirecto ni impide que produzca todos sus efectos legales[115].

La terminación del contrato de trabajo ocurre cuando el trabajador manifiesta su voluntad de invocar las causas de despido indirecto, separándose de sus actividades laborales. En este contexto, la declaración judicial no se centra en la finalización del contrato en sí, sino en la verificación de la causa alegada y en el cálculo de las indemnizaciones correspondientes (art. 160 CTC). Si el tribunal no considera que el despido indirecto está suficientemente probado, se interpreta que el contrato ha terminado por renuncia.

4. Consideraciones finales en torno a la resolución contractual

Atendiendo a las consideraciones de los apartados anteriores, la regulación en materia de extinción indemnizada del ordenamiento jurídico español difiere de la contenida en los países de nuestro entorno. Todos los ordenamientos analizados coinciden en la posibilidad de la resolución extrajudicial del contrato de trabajo por la mera voluntad del trabajador sin perjuicio de que posteriormente se verifique la corrección de la misma en sede judicial ante la impugnación de alguna de las partes intervinientes. Es cierto que existe la posibilidad de que si el trabajador abandona su puesto de trabajo y posteriormente se declara no ajustada a derecho, su pretensión extintiva corra el riesgo de que se interprete como abandono del puesto de trabajo. Sin embargo, la necesidad de pervivencia de la relación laboral inflige al trabajador unos padecimientos innecesarios en tanto que le requiere seguir expuesto a una serie de circunstancias lesivas para su integridad física y moral, como puede ser el acoso, la degradación de funciones, el perjuicio de su dignidad personal, así como perjuicios graves e irreparables en su vida personal y social cuando concurren faltas de pago y retrasos continuados.

Por esta razón, cabe preguntarse si verdaderamente el ordenamiento jurídico español es tuitivo con el trabajador o se ha quedado anclado en teorías falsamente proteccionistas bajo el dogma de la protección del operario en relación con el resto de sistemas que se siguen en los países de nuestro entorno. A nuestro parecer, entendemos que la necesidad de pervivencia de la relación laboral constituye un obstáculo más que una ventaja, pues la consecuencia inherente a la exposición continuada de un trabajador a un agente perjudicial para su integridad, en el sentido amplio de la palabra, es la incapacidad temporal. Resulta relativamente sencillo de inferir que las exigencias jurídicas y las exigencias de la vida cotidiana se enfrentan en este punto: mientras que un trabajador que

[115] Tal y como dispone el párrafo cuarto del art. 171 CTC.

está sometido a situaciones humillantes busca por todos los medios no volver a enfrentarse a ellas, el ordenamiento jurídico le exige, como requisito indispensable, la pervivencia de la relación laboral, lo que se deriva en la exposición continuada y prolongada a los agentes causantes del efecto pernicioso.

A través delas medidas cautelares puede poner remedio a dicha circunstancia, pero es un «cara o cruz» que, ciertamente, lleva al extremo la situación; pues si no otorga la protección solicitada al trabajador, lo expondrá a los mentados agentes degradantes y, si otorga la protección cautelar y exime al trabajador de la obligación de prestar servicios con mantenimiento del pago de salarios y de la cotización del trabajador, está situando al empresario ante una circunstancia ciertamente gravosa en términos económicos que le puede derivar en perjuicios económicos, en ocasiones irreparables. Desde el punto de vista de la práctica diaria, la cuestión se torna complicada a la vista del mal endémico que afecta a la administración de justicia: la falta de medios y la lentitud de los procedimientos. Si el remedio para una situación inminente son las medidas cautelares y estas tardan más de dos meses en resolverse, no existe remedio.

Al final, la única alternativa viable para el trabajador es verse abocado a aceptar un mal acuerdo con tal de no tener que reincorporarse al trabajo, o condenarlo a encontrarse en periodos de incapacidad temporal durante el lapso que dure la resolución de las medidas cautelares, siempre que, finalmente, sean favorables. Sin embargo, la resolución de las medidas cautelares también tendrá un efecto perjudicial para cualquiera de las partes a la hora de intentar llegar a un acuerdo extrajudicial y poner fin a la controversia sin necesidad de ir a juicio. Y esto se debe a las siguientes razones:

a) Si solicitada la exención de prestación de servicios para el trabajador con mantenimiento de la obligación de cotizar y abonar salarios por parte del empresario, lo que en un inicio se convertía en el mayor obstáculo para el trabajador —el señalamiento tardío de vistas— se va a convertir en su mejor aliado, pues no va a tener prisa por poner fin a la controversia. Al fin y al cabo, está percibiendo salarios, cotizando a la TGSS y sin la obligación de prestar servicios, por lo que resulta lógico que quiera estirar dicha situación hasta prácticamente el día anterior a la vista.

b) Si las medidas cautelares resultan favorables a la empresa, será un indicio de que las conductas analizadas, al menos apriorísticamente, no llevan aparejada una gravedad que se erige como elemento indispensable y necesario para la viabilidad

del art. 50.1 ET. Por esto, también resulta lógico que después de obtener una victoria cautelar, la parte empresarial vea reforzada su posición en el conflicto y se niegue a llegar a ningún tipo de acuerdo que ponga fin a la controversia.

En definitiva, a la vista de los datos expuestos, tal vez deba replantearse la posibilidad de que la extinción indemnizada del art. 50.1 ET tome los tintes civiles recogidos en el art. 1.124 del Código Civil patrio y la normativa al efecto de los países de nuestro entorno, en lugar de sostener la necesidad, salvo determinadas excepciones, de la pervivencia de la relación laboral, pues si bien es encomiable su delimitación teórica y los fines que protege, lo cierto es que, en la práctica diaria, se erige más como un obstáculo para el trabajador que como un beneficio.

TÍTULO II: MODIFICACIONES DE CARÁCTER ILÍCITO

1. Introducción

El ordenamiento jurídico laboral reconoce plenamente la posibilidad de que las relaciones laborales nacidas entre el empresario y el trabajador, recogidas *ab origine* en el contrato de trabajo, puedan sufrir variaciones a consecuencia de las distintas vicisitudes que pueden acaecer en el marco de dicha vinculación[116]. La dinamicidad de las condiciones inicialmente dadas y su posterior transformación es un elemento cotidiano y, en cierto modo, previsible en el entorno de las relaciones jurídicas. La posibilidad de modificarlas para su adecuación a circunstancias sobrevenidas se perfila como una contingencia perfectamente plausible[117]. Sin embargo, que sea plausible no implica que esté exenta de límites. Así, la posibilidad de que las condiciones inicialmente pactadas puedan ser modificadas de manera unilateral por parte del empresario se encuentra vedada[118].

La unilateralidad es un elemento esencial en el marco de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (MSCT) puesto que, de no concurrir —por ejemplo, en los supuestos relativos a modificaciones normativas o pérdida de vigencia de la fuente que trae causa de las mismas—, los cambios no podrán ser considerados como modificaciones sustanciales[119]. En el caso de que así se proceda, se articulan una serie de consecuencias jurídicas que guardan una proporcionalidad directa con la lesividad o con el perjuicio que produzcan en el trabajador, que se tratarán en los apartados correspondientes.

---

[116] Lo que se denomina en doctrina y jurisprudencia «tracto sucesivo». Es decir, como las define IGLESIAS OSORIO, Brais Columba. "La encrucijada judicial de la rescisión contractual indemnizada vía art. 41 LET". *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*. Madrid: La Ley, 2022, 85. ISSN 2386-8090: «Variaciones en la relación laboral sobrevenidas e imprevistas a las que tiene que hacer frente en muchos casos el empresario, pero también el trabajador».

[117] En tal sentido, el máximo exponente de dicha facultad lo encontramos en los arts. 1255 CC y 1256 del mismo cuerpo legal cuando disponen: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público y la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes».

[118] Como acertadamente se señala por CARRIÓN MOYANO, Eduardo. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En: Eduardo CARRIÓN MOYANO, coord. *Manual Práctico Laboral.* 1.ª Ed. Madrid: IEGDE, 1999, pp. 84-121. ISBN 978-84-6059-287-1: «No pueden obviarse máximas tales como la fuerza obligatoria de los contratos que se recoge en la máxima *pacta sunt servanda* y exigencias tales como la seguridad jurídica».

[119] Vid. STS 1863/2002, de 15 de marzo (Rec. 1206/2001), cuando dispone: «La base imponible del impuesto de la renta por retribución en especie no es una condición de trabajo, sino una condición fiscal o económico-tributaria, que afecta al trabajador no en cuanto tal sino en cuanto contribuyente. Y su determinación por parte del sujeto obligado en las retenciones e ingresos a cuenta del impuesto de la renta no puede ser por tanto un acto de modificación de condiciones de trabajo, sino un simple acto de aplicación de la legislación tributaria carente de sustancia laboral».

Con el fin de aportar cierta sistematicidad al estudio de la institución jurídica, en primer lugar se realiza una aproximación general —y sin ánimo de exhaustividad— a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, es decir, aquellas que llevan aparejada la indemnización equivalente al despido objetivo de 20 días por año conforme a lo dispuesto en el art. 41.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Posteriormente, constituyendo el verdadero objeto de este trabajo, se analizan las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que, además de no mostrar observancia a lo dispuesto en el art. 41 del ET, suponen un menoscabo de la dignidad del trabajador y, por ende, constituyen el presupuesto fáctico necesario y antecedente que habilita para solicitar la extinción indemnizada del contrato de trabajo con la indemnización equivalente al despido improcedente (de 33 días por año), en virtud de lo dispuesto en el art. 50.1.a) ET.

Sin embargo, como la extinción indemnizada del art. 50.1.a) ET es una agravación de lo contenido en el art. 41 ET, conviene detenerse de manera pormenorizada —pero, como hemos indicado, sin ánimo de exhaustividad— en las características propias de las MSCT básicas u ordinarias. La justificación tras este planteamiento reside en que difícilmente puede plantearse un estudio del art. 50.1.a) ET cuando no se ha indagado en los avatares propios de las MSCT. No podemos obviar que *qui potest plis, potest minus*[120] y, por tanto, es requisito indispensable que concurra una para poder valorar, aunque sea indiciariamente, la hipotética prosperabilidad de la otra. Asimismo, desde un punto de vista práctico, entendemos que la actividad probatoria del operador jurídico que busque la prosperabilidad de una pretensión basada en dicho artículo tiene que pasar, de manera insoslayable, por acreditar la existencia de una MSCT y, posteriormente y como elemento diferenciador, de la existencia de un menoscabo a la dignidad del trabajador.

2. Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo

2.1. Concepto y caracteres

Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, a pesar de su importancia en el ordenamiento jurídico laboral, carecen de una conceptualización mínima en el Estatuto de los Trabajadores. Por ello, en orden a su conceptualización, no podemos

[120] Locución latina que viene a significar que «quien puede lo más puede lo menos», y la traemos a colación porque no estaríamos respetando ese principio si atendiéramos directamente a una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que supone un menoscabo de la dignidad del trabajador sin mencionar, siquiera someramente, la MSCT básicas, que no llevan aparejado dicha lesividad de carácter cualificado.

acudir al tenor literal de la norma[121]. Según la RAE, entendemos por «modificación» la transformación o el cambio de algo o de alguna de sus características, mientras que por «sustancial» debe entenderse aquello esencial, es decir, que trasciende de lo cotidiano. Por tanto, en una primera aproximación, nos situamos ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo cuando se altere o transforme alguno de los aspectos esenciales recogidos en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos, o en aquellos disfrutados por una decisión unilateral del empresario de alcance individual o colectivo. En la práctica judicial, resulta especialmente ilustrativa la definición otorgada por el TSJ de Madrid: «Por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista *ad exemplum* del art. 41.2 ET, pasando a ser otras distintas, de un modo notorio» [122].

Como podemos observar, las definiciones terminológicas y jurisprudenciales coinciden en las notas clave: alteración o transformación en los elementos esenciales del contrato que une al trabajador con el empresario, por voluntad unilateral de este, y que le generen un perjuicio, un deterioro o una modificación *in peius* a aquel en sus condiciones de trabajo. Sin embargo, se abre un nuevo interrogante: determinar de manera lo que debe entenderse por «condiciones».

En un primer lugar, debemos expulsar del análisis del término las perspectivas que partan de una concepción civilista, pues ello desbordaría el objeto de este trabajo y no aportaría nada sustancial al análisis; por lo tanto, ninguna influencia tendrá la noción iusprivatista de «condiciones» a la hora de interpretar su significado[123]. En clave iuslaboralista, encontramos con que las condiciones de trabajo no tienen un significado único y el concepto es tan amplio que podría abarcar innumerables situaciones. Así, la primera referencia la encontramos en los arts. 41.1, 82.2 y 85.1 del ET, pero como el ordenamiento

[121] El art. 41.1 ET señala, en síntesis, que la dirección de la empresa podrá acordarla cuando concurran una serie de circunstancias, pero no indica claramente qué debe entenderse por tales. Desde nuestro punto de vista, tal forma de proceder debe ser criticada en términos de técnica legislativa, pues debe aparecer la definición concreta de los elementos centrales, al menos en sus aspectos más básicos. En tal sentido, cabe elogiar la redacción, a modo ejemplificativo, de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, en cuyo artículo 2 se aporta la definición de los conceptos más básicos.

[122] Vid. STSJ Madrid 6914/2018, de 23 de mayo (Rec. 1416/2017).

[123] Como se cita en MONTÉS PENADÉS, V. Luis. Artículos 1088 a 1124 del Código Civil. En: ALBADALEJO GARCÍA RODRÍGO, Manuel. *Comentarios al código civil*. 1.ª Ed. Madrid: Edersa, 2004, vol. 1º, p.314. ISBN 978-84-7130-216-0: «Se trata, en definitiva, de la previsión hipotética de un evento que, a través de una disposición de las partes, enlaza con el precepto o regla de conducta que el negocio tiende a crear, estableciendo de este modo un juicio hipotético doble y alternativo, porque se dispone una consecuencia para el caso de que la previsión contemplada se produzca y otra para el supuesto de que no se produzca».

laboral no se limita únicamente al Estatuto de los Trabajadores, se puede observar que el art. 4.7 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales sí aporta una delimitación conceptual que nos puede servir en términos orientativos[124].

No obstante, además de que se expresa en términos muy generales, conviene tomarla con cautela. Es una norma con cierta especialidad, pues se circunscribe a un ámbito muy concreto, y aunque en ocasiones puedan converger las modificaciones de condiciones relativas a la salud y a la seguridad en el trabajo con las modificaciones de las condiciones del contrato de trabajo, la definición contenida en la LPRL está muy limitada a su ámbito de aplicación concreto y no es ciertamente extrapolable a las condiciones propias del contrato de trabajo que aquí interesan[125].

Profundizando en la conceptualización de las condiciones, merece especial mención el RD 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8, apartado 5, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. En él, situados en el marco de la información que el empresario debe facilitar al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, entiende por condiciones esenciales las siguientes: i) las relativas al centro de trabajo, ii) las concernientes a la categoría o grupo profesional del trabajador, iii) la relativa a la cuantía del salario base inicial y los complementos salariales, iv) las que abarquen la duración y la distribución de la jornada ordinaria de trabajo, v) las que especifiquen la duración de las vacaciones, vi) las que regulen los plazos de preaviso, y vii) las que determinen el convenio colectivo aplicable a la relación laboral.

En un análisis comparativo con lo dispuesto en el art. 41.1 ET entendemos que, al derivarse de una disposición reglamentaria, en orden a su naturaleza jurídica, es un buen complemento que contribuye a determinar lo que debe entenderse por condición a efectos laborales, pero no aporta nada a lo ya contenido en el ET. En definitiva, entendemos que no es necesario ahondar en una enumeración exacta y perfectamente argumentada del concepto. La dinamicidad de las relaciones laborales requiere de normas que huyan de lo legalmente tasado y su rigidez, y sienten las bases mínimas de tal forma que permitan al

[124] El citado artículo, en el primer párrafo del apartado 7º, dispone lo siguiente: «Se entenderá como "condición de trabajo" cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador […]».

[125] Como acertadamente se señala en LORENTE RIVAS, Antonio. *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.* 1.ª Ed. Madrid: La Ley, 2009, p.171. ISBN 978-84-8126-263-6: «Por ejemplo, y que el cambio del trabajador de un puesto sujeto a un determinado nivel de riesgo a otro mayor o menor podría ser calificado como una modificación de carácter sustancial. En este sentido, sería la mayor o menor peligrosidad inherente al puesto desempeñado la característica esencial de la condición modificada».

juzgador tener las herramientas necesarias para poder dar una solución adecuada a la diferente casuística.

Sin embargo, sí que consideramos adecuado, en términos de técnica legislativa y en aras de la seguridad jurídica, una definición de lo que debe entenderse por «modificación sustancial de las condiciones de trabajo». Esto no implica necesariamente que deban enumerarse las modificaciones sustanciales existentes, pues pueden ser interpretadas a la luz de la materia y de la intensidad y apoyadas en las máximas de experiencia, colmándose así las exigencias necesarias para entender que nos encontramos en el ámbito de los elementos básicos del contrato de trabajo sin necesidad de acudir a significados exóticos o retorcidos[126].

2.2. Aproximación a los elementos definitorios de la modificación sustancial

2.2.1. La materia objeto de modificación; irrelevancia del aspecto subjetivo-contractual

Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo tienen gran influencia sobre el conjunto de la relación laboral. Sin embargo, conviene detenerse para hacer una serie de consideraciones relevantes a la hora de proceder a su estudio, aunque sea de manera superficial.

En primer lugar, si entendemos por condiciones de trabajo todos aquellos elementos que forman parte de la relación laboral —recordemos que lo dispuesto en el art. 41.1 ET es una lista abierta o *ad exemplum*—, podríamos entender como incluida la persona del empresario como condición. No viene incluido, pero no se puede negar que la persona del empleador es una condición básica y necesaria de toda relación laboral. Desde un punto de vista sociológico o profesional, la figura del empresario puede ser entendida como «condición», ya que no es lo mismo prestar servicios en una gran multinacional con un plan de carrera y posibilidades de ascenso profesional que para una empresa zombi[127].

[126] En apoyo a este planteamiento encontramos que la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, en su STS 2942/2003, de 29 de abril (Rec. 126/2002) se ha limitado a enumerar las condiciones sin necesidad de conceptualizarlo, y tampoco ha sido objeto de desarrollo por la jurisprudencia de suplicación. Vid. STSJ C. Valenciana 7507/2021, de 30 de junio (Rec. 2415/2020), STSJ Castilla La Mancha 1523/2021, de 29 de junio (Rec. 718/2021) o STSJ Asturias 267/2021, de 02 de febrero (Rec. 37/2021), entre otras.

[127] El término «empresa zombi» ha sido especialmente utilizado debido a las moratorias concursales derivadas de la crisis del COVID-19. El objetivo principal de la moratoria era evitar que las empresas que en condiciones normales desarrollarían su actividad sin inconvenientes se vieran obligadas a presentar el concurso de acreedores por la coyuntura económica derivada del coronavirus — la Ley Concursal obliga a ello dentro del plazo de dos meses desde la fecha en la que conoce su estado de insolvencia—. Sin embargo, pese a lo loable de la medida, uno de los efectos colaterales fue que algunas empresas manifiestamente insolventes y cuyo proyecto de negocio estaba quebrado generaban cada vez más deuda que nunca sería satisfecha, generando un agujero en la contabilidad de empresas que se encontraban «sanas», dando lugar

Asimismo, al igual que puede ser que uno de los elementos que te hagan decantarte por un determinado puesto de trabajo sean las cualidades personalísimas del empleador, y en afianzamiento de dicha tesis, se plantea un interrogante: ¿es lo mismo acudir a un puesto de trabajo en el cual tu superior es amable, empático e íntegro que a otro en el que el mismo es arrogante, orgulloso e irascible? El cambio de empresario se podría erigir como una variación susceptible de frustrar las legítimas expectativas trabajador y plantearse la posibilidad de acudir a las MSCT. Ya adelantamos que, a pesar del razonamiento expuesto, en términos jurídicos el aspecto subjetivo debe quedar, salvo excepciones[128], expulsado del análisis. La figura del cambio de empresario no es una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Esto es, llegado el momento, podrá ser una novación subjetiva del contrato de trabajo, para lo cual se debe contar el visto bueno del trabajador[129] o, en su caso, una sucesión empresarial de las recogidas en el art. 44.1 ET, para la cual no será necesario, ya que el cambio se producirá por ministerio de la ley[130]. En cualquier caso, su variación no permite el recurso a la MSCT.

Así, debe superponerse la tesis objetiva en relación con la modificación de las condiciones, en virtud de la que habrá que atender a la materia concreta, que no a los sujetos, siempre con las cautelas necesarias que se alejen de llevarlo a cabo de un modo mecanicista, al tiempo que se tengan en cuenta una serie de criterios adicionales para que constituyan una MSCT y un plus reforzado de antijuricidad para activar el mecanismo del art. 50.1.a) ET.

De igual modo, hay que tener en cuenta que nos encontramos ante una materia eminentemente casuística y que el hecho de que la materia a modificar aparezca en dicho artículo no implica necesariamente que su variación pueda derivar en una MSCT, en tanto que habrá que atender a diversos parámetros que se desarrollarán posteriormente. Sentado lo anterior, cabe señalar a efectos meramente enunciativos que las posibilidades de que concurra una MSCT no se agotan en el art. 41 ET. Esto se debe a que los supuestos relativos a la movilidad funcional y geográfica de los arts. 39 y 40 ET se encuentran incluidos dentro del concepto amplio de condiciones de trabajo, sin que sea óbice el hecho

a un efecto arrastre que explotaría al finalizar dicha moratoria y que, indudablemente, afectaría a los trabajadores en el cobro de sus salarios.

[128] Entre las excepciones encontramos el art. 10.3.d) del Real Decreto 1382/1985, de 01 de agosto, sobre relación laboral especial del personal de alta dirección.

[129] No obstante, conviene citar la STS 8150/2001, de 23 de octubre (Rec. 804/2000), que establece que el carácter imperativo de la sucesión para los trabajadores solo operará en casos encuadrables en el art. 44.1 ET o dispuesto en el convenio colectivo de aplicación, ya que en los casos de cesión contractual seguirá siendo requisito indispensable el consentimiento del trabajador ex art. 1.205 CC y concordantes.

[130] Vid. STSJ Canarias 470/2001, de 31 de mayo (Rec. 169/2001).

de que se encuentre deslocalizado en términos normativos. Con la salvedad expuesta, a modo ejemplificativo y para que sirva de acercamiento a los supuestos de MSCT, a continuación se citan una serie de supuestos derivados de la doctrina de suplicación que abordan los supuestos contenidos en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

i) Sobre la jornada laboral, se ha reputado como injustificada la MSCT que impone a la trabajadora una modificación del calendario laboral en el mes de julio. La relevancia del supuesto reside en que el calendario que venía disfrutando le era plenamente compatible con el horario escolar y su modificación supuso una quiebra de la posibilidad de conciliar la vida personal y familiar[131]. Asimismo, no resulta admitido por nuestros tribunales la cláusula contractual en virtud del cual se habilita a la empresa a llevar a cabo una MSCT cuando lo estime oportuno, pues se entiende que entra dentro del ámbito de aplicación del art. 3.5 ET y el trabajador no puede disponer válidamente de los derechos allí contenidos[132]. Además, cabría añadir que, en términos civilistas, esta forma de proceder implicaría dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno solo de los contratantes conforme al art. 1.256 del Código Civil.

ii) Sobre el horario y distribución del tiempo de trabajo, este apartado goza de cierta asiduidad en la práctica habitual de nuestros tribunales, y suele activarse cuando se modifica una jornada continua por otra a tiempo partido. Son unas de las modificaciones más conflictivas de las condiciones de trabajo, pues en la mayoría de los casos tienen una incidencia directa sobre la vida personal y familiar del trabajador[133]. Parece lógico intuir que uno de los elementos que más se tienen en cuenta a la hora de iniciar una relación laboral —además del salario— es la duración o la distribución del tiempo de prestación de servicios. De igual modo, se ha considerado que la realización de dos horas diarias más de trabajo en una jornada diaria anterior de seis horas sí es sustancial, pues suponen un 33 % del tiempo[134]. Junto con lo anterior, se ha estimado que concurre MSCT cuando

[131] Vid. STSJ Castilla y León 647/2008, de 20 de noviembre (Rec. 611/2008).
[132] Vid. STSJ Cataluña 2751/2003, de 05 de mayo (Rec. 4864/2002), resultando especialmente interesante el razonamiento que la Sala hace al respecto cuando dispone: «La citada cláusula sólo puede interpretarse en un sentido restrictivo, entendiendo que se está facultando a la empresa para realizar pequeñas modificaciones del contrato que se encontrarían dentro de los límites de organización del trabajo, pero no para realizar una modificación sustancial de las condiciones del contrato de trabajo de forma unilateral pues ello atentaría contra el artículo 3.1.c) del ET».
[133] Vid. STSJ Valladolid 1874/2017, de 16 de noviembre (Rec. 1706/2017) y STSJ Galicia 2870/2022, de 16 de junio (Rec. 2119/2022) cuando dispone: «Nos lleva a concluir que en el supuesto que nos ocupa el hecho de que la empresa haya sustituido la jornada continuada del trabajador por una jornada partida (con modificación por ello mismo del horario de trabajo) comporta una modificación de la prestación de trabajo que pueda ser calificada como sustancial».
[134] Vid. STSJ Extremadura 23/2019, de 15 de enero (Rec. 705/2018). Lo relevante de esta sentencia es que se insta la resolución indemnizada conforme al art. 50.1.a) ET. Sin embargo, el Tribunal entiende que sí

se adelanta la hora de entrada, se parte la jornada y se deja en medio una hora sin retribución[135].

iii) Sobre el régimen de trabajo a turnos, la modificación de los mismos supone un clásico de la práctica forense en materia de MSCT. Se entiende que concurren cuando se altera el sistema que rige los mismos o se introduce uno nuevo[136]. En este aspecto habrá que tener en cuenta su permanencia en el tiempo, puesto que parece poco viable activar el mecanismo de las MSCT por un cambio de turnos reversible y de carácter meramente transitorio.

iv) Sobre el sistema de remuneración y cuantía salarial —como se mencionará en el apartado correspondiente a la faltas de pago y retrasos continuados—, el sistema de remuneración constituye uno de los elementos esenciales de la relación laboral y, en ocasiones, su determinación implica una dificultad añadida cuando se trata de condiciones más beneficiosas o pluses por objetivos, bien sea por la dificultad de probar la voluntad empresarial o por la necesidad de acreditar antes el derecho a la percepción de tales objetivos. No obstante, se entiende que concurre MSCT cuando se altera el sistema retributivo en relación con el complemento de actividad[137].

v) Sistema de trabajo y rendimiento. Se ha reputado una MSCT el hecho de que un trabajador que llevaba 13 años desarrollando su actividad diaria compaginando las labores de taller y obra, de pronto y sin mediar explicación pase a desarrollar el 100 % de sus tareas únicamente en uno de ellos[138]. En relación con el supuesto, pero en términos generales, cabe añadir que nos encontramos ante un «derecho al mantenimiento de la distribución de jornada» adquirido debido a su prolongación en el tiempo y tolerancia por parte del empresario, ingresando en el paquete de derechos del operario, por lo que su modificación posterior supone una alteración de las condiciones.

vi) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 ET. Dicho artículo recoge la posibilidad de la empresa de asignar al trabajador para la realización de funciones —tanto superiores como inferiores— no correspondientes al grupo profesional cuando existan razones técnicas u organizativas

hay una MSCT pero no concurren los requisitos adicionales para estimar la pretensión extintiva del art. 50 ET.

[135] Vid. STSJ Islas Baleares 36/2006, de 07 de febrero (Rec. 666/2005).

[136] Vid. STSJ Galicia 232/2017, de 17 de septiembre (Rec. 1936/2018).

[137] Vid. STSJ Cantabria 393/2006, de 05 de abril (Rec. 244/2006), que es especialmente interesante porque la empresa había realizado una movilidad funcional respetando las condiciones salariales hasta que, de manera sorpresiva, decide suprimirlo.

[138] Vid. STSJ País Vasco 746/2012, de 13 de marzo (Rec. 379/2012).

que las justifiquen y por el tiempo imprescindible para su atención. El propio precepto establece que deberá hacerse con respeto a la dignidad del trabajador, lo cual es un elemento coincidente con lo requerido por el art. 50.1.a) ET, como posteriormente se desarrollará. Sin embargo, en este estadio inferior se ha entendido que concurren MSCT cuando se decide de manera unilateral pasar a una trabajadora del puesto de directora a técnico, condenando además al abono de los daños y perjuicios ocasionados[139].

2.2.2 Análisis de la sustancialidad; delimitación entre ius variandi y MSCT

Una vez determinada la materia sobre la que debe recaer la modificación conviene detenerse en uno de los aspectos controvertidos —en sede doctrinal— a la hora de analizar las MSCT que no llevan aparejadas un menoscabo de la dignidad del trabajador, y consiste en determinar si la modificación de una determinada materia por la propia cualidad o entidad intrínseca de esta ya constituye un sustrato suficiente para calificar una modificación como sustancial o si, por el contrario, habrá que tener en cuenta el criterio cuantitativo de la modificación, con independencia de la materia que se trate.

Si analizamos el tenor literal del art. 41 ET encontramos una interpretación contradictoria, puesto que gramaticalmente «sustanciales» es un adjetivo calificativo del sustantivo «modificaciones», y se puede extraer la conclusión de que lo verdaderamente importante es la intensidad, el criterio cuantitativo. Nada se dice sobre la modificación, pero sí que dada esta deberá ser sustancial y por tanto tener cierto cuerpo o relevancia, abandonando una primera tesis donde lo relevante es la entidad del cambio, no el objeto sobre el que recaiga la misma. Sin embargo —y por esto decimos que es contradictorio—, el segundo párrafo dispone: «Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias […]», una afirmación que choca con lo expuesto en el párrafo anterior, ya que no parece aludir a criterios cuantitativos sino más bien objetivos. Estas son las materias que, por su propia naturaleza e importancia en el marco de la relación laboral, no admiten modificación[140].

Llegados a este punto, conviene enfrentar ambas posturas para determinar cuál parece más plausible o si, habida cuenta de las circunstancias concurrentes, resulta aconsejable optar por una solución ecléctica o intermedia. Entendemos, y así ha sido compartido por parte de la doctrina mayoritaria, que no puede sostenerse la teoría de que la modificación

[139] Vid. STSJ Comunidad Valenciana 2314/2020, de 18 de junio (Rec. 466/2020).
[140] LORENTE RIVAS, Antonio. *Las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo.* 1.ª Ed. Madrid: La Ley, 2009, p. 171. ISBN 978-84-8126-263-6.

será sustancial siempre que afecte a una de las condiciones referidas en el art. 41 ET. Encontramos una lista abierta que permite la extensión de lo allí dispuesto a otras materias que no estén expresamente referenciadas pero que, sin embargo, ningún criterio orientativo o delimitador nos aporta para poder determinar que una materia es susceptible de ser incluida en los contornos de dicha lista.

Por lo tanto, parece difícil sostener la tesis de que lo verdaderamente importante es la materia sobre la que recae la modificación, porque se puede deducir de manera sencilla que, como ni siquiera vienen determinadas las materias que pueden determinarse susceptibles de ser sustanciales, cuanto menos se podrá entonces considerarlas como incontestables, reconociéndoles en todo caso una presunción *iuris tantum* de sustancialidad y una menor tolerancia a las modificaciones por parte del empresario, pero exigiendo la concurrencia de elementos adicionales[141].

Por «elementos adicionales» nos referimos a la intensidad propia de la modificación y, como posteriormente se tratará, a la temporalidad. Estos serán criterios determinantes a la hora de calificar una modificación como sustancial; es decir, no habrá únicamente que comprobar que la condición sobre la que opera la modificación se encuentre listada, sino que la entidad de la modificación sea de una intensidad o de una trascendencia tal que altere la inicial correlación de prestaciones sinalagmáticas propias del contrato de trabajo y la subsecuente relación laboral, con independencia de que se encuentre recogida en la lista ejemplificativa o presuntiva del art. 41 ET.

Nos encontramos ante una situación en la que parece prevalecer una postura heterogénea en virtud de la que la modificación de una materia listada puede ser constitutiva de una MSCT ordinaria, ya que lógicamente partimos con la presunción *iuris tantum* de constar explícitamente determinada por el legislador, pero por mucho que venga específicamente contenida en el art. 41 ET, no será viable cuando no concurran las notas de intensidad necesarias[142]. Por el contrario, el hecho de que se opere una modificación de una entidad

[141] A pesar de que el tenor literal de la norma disponga que: «Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo […], con carácter imperativo y como si ninguna otra comprobación o elemento fuera necesario para estimar la concurrencia efectiva de una MSCT».

[142] Vid. STSJ Asturias 2438/2022, de 28 de julio (Rec. 1430/2022) cuando con cita en la jurisprudencia consolidada señala: «Para calificar la sustancialidad de una concreta modificación habrá de ponderarse no solamente la materia sobre la que incida, sino también sus características, y ello desde la triple perspectiva de su importancia cualitativa, de su alcance temporal e incluso de las eventuales compensaciones. Para calificar una modificación como sustancial tendrá el intérprete que estudiar caso por caso, y su juicio deberá tener en cuenta siempre los elementos contextuales, así como el contexto convencional e individual, la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o el sacrificio que la alteración supone para los trabajadores afectados».

suficiente, en los términos expuestos, de las condiciones de trabajo, con independencia de su inclusión en la lista, será susceptible de ser calificada como MSCT ordinaria porque, como se ha dicho en varias ocasiones, cabe perfectamente la alteración sustancial de materias que no vengan recogidas en el art. 41 ET. Sin perjuicio de lo anterior, parece lógico entender que su modificación deberá ser más intensa que en aquellos supuestos que vengan recogidos de manera expresa, pues la falta de esta podrá sustituirse por una remisión a la norma[143]. Por tanto, la lista contenida en el art. 41 ET debe ser considerada como una presunción *iuris tantum* de las materias susceptibles de activar el recurso a las MSCT, y además puede servir de criterio inspirador para calificar como susceptibles aquellas que no vienen expresamente listadas en base a una interpretación integradora del precepto.

En definitiva, la práctica ante los tribunales nos indica que en muchas ocasiones se hace necesario llevar a cabo una interpretación creativa que incluya dentro del ámbito de la norma cuestiones que no vienen expresamente contenidas en ella, pero sobre la que puede surtir plenamente efectos, a fin de enfocar de una manera más completa y holística las vicisitudes que pueden suscitarse y dar solución a las controversias planteadas. A nuestro juicio, la lista del art. 41 ET y su carácter abierto permite hacer frente a las diferentes situaciones que se van originando, pues no aporta un listado restrictivo que pueda quedar obsoleto ante nuevos desafíos, sino que, dados los parámetros necesarios —véase sustancialidad y condiciones de trabajo—, podrá impetrarse la existencia de una MSCT sin necesidad de que se halle expresamente contenida en el precepto referido. Además, como para recurrir a lo preceptuado en el art. 50.1.a) ET hay que pasar de manera inescindible por lo establecido en el art. 41 ET, todas las garantías de las que este artículo disfrute incidirán de manera positiva y directa en su correcta aplicación judicial.

2.2.3. La temporalidad como característica excluyente de la sustancialidad

La premisa fundamental sobre la que gira la diferenciación entre el poder de dirección del empresario y la MSCT reside, principalmente, en que la modificación llevada a cabo reúna las notas de sustancialidad y se proyecte sobre una materia fundamental de la relación laboral, ya que aquellas modificaciones triviales no colmarán las exigencias del

[143] Vid. STSJ Galicia 5218/2010, de 16 de noviembre (Rec. 1519/2010), en la que se estima la pretensión del trabajador de calificar como MSCT la asignación de una nueva zona de ventas por parte de la empresa. La sustancialidad queda colmada, según el tribunal, por el hecho de que se está desplazando desde una zona con un idioma (norte de España) a otra zona con un idioma distinto (norte de Portugal), además, se trata de un tipo de trabajo que requiere de una comunicación constante con los clientes, por lo que supone una mayor y dificultad y onerosidad para el operario.

precepto[144]. Uno de los elementos o parámetros a valorar para determinar si nos encontramos ante una modificación susceptible de ser calificada de sustancial, además de lo expuesto en los apartados anteriores, es la temporalidad de la misma.

Si se analiza la doctrina jurisprudencial en relación con las MSCT resulta una constante la reiterada alusión a la notoria casuística de la institución jurídica, teniendo en cuenta aspectos como el contexto en el que se produce, la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o intensidad de la alteración[145], por lo que resulta difícilmente encajable en dichos requisitos el estimar que ha concurrido una MSCT cuando la modificación acontecida tiene un carácter transitorio y temporal. La razón principal es que no puede entenderse que una modificación circunstancial, que generalmente obedece a razones sobrevenidas y que, transcurrido un determinado periodo de tiempo, volverá a sus condiciones originarias, pueda tener la intensidad suficiente en términos temporales como para considerar que la relación laboral ha tornado en una mayor onerosidad para con el operario[146].

Es cierto que no se trata de una situación ideal y que puede derivar en perjuicios para el trabajador y derecho a la conciliación familiar y personal. Basta imaginar que sin ningún tipo de preaviso, el empresario modifique el sistema de turnos de una trabajadora, pero el hecho de que no sea permanente y responda a una contingencia provisional o transitoria lo sitúa dentro del poder de dirección del empresario y, por ende, el trabajador debe soportar la problemática derivada de la modificación[147].

En definitiva, puede sostenerse que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo debe llevar aparejada, para entender cumplido el requisito de sustancialidad, su permanencia en el tiempo. Por lo tanto, *a sensu contrario*, cabe reiterar que aquellas cuya duración sea limitada en el tiempo y asociada a circunstancias excepcionales, transitorias, provisionales o pasajeras, no serán susceptibles de activar el mecanismo de la MSCT, tal

[144] Vid. STS 7344/2005, de 22 de noviembre (Rec. 42/2005).
[145] Vid. STS 5629/2003, de 22 de septiembre (Rec. 122/2002).
[146] Vid. STCT, de 17 de marzo de 1986.
[147] Vid. TSJ Galicia 2183/2010, de 30 de abril (Rec. 5960/2006), en la que se analiza el supuesto en el que el trabajador vio alterado su turno de trabajo durante una semana. La Sala desestima el recurso de suplicación frente a la sentencia desestimatoria de instancia so pretexto de que: «No puede considerar que esta modificación sea sustancial y que se halle fuera del *ius variandi* del empresario ya que la misma no altera el régimen y cadencia del turno de trabajo del operario afectado, ni afecta al régimen de descansos, no alterando por tanto el plan de vida del trabajador que cambia de turno solo una semana, lo que no hace más gravosa su prestación de trabajo por la incidencia que tal cambio pueda producir en su vida personal y familiar».

y como viene siendo una constante en la jurisprudencia de la Sala IV en relación con dicha materia[148].

Antes de concluir este apartado, es pertinente plantearse la posibilidad de que se abuse de las modificaciones de las condiciones de trabajo con carácter temporal habida cuenta de que las mismas no serán consideradas como MSCT, algo que puede ser planteado como una hipotética línea de defensa empresaria en la práctica. Entendemos que la prolongación en el tiempo de pequeñas modificaciones no susceptibles de activar el art. 41 ET por sí solas sí que pueden constituir MSCT si son analizadas en conjunto, pues estarían originando una situación permanente en el tiempo. Por ejemplo, el supuesto en el cual durante 12 meses consecutivos un trabajador ve alterado durante 10 días su turno de mañana por uno de tarde. Así, una alteración de 10 días podría no tener la entidad suficiente, pero una alteración de 10 días durante 12 meses consecutivos sí podría ser considerado como una MSCT, habida cuenta de que la prolongación en el tiempo vendría dada en su conjunto y no sobre el análisis de los supuestos individualizados. Esta práctica de «trocear» una modificación sustancial para que parezca insustancial no debe resultar ajena al derecho del trabajo y concretamente en el marco de las relaciones laborales, pues guarda una similitud evidente a la técnica empleada en los ERE o despidos colectivos a través de los «despidos por goteo» para no rebasar los umbrales contenidos en el art. 51 ET.

En cualquier caso, es indiscutible que el ámbito temporal debe ser un elemento para tener en cuenta a la hora de analizar un supuesto de hecho y su posible subsunción en los contornos del art. 41 ET, ya que por mucha entidad que tenga la transformación, parece difícil que la misma prospere como MSCT cuando no se prolonga en el tiempo, y sin MSCT no podremos avanzar en el análisis de una hipotética concurrencia de los requisitos necesarios para acudir al art. 50.1.a) ET.

2.3. Consecuencias jurídicas de la inobservancia del aspecto material

El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores recoge la posibilidad de que la dirección de la empresa pueda acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Por lo tanto, interpretado *a sensu contrario,* se entiende que existirá un incumplimiento material cuando dicha MSCT se efectúe sin que exista esa razón justificativa a la que alude dicho precepto. Ahora bien, de una simple lectura del mismo se desprende un

[148] Vid. STS 6541/2013, de 18 de diciembre (Rec. 2566/2012).

problema, y es que el artículo enumera las causas pero no las define ni aporta ningún tipo de desarrollo en relación. Únicamente refiere una serie de situaciones que pueden ser muy distintas según el contexto en el que se produzcan, lo cual no contribuye en gran medida a la seguridad jurídica, pues no permite anticipar la respuesta que dará el juzgador, pero por otra parte sí que permite desplegar un amplio abanico probatorio en orden a justificar el encaje concreto dentro de tales requerimientos.

En primer lugar, en relación con las causas económicas, podríamos decir que engloba todas aquellas relativas a la salud financiera de la empresa, como la capacidad de generar beneficios, la eficiencia operativa por la cual la empresa consigue beneficios a través de sus recursos o los ratios de liquidez. A través de estos indicadores, entre tantos otros, podrá comprobarse si existen razones que justifiquen el recurso a las MSCT. Asimismo, podrá considerarse que se encuentra justificada una medida cuando se tome con el fin de hacer frente a una situación de quiebra técnica derivada de una grave situación económica[149]. En segundo lugar, en cuanto a las razones técnicas, encontramos el supuesto por excelencia en virtud del cual la empresa implanta métodos tecnológicos para el desarrollo de procesos de manera automatizada o a fin de contribuir a la producción, lo que puede derivar en situaciones que requieran de la alteración de elementos sustanciales del contrato de trabajo tales como la remuneración de los incentivos[150].

En tercer lugar, las razones organizativas hacen referencia a cómo se dividen las responsabilidades, funciones y tareas dentro de la empresa. Pueden incluir la adecuación de la estructura organizativa para facilitar la comunicación, la toma de decisiones y la coordinación entre diferentes departamentos o equipos, así como la posibilidad de modificar la distribución de la jornada de trabajo por la necesidad de redistribuir las horas que se realizaban en sábado durante los demás días de la semana[151]. En cuarto y último lugar, en cuanto a las razones productivas, estas pueden ir dirigidas a mejorar el rendimiento de la cadena de suministro garantizando flujos constantes, así como a optimizar aspectos como logística e inventario. De igual modo, puede encuadrarse dentro de las causas productivas el traslado colectivo de trabajadores con el fin de racionalizar el modelo productivo y ofrecer servicios en zonas con mayores demandas[152].

[149] Vid. STSJ Cataluña 3539/2006, de 09 de mayo (Rec. 148/2006).
[150] Vid. STSJ Andalucía 505/2007, de 08 de febrero (Rec. 4364/2006).
[151] Vid. STS 4621/1997, de 23 de junio (Rec. 4621/1997).
[152] Vid. STSJ Canarias 426/2014, de 11 de junio (Rec. 641/2013).

2.3.1. Terminación extrajudicial de la relación laboral: rescisión contractual

Tal y como establece el art. 41.3 ET, una vez notificada la modificación sustancial de las condiciones de trabajo por parte del empresario, acreditado el perjuicio que la misma supone al trabajador, este podrá optar por aceptarla y continuar la relación laboral con las nuevas condiciones o rescindir su contrato y percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.

Entre la doctrina especializada se ha discutido la naturaleza jurídica del ejercicio de la acción resarcitoria por parte del trabajador, ya que en ocasiones se le ha denominado resolución y en otras rescisión, por lo que su aspecto terminológico no ha quedado todo lo preciso que debiera, ni siquiera ha sido una cuestión pacífica en sede civilista, donde la experiencia nos dice que despliega con mayor asiduidad sus efectos este instituto jurídico[153]. A tal respecto, debemos pronunciarnos en favor de la denominación de la misma como «rescisión contractual» ya que consideramos que, de acuerdo con el desarrollo doctrinal de dichas instituciones en el marco del derecho privado, resulta más precisa terminológicamente.

Del análisis de ambas instituciones jurídicas, como acertadamente ha señalado algún autor[154], nos encontramos con que, si bien es cierto que tanto la resolución como la rescisión comparten una misma consecuencia jurídica, que no es sino la extinción, hay una diferencia, a nuestro juicio, determinante. A saber: la resolución implica un cumplimiento defectuoso por una de las partes del contrato que faculta a la otra para poner fin a la relación jurídica, y en el marco de las MSCT no se produce ningún tipo de incumplimiento, por lo que, *a priori*, el recurso a la resolución no parece un remedio oportuno ante el diagnóstico del problema. Sin embargo, entendida la rescisión como la finalización de la relación contractual debido a circunstancias sobrevenidas que suponen que el cumplimiento de la obligación se torne especialmente gravosa para una de las partes, observamos que encuentra mejor acomodo dentro de lo preceptuado en el art. 41.3 ET. Se trata de un contrato de trabajo que ha surtido sus efectos de manera plena desde su perfeccionamiento pero que, debido a una modificación sustancial en una condición esencial del mismo, ha podido dejar de ser interesante en términos de rentabilidad u

[153] Cabe señalar que ha sido frecuente confundir la rescisión con la resolución contractual, pues con el Código Civil de 1936 no existía una norma que la definiese. Tanto el artículo 1370, 1371 y 1372 fueron introducidos por la Comisión Revisora.
[154] GÓMEZ LINACERO, Adrián. "Rescisión unilateral del contrato de trabajo por modificación sustancial de las condiciones". *Diario La Ley.* 2021, 6129, pp. 26-55, p. 28. ISSN 1989-6913.

oportunidad para una de las partes, en este caso el trabajador, por lo que se le permite la extinción del mismo a través del mecanismo resarcitorio.

Hechas las precisiones oportunas en relación a la naturaleza jurídica de la extinción, cabe señalar que la comunicación deberá llevarse a cabo por el trabajador dentro del plazo de un año, como recoge el art. 59.1 ET, en caso de que opte por finalizar la relación laboral, porque al no existir un plazo concreto para la aceptación debe primar el general de dicho artículo, al igual que en el supuesto de que la misma sea denegada[155] y la vía procesal oportuna para hacer valer la pretensión será la del procedimiento ordinario *ex* art. 102.1 LRJS.

2.3.2. Impugnación individual y colectiva de la modificación

El principio *solve et repete*, tan propio del derecho tributario y de la jurisdicción contencioso-administrativa, también tiene su variante en el marco de las relaciones laborales, y su concepción implica la obligación del trabajador de acatar la instrucciones del empresario sin perjuicio de la posibilidad de impugnar las decisiones de este ante los Juzgados de lo Social. Y este principio es, precisamente, el que a nuestro juicio inspira el tenor literal del art. 43.3 ET cuando señala que: «Sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación en el plazo de efectividad anteriormente citado, el trabajador que, no habiendo optado por la rescisión de su contrato, se muestre disconforme con la decisión empresarial, podrá impugnarla ante la jurisdicción social».

En tal sentido, comparto el criterio de algunos autores[156] que sostienen que el principio *solve et repete* ha ido matizándose con el paso del tiempo y que, pese las fuertes críticas doctrinales al mismo, y que cada vez se aluda menos a él de manera expresa, en la práctica sí que se sigue aplicando el razonamiento que el mismo defiende, esto es: el trabajador no ostenta un criterio suficiente para saber si una orden es regular o no y debe cumplirla y posteriormente reclamar[157].

---

[155] Vid. STS 7788/2012, de 29 de octubre (Rec. 3851/2011).

[156] FABREGAT MONFORT, Gemma. "La posición del trabajador ante las órdenes empresariales ¿ius ressitentiae o solve et repete?" *Revista de Treball, Economia i Societat.* Valencia: Generalitat Valenciana, 2003, 27, pp. 25. ISSN 1137-0874.

[157] Como todo en derecho, ningún principio es absoluto. Podemos citar dos situaciones en las que el trabajador se encuentra amparado a la hora de desobedecer las instrucciones empresariales: a) conforme al art. 21.1 de la LPRL, cuando se le encomiende una actividad que entrañe un riesgo grave e inminente para su vida o su salud; y b) por medio del cese anticipado, que será tratado posteriormente. A fin de ahondar sobre la cuestión se recomienda CÁMARA BOTÍA, Alberto. "*El derecho del trabajador a interrumpir el trabajo en caso de riesgo grave e inminente para su vida y salud: un apunte sobre sus precedentes normativos y jurisprudenciales"*. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. Madrid: Thompson Reuters Aranzadi, 1996, 1, pp. 2759-2770. ISSN 1131-5369.

A la hora de situar procesalmente la acción debemos diferenciar entre aquella que se lleve a cabo con carácter individual y aquella que tenga naturaleza colectiva. La vía individual será sustanciada por la vía del art. 41.3 del ET en relación con el art. 138.1 de la LRJS; y la acción colectiva, recogida en el art. 41.5 del ET, también se ejercitará a través art. 138.1 LRJS nuevamente. Sin embargo, situados en el marco de las interacciones posibles entre la vía individual y la vía colectiva, cobra una vital importancia lo dispuesto en el art. 138.4 LRJS cuando dispone: «Si una vez iniciado el proceso se plantease demanda de conflicto colectivo contra la decisión empresarial, aquel proceso se suspenderá hasta la resolución de la demanda de conflicto colectivo, que una vez firme tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual en los términos del apartado 3 del artículo 160».

Como se puede inferir a primera vista, dicho artículo saca a la palestra dos instituciones de vital importancia práctica: prejudicialidad y cosa juzgada. En consonancia con lo establecido en el art. 160.3 LRJS, la sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales —pendientes de resolución o que puedan plantearse— que versen sobre idéntico objeto o en relación de directa conexidad con aquel.

3. El procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

3.1. Características generales

A la hora de calificar una modificación como sustancial no solamente habrá que tener en cuenta el aspecto material en los términos que se han expuesto en apartados precedentes, sino que la misma deberá llevarse a cabo conforme a las reglas legalmente establecidas en lo que al procedimiento se refiere. Tal es la necesidad que una MSCT plenamente acorde a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico desde el punto de vista material puede ser calificada como no ajustada a derecho cuando se lleve a cabo con inobservancia de las reglas procedimentales predominantes al respecto, que si bien son ciertamente livianas en cuanto a lo que el procedimiento individual se refiere, cobran una gran relevancia en los procedimientos colectivos.

El hecho de que la inobservancia del procedimiento pueda derivar en las mismas consecuencias que aquellas que tendrían lugar de no respetarse los aspectos materiales puede ser calificada como excesivamente rigorista. Sin embargo, entendemos que la adecuación de la conducta del empresario a una determinada exigencia en cuanto a su

proceder, al menos en el marco de las MSCT, constituye una garantía para el trabajador[158]. Si además de no respetar lo previsto, en términos procedimentales, afecta a la dignidad del trabajador, como posteriormente se dirá, ya tenemos los presupuestos básicos para acudir a la extinción indemnizada del art. 50.1.a). No obstante, como quiera que la concurrencia de la MSCT se erige como un requisito previo indispensable a la hora de evaluar la hipotética concurrencia de una lesión a la dignidad del trabajador, procederemos a analizar ambos procedimientos recogidos en el art. 41.2 ET.

3.2. Modificaciones de carácter individual

Entendemos por MSCT de carácter individual aquellas dirigidas a un solo trabajador o cuando afecte a una pluralidad de ellos no supere los umbrales que vienen recogidos en el art. 41.2.a), b) y c) ET en un plazo de 90 días. A saber: i) diez trabajadores en las empresas que ocupen menos de 100 trabajadores; ii) el 10 % de aquellas empresas en cuya plantilla haya entre 100 y 300 trabajadores; y iii) 30 trabajadores en aquellas empresas que ocupen más de 300 trabajadores.

Una vez determinado el procedimiento a seguir, cabe señalar que habrá que remitir a los trabajadores una comunicación escrita[159] en la que se le expongan aquellas circunstancias o razones de carácter técnico, económico, organizativo o de producción en virtud de las cuales se soporte la necesidad de modificar las condiciones *ab origine* que venían rigiendo la relación laboral. En tal sentido, conforme a lo dispuesto en el art. 41.1 ET de manera literal, cabe señalar que se entenderán como tales aquellas que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa. De igual modo, la comunicación empresarial debería —o sería conveniente— incluir la fecha en la que se entrega al trabajador y la fecha de efectos de la modificación que se va a llevar a cabo. En el primero de los casos, para poder controlar los plazos de caducidad en orden a impugnar la medida ante el juez de lo Social; y en el segundo caso para que, desde un punto de vista práctico, el operario pueda conocer cuándo van a surtir efectos las

[158] Esto tampoco puede considerarse como una liberalidad en favor del operario, ya que las instrucciones gozarán de una presunción de legitimidad siempre que no sean revocadas en sede judicial. No resulta desproporcionado que al menos esa discrecionalidad —que no arbitrariedad— quede sometida a una determinadas reglas de actuación para garantizar o salvaguardar las posibilidades de defensa del trabajador.
[159] El art. 41 ET no dispone que la comunicación deba ser por escrito. Sin embargo, se puede deducir conforme a lo dispuesto en el art. 8.5 ET cuando señala que en las relaciones laborales superiores a cuatro semanas el empresario deberá informar por escrito al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo y, sobre todo, cuando las mismas no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito. Asimismo, el art. 138.1 LRJS interpretado recientemente en unificación de doctrina por la STS 2104/2021, de 18 de mayo (Rec. 3325/2018), ya establece que el plazo de caducidad de 20 días no empieza a computar hasta la entrega por escrito al trabajador.

modificaciones y no dé lugar a equívocos que puedan perjudicar el correcto desarrollo de la actividad de la empresa.

Sin perjuicio de lo anterior, no es menos cierto que la práctica habitual esconde determinados supuestos que pueden derivar en una problemática posterior a la hora de impugnar la medida: aquellos supuestos en los que se entregan al trabajador comunicaciones fechadas con unos días de anterioridad. En estos casos, resulta recomendable que esté presente la representación legal de los trabajadores, ya sea a través del delegado de personal o comité de empresa (según el tamaño de la empresa) o delegado sindical y demás figuras afines; o que se rubrique la fecha efectiva de la recepción al lado de la firma que confirme la fecha de recepción, puesto que no suele ser común que un trabajador acuda a recoger este tipo de notificaciones junto con un testigo que *a posteriori* pueda dar su versión de los hechos. Aunque lo ideal, en términos probatorios, es la remisión por medios telemáticos o que dejen prueba de la entrega, como puede ser el burofax con prueba de entrega electrónica para que, al menos indiciariamente, puedan acreditarse tanto la fecha de envío como la fecha de recepción.

3.3. Modificaciones de carácter colectivo conforme al art. 41.4 ET

Las MSCT de carácter colectivo serán determinadas en base a la interpretación —*a sensu contrario*— de lo dispuesto en el art. 41.2.a), b) y c) ET, es decir, cuando la meritada modificación afecte a una pluralidad de trabajadores suficiente que supere los umbrales contenidos en el citado precepto legal en un periodo de 90 días[160]. El principal elemento que distingue las MSCT de carácter colectivo frente a las individuales es la necesidad de que concurra una negociación entre la parte obrera y la parte empresarial para exponer las causas justificativas de la decisión y la posibilidad de atenuar las consecuencias derivadas de tal medida. Dicha negociación es el periodo de consultas, tal y como posteriormente se desarrollará. A continuación vamos a hacer un breve repaso por las fases más determinantes del procedimiento, pues si el art. 50.1.a) ET hace referencia expresa al procedimiento recogido en el art. 41 ET, el detenimiento, aunque sea de manera somera, está justificado.

[160] Respecto al periodo de noventa días referido, cabe citar lo dispuesto en el párrafo cuarto del art. 41.3 ET: «Cuando con objeto de eludir las previsiones contenidas en el apartado siguiente, la empresa realice modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en periodos sucesivos de noventa días en número inferior a los umbrales que establece el apartado 2 para las modificaciones colectivas, sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas modificaciones se considerarán efectuadas en fraude de ley y serán declaradas nulas y sin efecto».

3.3.1. Inicio del procedimiento

Como toda negociación, es necesario que desde un punto de vista subjetivo concurran, al menos, dos intervinientes en defensa de intereses contrapuestos. Difícilmente podría sostenerse la existencia de una negociación cuando solamente hay una parte, lo cual tiene una importancia mayor de la aparente, pues no podrá justificarse el intento de negociación cuando uno de los intervinientes no es citado al efecto, por mucho que acuda la otra y por mucha voluntad colaborativa que exista.

Desde el punto de vista empresarial, en tanto que se trata de una entidad en mayor o menor medida organizada, no parece difícil determinar quiénes serán aquellos que concurran en representación de la misma atendiendo a criterios, por ejemplo, jerárquicos o de organización (véase; la dirección, los responsables de Recursos Humanos o un determinado departamento)[161]. Por la parte obrera, sin embargo, habrá que atenerse a las reglas contenidas en el art. 41.4 ET, ya que no podemos olvidar que pese a que nos referimos a ellos como una unidad, se compone de una serie de sujetos individualizados. Así, antes de entrar en el periodo de consultas, deberá determinarse quiénes son los encargados de defender los intereses de los trabajadores frente a la parte empresarial.

La regla principal establece que los interlocutores válidos frente a la dirección empresarial serán las secciones sindicales cuando así lo acuerden, siempre y cuando tengan una representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados. Para el caso de que esto no se pueda cumplir, se establecen una serie de reglas en el art. 41.4.a) y b) ET cuya configuración gira, principalmente, en torno a los supuestos en que se afecte un único centro de trabajo o varios de ellos y la concurrencia, o no, de representación legal de los trabajadores en los mismos[162]. A saber: En caso de que el procedimiento afecte a un único centro de trabajo, la representación corresponderá lógicamente a los delegados de personal o al comité de empresa para el caso de que esta cuente con más de 50 trabajadores. Si no hubiera representación, podrá optarse por nombrar tres trabajadores *ad hoc* o a una comisión de tres miembros designados por los sindicatos más representativos del sector al que

[161] Cabe hacer una salvedad, y es que para el supuesto de que los trabajadores opten por otorgar su representación a los miembros designados por los sindicatos, la parte empresarial podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales más representativas de carácter autonómico, tal y como dispone el párrafo segundo del art. 41.4.a) ET.

[162] Sobre comisiones negociadoras híbridas y comisiones *ad hoc* se recomienda CASTRO CONDE, Macarena. "Incumplimiento contractual del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores por modificación sustancial de las condiciones de trabajo". *Anuario Facultad de Derecho.* Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá, 2019, pp. 169-193. ISSN 1888-3214.

pertenezca la empresa[163]. En el caso de que el procedimiento afecte a varios centros de trabajo, si el convenio colectivo de aplicación prevé la posibilidad, podrá atribuirse la representación al comité intercentros[164].

Sin embargo, cabe preguntarse cómo será la composición de dicho comité. La regla general establece los siguientes dependiendo de las situaciones concurrentes: a) Si todos los centros de trabajo afectados cuentan con representación legal de los trabajadores, estos serán los que compongan dicho comité; b) Si algunos centros cuenta con Representación Legal de los Trabajadores (RLT) y otros no, podrán componerlo solo los RLT existentes en los centros de trabajo al efecto, salvo que los que no cuentan con dicha figura decidan otorgar su representación a una comisión representativa ad hoc; y c) si ninguno de los centro cuenta con RLT, el comité intercentros estará compuesto por las comisiones *ad hoc* nombradas por cada uno de los centros de trabajo. Hay un requisito cuantitativo a la hora de determinar la representación legal de los trabajadores con independencia de su origen: como máximo, podrán ser 13.

Cuestión distinta puede resultar el hecho de que la dirección empresarial comunique a los trabajadores su voluntad de llevar a cabo una MSCT de carácter colectivo, con pleno apercibimiento a la parte trabajadora de que pueden nombrar una comisión *ad hoc* para el caso de que no exista representación legal de los mismos y que estos, *motu proprio*, rechacen dicha posibilidad y acuerden afrontar las negociaciones de manera conjunta por medio de una asamblea. Cabe plantearse si dicha opción es válida o el acuerdo alcanzado puede estar viciado de nulidad por no respetar el procedimiento previsto. Dicha modalidad se encuentra amparada por la Sala IV y la doctrina de suplicación[165]. Finalmente, es importante reseñar que el hecho de que los centros de trabajo cuenten, o no, con representación legal de los trabajadores tendrá una incidencia directa en el plazo otorgado legalmente para la constitución de la comisión representativa obrera; así, en

[163] Vid. STS 2058/2014, de 15 de abril (Rec. 127/2013) en la que, situados en el marco de la legitimidad o no de una comisión *ad hoc* formada por trabajadores frente a las secciones sindicales constituidas en la empresa, una de las contradicciones reside en el hecho de que la comisión *ad hoc* tiene cinco miembros en lugar de los tres dispuestos legalmente.

[164] Vid. STSJ Andalucía 2251/2019, de 03 de octubre (Rec. 62/2019) en la que, precisamente, se plantea la legitimidad del comité intercentros en el marco de la negociación relativa a la modificación sustancial de los condiciones de trabajo de varios centros de trabajo en distintas provincias de Andalucía, resolviéndose por la Sala en sentido positivo.

[165] Vid. STSJ Madrid 467/2016, de 27 de mayo (Rec. 226/2016) con cita de la STS 1912/2015, de 23 de marzo (Rec. 287/2014), en la que se aborda la cuestión de un periodo de consultas sin representación legal de los trabajadores.

aquellos que se cuente con RLT el plazo será de siete días, mientras que en los que no concurra dicha figura será de 15 días.

3.3.2. Periodo de consultas

Una vez transcurrido el tiempo para que los trabajadores organicen su comisión representativa, la dirección empresarial podrá comunicar el inicio del periodo de consultas. La regla general dispone que esta fase no podrá durar más de 15 días, salvo que «concurran excepcionales circunstancias»[166], por lo tanto, podemos sostener que la superación del límite legal no conlleva de manera indefectible la nulidad del periodo de consultas, aunque lógicamente habrá de acreditarse la especial significación de las circunstancias concurrentes.

En cuanto a la forma de la comunicación, en tanto que concurre un hito en el marco del procedimiento extintivo, conviene llevarlo a cabo de manera fehaciente a fin de poder acreditar posteriormente su efectiva realización a los representación de los trabajadores en un hipotético juicio. No obstante, al margen de la notificación tradicional mediante burofax dirigida a la RLT, la casuística judicial se ha mostrado variante en relación a las formas de comunicación del inicio de periodo de consultas de manera indirecta; así, la Sala IV determinó confirmar la sentencia dictada por el TSJ de Asturias en la que se declaraba la nulidad del cambio en el calendario de vacaciones efectuado por la empresa tras presentar a la plantilla un calendario nuevo y advertirles de que de no recibir sugerencias en un plazo determinado se impondría como definitivo[167]. Por otro lado, sí que se ha entendido por el Alto Tribunal que la comunicación se había efectuado de manera correcta al haber introducido dicho punto en el orden del día del encuentro inicial, y las sucesivas, entre el comité de empresa y la dirección[168]. Por otro lado, establece el art. 41.1 ET que el periodo de consultas debe estar presidido por la buena fe y con una intención finalista de lograr la consecución de un acuerdo. Sin embargo, como suele ocurrir cuando se apela a la misma, la práctica habitual nos señala que la buena fe goza de una gran indeterminación, debiendo ser los tribunales quienes se encarguen de dotar

[166] Vid. STS 3658/2015, de 25 de mayo (Rec. 307/2013), en la que la Sala entiende que sin perjuicio de que el plazo al efecto sea de 15 días, concurren excepcionales circunstancias que justifican la dilación: i) la existencia de un acuerdo entre la RLT y la empresa para su prórroga; ii) la solicitud de un aplazamiento por la RLT para el análisis de la documentación; y iii) las numerosas reuniones tras la finalización del plazo que demostraban una voluntad inequívoca de las partes de llegar a un acuerdo, que es la finalidad última que se extrae del análisis del art. 41.4 ET.
[167] Vid. STS 4804/2009, de 05 de junio (Rec. 90/2008).
[168] Vid. STS 5459/2011, de 30 de junio (Rec. 173/2010).

de contenido dicha premisa, individualizándose en el deber de aportar documentación y deber de información.

En relación con el primero de ellos, nos encontramos con que el art. 41 ET no facilita qué documentación debe ser la imprescindible o necesaria a aportar por la empresa para entender cumplido dicho deber. Asimismo, no hay desarrollo reglamentario al respecto ni puede acudirse por analogía a lo dispuesto en la reglamentación relativa a los despidos colectivos[169] otorgándole, a lo sumo, un valor meramente orientativo[170]. Sin perjuicio de ello, la Sala IV ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente sobre la cuestión y sigue considerando de obligada presencia tanto aquellos documentos que acrediten la concurrencia de las causas para adoptar la MSCT de carácter colectivo como todas aquellas que permitan cumplir con la finalidad del periodo de consultas[171]. Asimismo, cabe señalar que, para ponderar la importancia de la documentación aportada, esta debe permitir a la parte obrera ser capaz de analizar documentalmente las causas justificativas sin que, en ningún caso, la documentación dejada de aportar por la parte empresarial pueda situar a aquella en una situación de desventaja a la hora de proceder a la negociación.

Esta premisa tiene dos límites. Por un lado, habrá atender a cada caso concreto para valorar la trascendencia de la documentación, siendo posible que la que en un supuesto fue considerada esencial, en otro no lo sea[172] y, en consecuencia, tampoco podrá sostenerse una tesis mecanicista por la cual la falta de una determinada documentación *per se* lleve aparejada la causa de nulidad[173]. Por su parte, en relación con el deber de información, debe tener un contenido suficiente que permita a los representantes legales de los trabajadores conocer la intención empresarial y poder participar de forma constructiva en la conformación de la misma. Tal y como ha expuesto la Sala IV, un

[169] Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.
[170] Vid. STS 3810/2015, de 16 de julio (Rec. 180/2014).
[171] Vid. STS 2698/2017, de 21 de junio (Rec. 12/2017).
[172] Vid. STS 1441/2014, de 18 de febrero (Rec. 74/2013) en la que se remarca por parte la Sala que, como parece lógico: «No es lo mismo su análisis en una empresa que cuente con un gran número de trabajadores que otra de menor dimensión. Además, hay que atender a la eventual existencia de circunstancias que hagan complicada la exacta precisión de esos criterios y también a la actitud de los trabajadores durante el periodo de consultas».
[173] Vid. STS 2657/2022, de 23 de junio (Rec. 216/2021) cuando, con cita en la tradicional STS 4017/2013, de 27 de mayo (Rec. 78/2012), dispone: «En numerosas ocasiones hemos puesto de manifiesto que las exigencias de acreditación documental que contiene tanto la Ley cuanto su desarrollo reglamentario no puede entenderse de manera formal y mecánica: no todo incumplimiento genera una deficiencia tal que arrastre inevitablemente a la nulidad del despido colectivo. No todo incumplimiento de las obligaciones de carácter documental conlleva la nulidad de la decisión extintiva, sino tan sólo aquél que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada».

proceso negociador real y efectivo requiere no solo exponer la características concretas de las modificaciones que pretende introducir su necesidad y justificación, sino que también, en el marco de la obligación de negociar de buena fe, debe facilitar de manera efectiva a los representantes legales de los trabajadores la información y documentación necesaria[174].

3.3.3. Finalización del periodo de consultas

Una vez finalizado el periodo de consultas, el art. 41.5 ET establece que la decisión sobre la MSCT de carácter colectivo será notificada por el empresario a los trabajadores y surtirá plenos efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación. Como podemos comprobar, el elemento esencial de la fase final del proceso que se inició con la constitución de la comisión representante de los trabajadores es la notificación de la decisión empresarial. Ha sido una cuestión muy comentada por la doctrina si debe practicarse o no la notificación por parte de la empresa[175] y, en caso afirmativo, si debe practicarse de manera individual a los trabajadores o sería suficiente con efectuarla a los representantes de los mismos.

Respecto a la primera cuestión, parece claro que debe practicarse una notificación expresa. Ello se deriva del art. 41.5 ET, tal y como se ha visto en los párrafos anteriores, y también según lo previsto en el art. 59.4 del mismo cuerpo legal, cuando establece que el plazo para impugnar la modificación sustancial de las condiciones de trabajo empezará a computar desde la fecha siguiente a la notificación de la modificación empresarial. De igual modo, el art. 138.1 LRJS vuelve a señalar que la demanda deberá presentarse en el plazo de caducidad de los 20 días hábiles siguientes a la notificación por escrito de la decisión a los trabajadores o a sus representantes, un plazo que no empezará a computarse hasta que tenga lugar dicha notificación[176].

Así, parece que se puede optar de manera alternativa entre notificar a los trabajadores individualmente o a los representantes en su vertiente colectiva, mientras que la norma parece establecer la obligatoriedad de que la comunicación sea por escrito, una postura

[174] Vid. STS 7790/2012, de 16 de noviembre (Rec. 236/2011).
[175] A pesar de que pueda parecer lógico que la empresa deba notificar la decisión para que tengan conocimiento las demás partes personadas en la negociación, durante una época se defendió la postura de que la notificación podría ser prescindible en tanto que la parte trabajadora había sido parte de la negociación y podría conocer perfectamente la postura a adoptar por parte de la empresa. Sin embargo, los pronunciamientos judiciales de la Sala IV desechan de plano dicha posibilidad. Vid. STS 1213/2018, de 22 de marzo (Rec. 660/2016).
[176] Vid. STS 1454/2018, de 03 de abril (Rec. 360/2018).

que ha venido avalada por parte de la jurisprudencia[177]. Sin embargo, situados en el marco del art. 154 LRJS y los procesos de conflictos colectivos, entendemos que resulta prioritaria la notificación a los representantes de los trabajadores aún incluso por encima de la notificación a estos de manera individualizada, en tanto que son aquellos y no estos los sujetos legitimados para promover los conflictos colectivos.

Sin perjuicio de las distintas vicisitudes que concurran en los supuestos de finalización del periodo de consultas sin acuerdo, cabe señalar que también existe la posibilidad de que se llegue a un acuerdo entre la dirección de la empresa y la representación de los trabajadores. A tal respecto, el propio art. 41.1 ET señala que cuando finalice con acuerdo se presumirá que concurren cualquiera de las causas justificativas económicas, técnicas organizativas o de producción que pueda alegar el empresario. En consecuencia, habrán de desarrollarse unas negociaciones válidas y suficientes para entender cumplimentado el requisito de información, so pena de ser declarada nula la decisión adoptada. Dicha cuestión resulta de especial observancia para la empresa, tanto por su posición privilegiada en orden a la disposición de la documentación esencial como por ostentar la carga de la prueba[178] de que, efectivamente, se han puesto todos los medios a su alcance para que la negociación sea satisfactoria.

3.4. Problemática relativa a la posibilidad de negociación directa con los trabajadores y los acuerdos individuales en masa

Una vez expuesto el procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, puede tenerse por cierto que el art. 41.1 ET impone la necesidad de que, con carácter previo a la adopción de las mismas por la parte empresarial, se lleve a cabo un periodo de consultas con una comisión que represente a los trabajadores. La razón principal es tratar de reducir o evitar los efectos que puedan generar en la plantilla y adoptar las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias. Llegados a este punto nos encontramos con que la interlocución entre la empresa y la *pars debiliors*, según como se acometa, puede desbordar las previsiones legales y situarse al margen de las mismas. Así, a continuación vamos a analizar los límites entre la

[177] Se ha desechado la posibilidad de que la notificación se lleve a cabo a través del tablón de anuncios, tal y como se señala en la STS 5355/2016, de 23 de noviembre (Rec. 285/2015), así como las circulares o instrucciones de empresa, en virtud de la doctrina sentada en la STS 5247/2014, de 12 de noviembre (Rec. 13/2014).
[178] Art. 138 LRJS.

negociación por la vía del art. 41.4 ET, la negociación directa con los trabajadores y los acuerdos individuales en masa.

En relación con la comisión negociadora por parte de los trabajadores nos remitimos a lo ya expuesto, por lo tanto, simplemente remarcaremos las notas esenciales: esto habrá de seguir lo dispuesto en el art. 41.4 ET, su composición variará en el caso de que se trate de un único centro de trabajo o varios y deberán tenerse en cuenta las secciones sindicales, comités de empresa o representantes legales de los trabajadores según el caso concreto. No obstante, no está de más calificarlo como el método por defecto y la que mayor seguridad jurídica aporta a la hora de acometer el periodo de consultas en el marco de la negociación colectiva. Por otro lado, encontramos la negociación directa con los trabajadores, que ha sido objeto de un análisis pormenorizado por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y que si bien puede encuadrarse como uno de los métodos alternativos de proceder en relación con el periodo de consultas, su validez viene condicionada al cumplimiento de unos rigurosos requisitos[179].

Para la Sala IV, la compatibilidad entre lo dispuesto legalmente y la negociación directa con los trabajadores será válida siempre y cuando se respeten una serie de condiciones: a) la necesidad de que el acuerdo se encuentre respaldado por una mayoría suficiente; b) que no concurran vicios del consentimiento, fraude o abuso de derecho —este requisito guarda un paralelismo directo con aquellas razones que fundamentarían una hipotética impugnación de un acuerdo entre las partes negociadoras—; c) que se destierre toda posibilidad de sospecha de que la negociación directa busca, de manera subrepticia, encubrir una actuación torticera por parte de la empresa; y d) que la negociación no sea una forma de dar apariencia legal a una conducta absolutamente proscrita, como los pactos individuales en masa[180].

Además, el Tribunal Supremo supedita la validez de ese tipo de acuerdos a la concurrencia de determinados «criterios de excepcionalidad», es decir, argumentos de peso que justifiquen el optar por una negociación directa con los trabajadores en lugar de acudir al mecanismo genérico del art. 41.4 ET, citándose, por ejemplo, la dimensión de

[179] Vid. STS 3652/2019, de 10 de octubre (Rec. 966/2017), en la que se sostiene que la negociación directa con los trabajadores no presentará un obstáculo siempre que se respete un plano material en el que se permita un encuentro directo, eficaz y en paridad de posiciones entre la dirección y sus trabajadores; y un plano formal en virtud del que la empresa no busque por esa vía la elusión de los mecanismos de representación colectiva.

[180] Para una mayor profundización sobre los requisitos enunciados se recomienda GARCÍA MURCIA, Joaquín. "Modificación sustancial de condiciones de trabajo de alcance colectivo mediante negociación directa del empresario con los trabajadores de su plantilla". *Revista de Jurisprudencia Laboral* [en línea]. 2019, 8, p. 9 [fecha de consulta 6 marzo 2024]. ISSN-e 2659-787X.

la empresa y la existencia de posibilidades verdaderas de interlocución directa entre ambas partes. En definitiva, la jurisprudencia admite la posibilidad de negociación directa con los trabajadores siempre y cuando se cumplan unas condiciones materiales y formales que propicien, desde una perspectiva pragmática, el optar por dicho método.

Finalmente, procede entrar a analizar la hipotética validez de abordar el periodo de consultas desde la perspectiva de los «acuerdos individuales en masa», definidos por la doctrina como iniciativas empresariales de condiciones de trabajo de todos los trabajadores de la empresa sin mediación de representaciones unitarias, sindicales o institucionales con el fin de eludir la negociación colectiva con los representantes de los trabajadores[181]. Como se desprende de la definición, los acuerdos individuales en masa no encuentran encaje legal en el marco del art. 41.4 ET y han sido objeto de análisis por parte de nuestros tribunales, negándose en todo caso virtualidad alguna como método de negociación. El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse y estableció que la utilización masiva de la autonomía individual suponía soslayar la intervención de los representantes sindicales y el vaciado de contenido efecto al convenio colectivo, produciéndose una vulneración de la libertad sindical al extraerlos de participación en los conflictos empresariales[182]. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Supremo cuando sostuvo que la promoción de acuerdos individuales en masa, con la única finalidad de eludir la negociación colectiva, constituye un comportamiento vulnerador de la libertad sindical cuya consecuencia no puede ser sino la nulidad radical de los mismos[183]. En definitiva, cuando se alude a los representantes legales de los trabajadores no es simplemente a los efectos de asegurar un interlocutor único, sino que los intereses de los empleados queden debidamente salvaguardados, algo que no puede prosperar en aquellos supuestos en los que se margina su intervención[184].

Así, recapitulando, encontramos una graduación de los métodos de negociación colectiva en el marco del periodo de consultas propio del procedimiento colectivo de MSCT. En un primer lugar, tenemos la interlocución entre la dirección de la empresa y la comisión representativa de los trabajadores. En un segundo escalón, se permite la negociación

[181] CASAS BAAMONDE, María E. "La individualización de las relaciones laborales". *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica.* 1991, 2, p. 412. ISSN 0213-0556.
[182] Cfr. STC 238/2005, de 26 de septiembre (Rec. 6006/2003), que sostiene una tesis continuista de lo ya dispuesto en la STC 225/2001, de 26 de noviembre (Rec. 3869/1997), con cita de la anterior STC 208/1993, de 28 de junio (Rec. 232/90).
[183] Cfr. STS 2394/2019, de 20 de junio (Rec. 98/2018), y la STS 4916/2016, de 11 de octubre (Rec. 68/2016).
[184] Vid. STSJ Cataluña 2289/2022, de 04 de marzo (Rec. 6133/2021).

directa con los trabajadores siempre y cuando se respeten una serie de requisitos inexcusables y haya un contexto propicio para ello. Y, en tercer lugar, encontramos la posibilidad de adoptar acuerdos colectivos en masa, una posibilidad absolutamente vedada en nuestro ordenamiento jurídico y que lesiona de manera indefectible la libertad sindical en su vertiente de negociación colectiva.

3.5. Consecuencias jurídicas de la inobservancia del aspecto formal

3.5.1. Nulidad derivada del fraude de ley

El primer motivo por el que una modificación sustancial de las condiciones de trabajo puede ser declarada nula se deriva de la adopción de la misma en fraude de ley: es decir, por medio del uso indebido o abusivo de lo dispuesto en una disposición de legal para obtener un beneficio injusto de la misma[185]. Las principales razones tras la motivación empresarial de utilizar de forma desviada una norma para la cobertura de un resultado antijurídico suelen ir encaminadas a camuflar o encubrir traslados o modificaciones sustanciales que debería ser tramitadas como colectivas pero que se llevan a cabo de manera individual, con el patente ánimo de evitar los requisitos procedimentales de estas frente a aquellas, dado su carácter mucho más laxo, ya que no acarrean la necesidad de efectuar un periodo de consultas[186]. De igual modo, se entenderá que concurre fraude de ley cuando se proceda a la reducción de jornada de varios trabajadores como si fuera un ERTE al amparo del art. 47 ET cuando lo que en realidad subyace es una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo y con ánimo de permanencia, cuya tramitación debe hacerse por la vía del art. 41 ET[187].

Como podemos observar, la voluntad de llevar a cabo la reducción de la jornada por la vía del art. 47 ET, y no por la vía del art. 41 ET, tiene como finalidad espuria soslayar la posibilidad de que los trabajadores extingan su contrato de trabajo conforme a lo dispuesto en el art. 41.3 ET. El uso indebido de la norma viene dado por que lo dispuesto en el art. 47 ET está concebido para situaciones transitorias o meramente provisionales, mientras que la MSCT del art. 41 ET se conceptúa con un ánimo de permanencia en la

[185] Vid. STS 3868/2007, de 31 de mayo (Rec. 401/2006) cuando dispone que se trata de: «Una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico, que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma».
[186] SÁNCHEZ LINDE, Mario. "Apuntes sobre el proceso especial de impugnación de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo". *Revista Jurídica de Castilla y León* [en línea]. 2019, 48, p. 160 [fecha de consulta 7 marzo 2024]. ISSN 2254-3805. Disponible en: https://jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1131978346397/_/1284867605920/Redaccion
[187] Vid. STSJ Castilla y León 3894/2016, de 13 de octubre (Rec. 439/2016).

variación de las condiciones contractuales. Este es uno los muchos ejemplos que nos puede brindar la casuística judicial pero, en definitiva, parece claro sostener que la concurrencia de un fraude de ley en lo que a la MSCT se refiere dará cumplimiento al primero de los requisitos exigidos por el art. 50.1.a) ET, quedando por determinar la existencia de un menoscabo de la dignidad del trabajo como segundo y último de los elementos exigidos.

3.5.2. Nulidad por vulneración del periodo de consultas

Como hemos señalado en apartados anteriores, el principal elemento que distingue las MSCT de carácter colectivo frente a las individuales es la necesidad de que concurra una negociación entre la parte obrera y la parte empresarial para exponer las causas justificativas de la decisión y la posibilidad de atenuar las consecuencias derivadas de tal medida. El segundo motivo por los que procederá la nulidad de la MSCT será cuando se dé trámite a dicho requisito en términos formales pero no haya un ánimo real y verdadero de llegar a un acuerdo o de atenuar las consecuencias por la parte empresarial, pues su decisión está tomada de antemano y, a su juicio, carece de relevancia lo que pueda discutirse o las propuestas que se hagan por la contraparte. En definitiva, no hay buena fe en el marco de la negociación[188].

Junto a esta, otra de las causas que puede derivar en la declaración de nulidad de la MSCT, por no haber dado cumplimiento a un periodo real y efectivo de consultas, se deriva del hecho de la falta de aportación documental por la parte empresarial, ya que con dicha actitud se está dificultando la posibilidad de propugnar la negociación entre la parte empresarial y la parte obrera[189]. La problemática relativa a este requisito reside en que no existe regulación al respecto en lo relativo a la documentación a aportar, por lo tanto, requiere analizar cada cuestión y comprobar que la información aportada ha sido puesta a disposición con los requisitos de suficiencia inherentes a aquella parte negociadora que, verdaderamente, busca llegar a un acuerdo. La premisa que debe obtenerse es que un periodo de consultas meramente aparente y sin un ánimo real de ejercerlo de forma efectiva supondrá un incumplimiento de lo dispuesto en el art. 41 ET y, por ende, tendremos acreditado el primero de los requisitos exigidos por el art. 50.1.a) ET.

[188] Entendida en el sentido de una real y pertinaz voluntad de poner todos los medios al alcance para limitar los efectos de la MSCT y con plena observancia a lo preceptuado en el art. 1.288 del Código Civil y 89.1 ET.
[189] Vid. STS 5459/2011, de 30 de junio (Rec. 173/2010).

3.5.3. Nulidad por existencia de vulneración de derechos fundamentales

En tercer y último lugar, cabe señalar que, conforme a lo dispuesto en el art. 138.7 LRJS *in fine*, la decisión del empresario podrá ser calificada como nula cuando tenga su origen en alguna de las causas de discriminación recogidas en la CE o en la Ley, o lo que es lo mismo, cuando el trabajador impugne la decisión modificativa con fundamento en alguna causa de discriminación prevista constitucionalmente o en otra normativa, así como cuando se lleve a cabo con violación de sus derechos fundamentales o libertades públicas.

Asimismo, conforme al art. 108.2 LRJS en relación con el art. 55 ET, serán igualmente nulos aquellos supuestos que afecten a las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d), y e) disfrute del permiso parental a que se refiere el artículo 48 bis, o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural.

También llevarán aparejada la causa de nulidad las que se lleven a cabo frente las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a), el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refiere el artículo 37 ET, apartados 3.b) 4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando de las adaptaciones de jornada previstas en el artículo 34.8 o la excedencia prevista en el artículo 46.3; y c) el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva. Así como frente a las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de 12 meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento.

4 La causa extintiva del contrato de trabajo conforme a lo dispuesto en el artículo 50.1.a) del ET

4.1. Concepto, caracteres y delimitación de figuras afines

El art. 50.1.a) del Estatuto de los Trabajadores reconoce, entre las causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato de trabajo, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el art. 41 del mismo cuerpo legal y que redunden en menoscabo de la dignidad del

trabajador. Así, a la hora de analizar la extinción indemnizada de dicho artículo, resulta un antecedente necesario —y, prácticamente, un requisito de procedibilidad[190]— prestar plena observancia a lo dispuesto en el art. 41 ET, en tanto que no podrá darse bajo ningún concepto una extinción indemnizada conforme al art. 50.1.a) ET sin que concurran los requisitos necesarios para estimar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, ya que constituyen un elemento del tipo normativo[191].

A la hora de dotar de una conceptualización a dicha institución jurídica, podría definirse como un mecanismo de defensa del trabajador frente al empresario ante aquellos supuestos en los que las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo trascienden el ámbito de la flexibilidad empresarial para adentrarse en una esfera protegida del trabajador que constituye no solo un valor inherente al ser humano sino que, como consecuencia, es un derecho fundamental constitucionalmente protegido en nuestro ordenamiento jurídico (art. 10 CE).

Una vez sentada la premisa de que la concurrencia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en los términos del art. 41 ET es un antecedente necesario, y sus características más generales ya han sido tratadas en el apartado concreto, se plantean una serie de cuestiones que se analizarán con detenimiento a continuación. En primer lugar, una MSCT puede ser calificada como justificada, injustificada o nula en caso de que el trabajador opte por impugnarla ante la Jurisdicción Social o devenir firme para el supuesto de que se aquiete. Por lo tanto, llegados a este punto, cabe preguntarse si la calificación jurídica de la MSCT tiene algún tipo de influencia en la pretensión extintiva del art. 50.1.a) ET, o dicho de otro modo: ¿es necesario que la MSCT sea calificada como injustificada o nula para dar por cumplido ese requisito y poder entrar a valorar si se ha producido un menoscabo de la dignidad del trabajador?

A tal respecto, entendemos que tanto aquellas MSCT que hayan sido calificadas como justificadas o injustificadas en un procedimiento judicial son susceptibles de activar el

[190] En caso de que únicamente concurra una MSCT sin menoscabo de la dignidad, no podrá acudirse a la vía del art. 50.1.a) ET. En tal sentido, vid. STS 467/1993, de 08 de febrero cuando dispone: «La sola y desnuda modificación sustancial de las condiciones de trabajo, podrá dar lugar en su caso, al ejercicio de los derechos previstos en el artículo 41 n.º 3 del propio Estatuto, pero no a la extinción del contrato de trabajo», y PENDAS DÍAZ, Benigno. *Extinción causal del contrato de trabajo por voluntad trabajador*. 2.ª Ed. Madrid: ACARL, 1992. ISBN 978-84-6042-410-9.

[191] Es esta la principal razón que ha inspirado la ordenación sistema del estudio de la materia en el presente trabajo, esto es, con carácter previo a entrar a conocer las cuestiones relativas a la extinción indemnizada, se han establecido las nociones generales que acompañan a las MSCT porque, si atendemos al tenor literal de la norma, sigue este el orden: primero el art. 41 ET como presupuesto básico y anterior al estudio del art. 50 ET.

mecanismo de la extinción indemnizada para el caso de que concurriera, además, un menoscabo de la dignidad. Sería distinto el caso en el que, una vez declarada injustificada la MSCT adoptada por el empresario, este se negara a reintegrar al trabajador en las condiciones previas. En dicho supuesto, sí que se podría acudir a la vía del art 50 ET, concretamente, al apartado c) del mismo y no al a), por lo que se trataría de una figura afín en tanto que ambas se recogen dentro del mismo artículo, pero sustancialmente distintas por responder a causas diferentes. Sin perjuicio de las disquisiciones teóricas, cabe señalar que en términos estrictos el precepto legal no impone la necesidad de que se trate de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo calificadas como justificadas o que hayan devenido firmes, sin embargo, atendiendo a una interpretación teleológica, parece imponerse dicho razonamiento[192].

4.2. Evolución del perjuicio cualificado exigible: la refundición del perjuicio a la formación profesional y el menoscabo de la dignidad

El perjuicio a la formación profesional puede ser definido como cualquier situación que obstaculiza, dificulta o impide el desarrollo adecuado de las habilidades y competencias necesarias para llevar a cabo un desempeño eficaz de la profesión en el marco de la relación laboral. A la hora de analizarlo como causa susceptible de activar el mecanismo de la extinción indemnizada, cabe diferenciar entre dos espacios temporales: la redacción del artículo 50.1.a) ET previa a la promulgación de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y el texto final tras la entrada en vigor de la misma.

En un primer momento, antes de que la mencionada ley modificara la norma, el perjuicio a la formación profesional constituía uno de los elementos, ya fuera de manera aislada o como coadyuvante del menoscabo de la dignidad del trabajador, que el art. 50.1.a) ET recogía de expresamente en su redacción como incumplimiento del empresario susceptible de posibilitar la rescisión del contrato. Fue definido por la jurisprudencia como aquel «que deriva de la degradación profesional o de la falta de ocupación efectiva prolongada, que vulnera el derecho a la promoción en la empresa»[193].

[192] En apoyo de dicho planteamiento aunque en sede de culpabilidad vid. SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. *El Artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. 1.ª Ed. Navarra: Aranzadi, 2001, p. 69. ISBN 978-84-8410-540-4.

[193] Vid. STS 8850/1990, de 03 de diciembre, que constituye una sentencia fundamental a la hora de analizar la cuestión, siendo citada de manera reiterada en sede de suplicación aún hoy en día, pudiéndose mencionar la STSJ Navarra 590/2015, de 28 de julio (Rec. 176/2015).

Las corrientes jurisprudenciales se dividían en dos: por un lado, las que conectaban la formación profesional con el art. 35 CE y a la promoción a través del trabajo, afectando a las situaciones que redundan en aspectos como el salario o la modificación funcional, que desborda los límites del art. 39 ET; y, por otro lado, las que se apoyan en el art. 23 ET, que abarca un ámbito más enfocado a la mejora o perfeccionamiento profesional individual del trabajador cuya finalidad puede englobar una pluralidad de motivos[194].

La primera de las vertientes está influenciada por un ánimo de promoción interna en la empresa, ya que se refiere principalmente a aspectos salariales, constituyendo una máxima de experiencia que la promoción profesional, en la mayoría de las veces, no esconde sino un ánimo interno —y legítimo— del trabajador de obtener un aumento de sus percepciones salariales (art. 24 ET). Frente a esta legítima aspiración se interponen las conductas empresariales que no contribuyen a un desarrollo en términos ascendentes sino que, como han señalado otros autores, sustraen al trabajador de las funciones propias de su puesto de trabajo o le asignan tareas que engloban un crisol de aptitudes tan amplio que impiden la optimización o refinamiento de las tareas troncales de la profesión para la que se encuentra capacitado el operario, convirtiéndolo en una suerte de «todoterreno»[195]. En muchas ocasiones, este tipo de actitudes empresariales buscan desincentivar la continuidad del trabajador en la empresa y ocurren de manera más manifiesta en aquellas mercantiles, generalmente dedicadas a la consultoría, donde la filosofía del *«up or out»*[196] es la base sobre la que pivota el plan de carrera interno. La actitud en concreto consiste en, una vez constatada la no idoneidad del trabajador para ascender en la organización de la empresa conforme a los parámetros y criterios internos, se le releva a tareas de menos entidad y responsabilidad con el fin de que vea frustradas sus legítimas expectativas de desarrollo profesional y acabe abandonando la empresa, una actitud que en ocasiones, como se ha demostrado en la práctica forense, puede lindar y ser reconocida como situaciones de acoso[197].

La segunda de ellas no está tan basada en una formación profesional en términos de ascendencia jerárquica dentro de una determinada empresa —aunque no se excluye de

[194] Entre los cuales puede citarse, por ejemplo, la motivación interna del trabajador de acceder a puestos de trabajo en empresas de referencia en un determinado sector o un perfeccionamiento que únicamente tenga como fundamento una actualización o mejora sostenida de sus competencias en un campo.
[195] Expresión utilizada por GONZÁLEZ DE PATTO, Bibl. cit. p. 4.
[196] En términos periodísticos, la cuestión resulta excepcionalmente tratada por el diario *El Confidencial* en GARCÍA ZARZALEJOS, Álvaro. *'Up or out': radiografía de la meritocracia extrema de McKinsey, Bain y Boston* [en línea]. Disponible en: https://www.elconfidencial.com/empresas/2018-03-25/experiencia-consultoria-trabajar-mckinsey-boston-bain_1536705/
[197] Vid. STSJ Cataluña 7232/2009, de 14 de mayo (Rec. 109/2009).

manera expresa—, sino en la mejora relativa a la capacitación o las habilidades de un trabajador en aquellas competencias propias de su profesión, o transversales, y donde el empleador juega un papel de facilitador, pues la asistencia a cursos, congresos o la realización de exámenes muchas veces puede producir fricciones en el desarrollo y obligaciones derivadas de funciones propias del puesto de trabajo. Frente a la creencia popular, cabe señalar que el hecho de que el empresario debe facilitar al trabajador la posibilidad de que potencie en la medida de sus posibilidades la especialización y su desarrollo profesional no se trata de una facultad discrecional del empresario[198], sino de una obligación legal[199], quedando únicamente limitado por la concurrencia de necesidades organizativas dentro de la empresa que impidan acceder a lo solicitado[200].

Tras la promulgación de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, la referencia al perjuicio a la formación profesional fue suprimida según el art. 50.1.a) ET bajo el pretexto, según la propia Exposición de Motivos, de favorecer la «flexiseguridad»[201] y el equilibro entre la flexibilidad interna y externa. Sin embargo, la influencia de dicha modificación legislativa ha tenido una incidencia manifiestamente escasa en la doctrina judicial, ya que si analizamos los pronunciamientos judiciales tanto anteriores a la reforma como posteriores, podemos observar que el menoscabo de la dignidad y el perjuicio a la formación profesional han sido tratados como un único concepto.

Asimismo, resulta difícil imaginarse la concurrencia de una MSCT que ataque de manera frontal de la dignidad del trabajador pero que deje absolutamente indemne la formación profesional de este, y para ello basta con plantearse una serie de interrogantes: ¿se puede potenciar una formación cuando se están promoviendo modificaciones que implican falta de ocupación efectiva o degradan al trabajador a funciones impropias de su categoría profesional? Y, *a sensu contrario*, es igualmente complicado imaginar una conducta

[198] Vid. STS 13580/1986, de 21 de julio, cuando dispone: «El hombre se integra en la empresa para lograr su realización personal mediante el trabajo, por lo cual éste ha de estar siempre, en todo instante, en función de aquél. De aquí que el empresario deba ser especialmente acogedor en orden a viabilizar al máximo esa realización».

[199] Vid. STSJ Galicia 5511/2019, de 21 de octubre (Rec. 3303/2019), especialmente ilustrativa cuando señala: «No estamos, por tanto, ante una facultad discrecional de la empresa, como se argumenta, sino ante una obligación legal que favorecía la accesibilidad del demandante a la educación y que la empresa ignore».

[200] Vid. STSJ La Rioja 543/2015, de 08 de octubre (Rec. 233/2015) cuando señala: «Para denegar este permiso, la empresa ha de acreditar la concurrencia de circunstancias organizativas o de producción que impidan o dificulten de manera apreciable su otorgamiento».

[201] Tal y como se indica en JASPER, Teun. Flexiseguridad: ¿es la respuesta acertada a la modernización del Derecho del Trabajo?: la perspectiva holandesa. En: Juan Pablo LANDA ZAPIRAIN, coord. *Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: una aproximación crítica.* Albacete: Bomarzo, 2011, p. 90. ISBN 978-84-96721-78-4. No existe en el Libro Verde de la UE una definición para dicho término, pero —según el autor— puede entenderse como la búsqueda del equilibrio entre empleado y empleador.

empresarial que suponga un perjuicio a la formación profesional del trabajador pero que no lleve aparejado un menoscabo de su dignidad, porque la conexión entre ambas condiciones es tan íntima que es prácticamente imposible sostener que se puede menoscabar tu dignidad a la par que se promueven las posibilidades internas para prosperar en el escalafón de la empresa[202].

En definitiva, podemos sostener que con la reforma del año 2012 se trató de expulsar el perjuicio a la formación profesional como causa resolutoria del art. 50.1.a) ET, y la supresión de la literalidad de dicho artículo supuso un debilitamiento de tal circunstancia, pues desapareció el soporte legal que permitía una interpretación literal por parte del juzgador para su válida consecución. Sin embargo, la doctrina judicial —y especialmente de suplicación— llevó a cabo lo que puede denominarse como una «refundición» o «integración del perjuicio a la formación profesional», dentro de los supuestos que se recogen como lesivos de la dignidad del trabajador, por lo que, *de facto*, sigue siendo una causa resolutoria esencial en dicho artículo a pesar de que no aparezca recogido de manera literal en el mismo.

5. Análisis jurisprudencial de los elementos calificadores de la conducta empresarial del art. 50.1.a) ET: gravedad y culpabilidad

5.1. La gravedad: exigencia implícita como elemento del tipo

En relación con la extinción indemnizada del art. 50 ET, se trata de una medida en cierto modo excepcional, en tanto que permite al trabajador extinguir su relación laboral con derecho a la indemnización equivalente a la del despido improcedente[203]. Por tanto, es lógico sostener que para recurrir a ella deban concurrir causas de carácter excepcional o de una determinada gravedad, pues es de difícil justificación el recurso a medidas extraordinarias ante situaciones ordinarias. Por lo tanto, insistimos en que se reserva a situaciones ciertamente comprometidas en términos de gravedad[204]. Por ello, como primera cuestión, resulta procedente comentar si la gravedad es un elemento que debe

[202] POQUET CATALÁ, Raquel. "A propósito del art. 50.1 a) ET tras la reforma de 2012". *Revista de Derecho Social.* Albacete: Bomarzo, 2014, 67, p. 97. ISSN 1138-8692.
[203] La finalidad de la norma no es otra que evitar que el trabajador se vea forzado a solicitar la dimisión, que no lleva aparejada ningún tipo de indemnización, en base a un comportamiento empresarial antijurídico que le fuerce a ello.
[204] Vid. STS 116/1991, de 16 de enero, en la que se establece de manera textual: «Por lo demás, el recurso a la acción resolutoria, según jurisprudencia de la Sala (Sentencias de 15 de noviembre de 1986, 28 de octubre de 1989 y 3 de diciembre de 1990), está reservado para aquellos supuestos en que la defensa de los intereses del trabajador no puede realizarse, o no es razonable exigir que se realice, por la vía de otras acciones o medios de defensa».

concurrir en el marco de la extinción indemnizada y, en caso afirmativo, qué niveles de gravedad son requeridos y cómo debe procederse a su acreditación en sede judicial. Sobre la necesidad de que concurra gravedad ya adelantamos que la respuesta no puede ser sino afirmativa desde el momento en que señalamos que se trata de una medida excepcional.

Así, a la hora valorar la concurrencia de la gravedad, esta puede ser analizada atendiendo a la naturaleza jurídica del art. 50 ET, ya que este artículo es el trasunto laboral del art. 1.124 CC. Por lo tanto, en una primera aproximación, sería conveniente determinar cuáles son las exigencias en torno a la gravedad necesaria en sede iuscivilista y, de esa manera, hacer un análisis comparativo en sede laboral. En clave civilista, tanto jurisprudencial como doctrinalmente, se parte de la premisa que aboga por el principio de conservación de los contratos —*pacta sunt servanda*— en virtud del cual se exige un incumplimiento de cierto relieve que lleve aparejada una frustración de la utilidad buscada por las partes a la hora de contratar o, dicho de otro modo, el efecto resolutorio únicamente estará justificado cuando sea total, absoluto, esencial o pertinaz[205] y frustre las legítimas expectativas de la contraparte.

En tal sentido, podemos sostener que el incumplimiento empresarial ha de ser una entidad suficiente sobre elementos esenciales del contrato de trabajo, por la vía de la modificación, que el trabajador se encuentre en una posición en la que no tenga la obligación jurídica de soportarlo al haberse transformado una relación jurídica inicialmente equilibrada en una que resulta de mayor onerosidad para una de las partes. A la hora de evaluar dicha institución desde el prisma civil, en ocasiones ha debatido sobre si nos encontramos ante una resolución o ante una rescisión, lo que será analizado posteriormente. Por otro lado, desde un punto de vista más en clave iuslaboralista puede defenderse que la extinción del art. 50 ET es el equivalente al despido disciplinario pero con la inversión de sujetos y, obviamente, con todas las cautelas al respecto. Así, tomando como nuestro dicho planteamiento, es posible tratar de determinar la gravedad necesaria en términos comparativos con aquella idónea para fundamentar un despido disciplinario.

Del análisis de las notas de gravedad en el marco del despido disciplinario se colige una tendencia jurisprudencial por la individualización de la conducta del trabajador respecto

[205] Vid. STS 2166/2019, de 27 de junio (Rec. 2552/2016), cuando dispone: «Se ha dicho más recientemente que el mismo, para alcanzar efectos resolutorios, ha de ser verdadero, total, absoluto, definitivo, grave, esencial, culpable, deliberado, pertinaz, continuado, duradero, inequívoco, injustificado […]. En consecuencia, sólo habrá que excluir los incumplimientos de escaso relieve que no alcanzan a impedir la consecución de la finalidad perseguida mediante la contratación».

a las circunstancias concurrentes al caso conforme a la doctrina gradualista[206]. Es decir, no pueden trazarse unas líneas generales y objetivas sobre qué conductas son de una gravedad tal para determinar el despido disciplinario como procedente, sino que habrá que atender a un carácter marcadamente casuístico en relación con la teoría gradualista y teniendo siempre presente que el despido es la sanción de mayor gravedad en el ámbito de las relaciones laborales, por lo que uso debe estar justificado.

En ocasiones puede sostenerse que expresiones tales como «atender a las particularidades propias de cada caso», «no se pueden trazar líneas generales y habrá que estar a cada caso concreto» o «la casuística es muy amplia» pueden llevar a pensar que se tratan más de cláusulas de estilo que de precisas prevenciones al efecto, pero la indeterminación de según qué conceptos jurídicos hace que, cuando se hable de extinción indemnizada, cualquier prevención al efecto sea más que necesaria.

Hechas las precisiones oportunas en torno al art. 50.1 ET debemos aplicar lo establecido al supuesto concreto del apartado a). Y, a tal respecto, pueden extraerse las siguientes conclusiones: En primer lugar, respecto a la gravedad necesaria, como se ha mencionado, sería un contrasentido sostener el recurso a una medida excepcional sin exigirse un comportamiento grave. La gravedad es necesaria, debe concurrir, no se puede pretender sostener una pretensión con visos de prosperabilidad en los Tribunales si no estamos ante hechos de naturaleza grave. Sin embargo, la misma se deriva directamente de la propia naturaleza de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo[207] y no es necesario que se pruebe ningún tipo de conducta o ánimo adicional en términos de culpabilidad, como más adelante se dirá.

La propia constatación de la concurrencia de una MSCT lleva implícito que se han dado unas notas de gravedad por encima de lo que jurídicamente está obligado a soportar el trabajador, puesto que de lo contrario nos encontraríamos dentro del *ius variandi* empresarial y eso sería una causa excluyente de la existencia de una MSCT, lo que nos lleva a concluir que, sin MSCT, no puede incardinarse ningún comportamiento

[206] Vid. STS 4922/2021, de 21 de diciembre (Rec. 1090/2019), con cita de la STS 4591/2010, de 19 de julio (Rec. 2643/2009) y la STS 308/2004, de 27 de enero (Rec. 2233/2003)
en la que, en relación con la gravedad, se establece: «Es doctrina de esta Sala la de que el enjuiciamiento del despido debe abordarse de forma gradualista buscando la necesaria proporción ante la infracción y la sanción y aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto».
[207] Vid. STSJ Navarra 76/2011, de 12 de marzo (Rec. 42/2012), con cita de la STS 17625/1990 en la que ya se adelanta que la MSCT será tal cuando sea grave: «La modificación de las condiciones sea grave, es decir, que afecte a lo esencial de lo pactado y ser de tal índole que, en términos generales, frustre las legítimas aspiraciones y expectativas de la parte que insta la resolución». Por lo tanto, constatada la MSCT, se entiende implícita la gravedad que exige el art. 50.1.a) ET.

empresarial en el apartado a) del art. 50 ET. Pero no es exclusivamente esta cuestión —como tendrá oportunidad de desarrollarse después—: el apartado a) del art. 50.1 ET no solo exige una MSCT sino que requiere de un menoscabo a la dignidad del trabajador, por lo tanto, sería difícilmente aceptable un razonamiento que constate una MSCT y un menoscabo de la dignidad del trabajador pero de carácter leve. Lo anterior puede resumirse en que los elementos del tipo constituyen, *per se*, la concurrencia de una gravedad en la conducta del empresario que desborda los límites aceptables en el marco de la relación laboral, de tal forma que sería difícilmente defendible la no concurrencia de gravedad.

Por todo ello podemos observar que la gravedad del art. 50.1.a) ET bebe de las dos teorías analizadas al principio: la civilista, en tanto que esta exige que se trate de un incumplimiento esencial que alcanzara a impedir la consecución de la finalidad perseguida mediante la contratación, lo que trasladado al contexto laboral es la modificación de un aspecto esencial de la relación laboral llevada a cabo de manera unilateral por parte del empresario que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral; y de las tesis que equiparaban la extinción indemnizada al despido disciplinario, ya que la graduación del incumplimiento vendrá dada según materia objeto de modificación, puesto que el art. 41 ET no es una lista cerrada sino *ad exemplum*, pudiendo no ser aquellas que específicamente vienen allí determinadas sino otras, siempre y cuando la entidad de la modificación así lo proclame, lo que no es sino una suerte de teoría gradualista tan típica del despido disciplinario. En definitiva, según la modificación sustancial de las condiciones de trabajo —y debe darse si queremos sostener la viabilidad de la una pretensión conforme al art. 50.1.a) ET— vendrá implícitamente dada la gravedad de la conducta[208], que además será más grave si se produce un menoscabo de la dignidad del trabajador.

5.2. La culpabilidad: concurrencia y análisis de las teorías jurisprudenciales

La culpabilidad se erige como uno de los elementos más conflictivos, tanto jurisprudencial como doctrinalmente, en el marco del art. 50.1.a) ET. En los apartados al efecto tendremos la posibilidad de analizar la culpabilidad en el marco de la falta de pago o retrasos continuados, donde hoy en día predominan las tesis objetivistas; y los

[208] En mismo sentido se pronuncia la STS 2840/1991, de 31 de mayo, al señalar que: «No basta… al efecto extintivo, una modificación accidental, sino que el cambio ha de ser sustancial, es decir, que afecte a su propia y básica naturaleza y sea revelador, a la vez, de un voluntario y grave incumplimiento de sus obligaciones, por el empresario, que suponga deliberado enfrentamiento a la continuidad del anterior desarrollo de la relación laboral».

incumplimientos graves del apartado c) del mencionado artículo donde, al menos indiciariamente, el tipo legal nos excluye los supuestos de fuerza mayor. Sin embargo, en el primer apartado del artículo relativo a las MSCT que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajo encontramos con un panorama inestable en términos de seguridad jurídica.

Continuando con la metodología utilizada para analizar la gravedad, vamos a examinar la exigencia de culpabilidad en el marco de la extinción indemnizada desde el prisma del derecho civil, esto es, desde el prisma del art. 1.124 CC. Como ya han tenido oportunidad de analizar diversos autores[209], la culpabilidad en sede civilista ha ido sufriendo una progresiva objetivización a lo largo del siglo XX en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo[210]. Así, como a continuación se verá, la subjetividad propia de los pronunciamientos iniciales ha ido dejando paso a un criterio marcadamente objetivo, entendiéndose que en los casos en que se acredita el incumplimiento vendrá implícita la culpabilidad.

En un primer momento, la exigencia de la misma era excesivamente rigorista, y al contratante incumplidor se le venía exigiendo *ad pedem litterae*, «una voluntad deliberadamente rebelde al incumplimiento». Los pronunciamientos de este tipo tuvieron su origen en los años cuarenta y, como podemos observar, requieren de una voluntad manifiesta y plena de incumplir lo pactado, un elemento cualitativo adicional al mero incumplimiento en sí. Posteriormente, y acercándonos a los años ochenta, los pronunciamientos fueron disminuyendo la rigurosidad que los había presidido hasta el momento y, donde inicialmente se requería de una voluntad deliberadamente rebelde al incumplimiento, paso a ser necesario únicamente «una voluntad obstativa o contraria al cumplimiento». Sigue siendo necesario que concurra un elemento volitivo mínimo en la conducta incumplidora pero en todo caso, no puede negarse una matización de la intensidad requerida a tal fin.

Finalmente, las tesis objetivistas ocuparían un lugar primordial en los pronunciamientos del TS a principios de los años noventa. En tal sentido, se prescindió de la voluntad obstativa o contraria al cumplimiento «bastando con que se frustre la finalidad económica de la relación, imputable al comprador». En la actualidad, la práctica habitual de los

[209] GONZÁLEZ DE PATTO, Bibl. cit. p. 14.
[210] Cfr. STS 13034/1994, de 24 de febrero, STS 17610/1992, de 02 de julio y STS 5338/1997, de 30 de julio (Rec. 2441/1993). En ellas se analizan en clave civilista los requisitos necesarios a la hora de interpretar el art. 1.124 CC.

tribunales se viene canalizando en torno a las dos posturas mayoritarias a lo largo de los años precedentes, razón por la que haremos una mención individualizada de cada una. Entendemos que cabe defender una posición intermedia, que calificaremos de «ecléctica», que puede dar una respuesta que conjugue los intereses tanto de los arts. 49 y 50 ET como de la seguridad jurídica demandada por la parte empresarial y del trabajador.

5.2.1. Teoría subjetivista

A la hora de adjetivar una determinada teoría como «subjetiva» se infiere que se encuentra fuertemente influenciada por las circunstancias personales de un determinado individuo, sobre un determinado evento o situación en el que, necesariamente, es partícipe. En definitiva, implica la existencia de un ámbito de cognoscibilidad en el autor de dicha acción que, atendiendo a su intensidad, puede desembocar en una variedad de resultados con una calificación jurídica igualmente diversa. Aplicado lo anterior al análisis de la culpabilidad en el marco de la extinción indemnizada, se pone de relieve la importancia o influencia del aspecto personal o volitivo a la hora de calificar una determinada acción que puede derivar en el presupuesto fáctico sobre el que el trabajador pueda apoyarse para solicitar la extinción de su contrato de trabajo con derecho a la indemnización equivalente al despido improcedente.

Dentro de dicha teoría se encuentran los pronunciamientos judiciales que, a la hora de valorar la culpabilidad del empresario, tienen en cuenta el aspecto interno, algo que vendría a ser como una pretendida intención del Juez de lo Social de analizar la psique del empleador a fin de determinar la existencia de una voluntad deliberadamente rebelde al incumplimiento o, al menos, una voluntad obstativa[211] que hiciera igualmente merecedores de reproche tanto las conductas abiertamente dolosas —en su vertiente tanto cognitiva como volitiva— como aquellas meramente culpables[212].

Por lo tanto, a la hora de acreditar un incumplimiento susceptible de activar el mecanismo de la extinción indemnizada, será necesario emplear un esfuerzo procesal en aflorar la conducta abiertamente incumplidora o, al menos, de una negligencia consciente para

[211] Vid. STS 3017/1991, de 06 de junio. En sede de suplicación, vid. STSJ Madrid 14519/2021, de 22 de diciembre (Rec. 869/2021) y STSJ Madrid 14323/2023, de 15 de diciembre (Rec. 532/2023).

[212] A la hora de tratar aspectos tan trabajados en un campo como es el del derecho penal, resulta obligada la mención a la doctrina alemana estudiosa de la cuestión. En tal sentido, a la hora de profundizar sobre la teoría volitiva y la teoría cognitiva del dolo, se recomienda a HASSEMER, Winfred. "Los elementos característicos del dolo". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.* Madrid: Ministerio de Justicia, 1990, 43, (3), pp. 909-932. ISSN 0210-3001.

dotar de viabilidad a la pretensión extintiva y, si elevamos esta teoría al nivel de dogma, bajo la misma será inviable la prosperabilidad de la acción extintiva del art. 50.1.a) ET cuando no se pruebe una intencionalidad, en cualquiera de sus grados, por parte del empresario.

5.2.2. Teoría objetivista

Interpretado *a sensu contrario* lo dispuesto para la teoría subjetivista, a la hora de adjetivar una teoría como «objetiva» debemos desechar toda referencia a lo personal y al individuo para centrarnos únicamente en lo que se refiere a hechos, que busca ser imparcial y basado en datos verificables y al alcance de cualquier observador independiente. Si trasladamos dicho razonamiento a la corriente jurisprudencial apoyada en dicha teoría, a la hora de la apreciación de los elementos necesarios para acordar la extinción indemnizada implica que una vez verificada la existencia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo llevada a cabo sin respetar lo previsto en el art. 41 ET y acreditado el menoscabo en la dignidad del trabajador, se entenderá implícita la culpabilidad del empresario, con independencia de que haya habido un elemento volitivo o no[213].

Como se puede deducir, esta interpretación de la culpabilidad es más favorable para el trabajador, pues le obvia de tener que acreditar un elemento subjetivo como es la intencionalidad o la falta de cuidado. Sin embargo, desde una perspectiva de la práctica en los tribunales, siempre resulta aconsejable no escatimar en pruebas y aportar todos aquellos elementos de convicción que puedan servir de apoyo a la pretensión. En la actualidad, esta es la corriente predominante entre la doctrina de suplicación, la cual solo requiere, para determinar su concurrencia, la acreditación de los dos elementos principales que componen el apartado a) del art. 50 ET: las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 y un menoscabo de la dignidad del trabajador.

5.2.3. Teoría ecléctica

Una vez planteadas las dos posibilidades que pueden confluir a la hora de evaluar la conducta incumplidora del empresario cabe plantearse la posibilidad de que exista una

[213] Vid. STS 5053/1989, de 03 de octubre, cuando dispone: «En el presente supuesto no se ha demostrado la intención maliciosa de la empresa de perjudicar al trabajador o de provocar su dimisión. Pero sí parece concurrir, a la vista de los hechos probados, el perjuicio objetivo de los intereses profesionales del trabajador, al haber sido degradado en la jerarquía profesional».

postura intermedia. Dicho planteamiento deberá ser lógicamente en términos teóricos o, en todo caso *de lege ferenda*, pues el estado de la cuestión en la actualidad se encuentra claro. En términos generales, la teoría subjetiva resulta más favorable al empresario, pues introduce un nuevo elemento valorativo en virtud del cual puede atenuar su responsabilidad. Resulta lógico plantearse la posibilidad de que una vez determinada la concurrencia de los elementos contenidos en el art. 50.1.a) ET se alegue una ausencia de intencionalidad para atenuar su responsabilidad y, en el mejor de los casos, pudiendo implicar la desestimación de la pretensión extintiva del trabajador.

Por otro lado, es evidente que la teoría objetiva resulta favorable para los intereses del trabajador, pues una vez acreditada la MSCT sin respetar lo previsto en el art. 41 ET y el menoscabo en su dignidad, la pretensión extintiva probablemente será estimada. En cambio, si se introduce la necesidad de valorar la culpabilidad empresarial, se estaría implantando un nuevo elemento susceptible de no quedar acreditado —una nueva cuestión controvertida, que podríamos decir en términos procesales— y, en definitiva, si algo nos enseña la práctica forense es que a más cuestiones controvertidas, mayor dificultad probatoria y por ende mayor riesgo de no obtener éxito.

6. Análisis de los supuestos de movilidad geográfica y funcional en el marco de la extinción indemnizada

6.1. Análisis de la modificación geográfica (art. 38 ET)

En el marco de la relación laboral, la modificación del lugar de trabajo es la variación de uno de los elementos objetivos que fue clave en el pacto entre la empresa y el trabajador *ab origine* en el contrato de trabajo. La movilidad geográfica ha sido conceptualizada por la doctrina desde distintas perspectivas e influencias, sin embargo, desde nuestro punto de vista, las dos definiciones más acertadas al respecto son aquellas que las conceptualizan de la siguiente manera: «(a) el cambio a un lugar de trabajo distinto del habitual, entendiendo por lugar de trabajo tanto el puesto de trabajo como el centro de trabajo donde se realiza la actividad laboral[214] y (b) toda modificación forzosa de la

[214] SALA FRANCO, Tomás. "La movilidad geográfica". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración.* Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2005, 58, p. 103. ISSN 1137-5868.

relación laboral en cuanto al lugar de la prestación, que exige, ya sea de forma definitiva o temporal, un cambio de residencia o localidad»[215].

La regulación normativa de la institución contiene la particularidad de que, a pesar de hacerse referencia a los traslados en el art. 41.7 ET dedicado a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, lo hace para redirigirnos a lo dispuesto en el art. 40 del mismo cuerpo legal. Esto tiene una incidencia directa en el régimen jurídico aplicable, puesto que a la hora de evaluar las vicisitudes propias de la movilidad geográfica habrá que atender a la regulación específica de la misma y a los pronunciamientos derivados de ella por encima de las pautas establecidas para las MSCT, que tendrán un carácter supletorio o subsidiario —*lex specialis derogat generali*—.

Como viene siendo una constante respecto a la extinción indemnizada del art. 50.1.a) ET, en primer lugar habrá que determinar si el supuesto de hecho enjuiciado es susceptible de ser calificado como una MSCT, por oposición al *ius variandi* empresarial, para posteriormente ver si la misma supone un menoscabo para la dignidad del trabajador. Así, es importante comenzar haciendo una breve mención literal del art. 40.1 ET: «El traslado de trabajadores que no hayan sido contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes a un centro de trabajo distinto de la misma empresa que exija cambios de residencia requerirá la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen. Se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial».

El primero elemento clave es el relativo al traslado. Se trata de un cambio en el destino del trabajador, lo cual indefectiblemente presupone la previa existencia de un puesto de trabajo desarrollado con cierta permanencia[216] y, a su vez, implica un cambio en el centro de trabajo donde estaba prestando sus servicios por otro distinto de la misma empresa. El traslado debe ponerse en contraposición con el desplazamiento. Si bien ambos son supuestos contemplados en el precepto y comparten la característica relativa al cambio en el centro de trabajo, se diferencian en el aspecto temporal, ya que los primeros son

[215] ROJAS RIVERO, Gloria. Movilidad geográfica. En: A. Pedro BAYLOS GRAU. *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social.* 1.ª Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 1511-1516. ISBN 978-84-9053-139-6, con cita de CRUZ VILLALÓN, Jesús. "La movilidad geográfica del trabajador y su nuevo régimen legal". *Revista de Política Social.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1985, 125, p. 85. ISSN 0034-8724.

[216] COLLADOS LUIS, Santiago. "La movilidad geográfica del trabajador (i)". *Actualidad laboral.* Madrid: Wolters Kluwer, 1991, 3, p. 451. ISSN 0213-7097 con cita de CRUZ VILLALÓN, Bibl. cit.

modificaciones con vocación de permanencia, mientras que los segundos son de carácter transitorio.

Sin embargo, lo determinante para apreciar la existencia de una MSCT gira en torno al concepto de «residencia»[217]. A pesar de la importancia al respecto, el Estatuto de los Trabajadores no otorga una regulación que permita discernir cuándo un cambio en el centro de trabajo lleva implícito un cambio en el lugar de residencia del trabajador, con la consecuente problemática en la práctica diaria y la inseguridad jurídica al efecto. Aquellos supuestos en los que sea necesario un cambio de residencia implican una movilidad geográfica calificada como «fuerte» o «sustancial» que requerirá el formalismo contenido en el art. 40 ET, mientras que, de lo contrario, será una movilidad geográfica «débil» o «no sustancial», exenta de la necesidad de probar las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y encuadrada dentro del *ius variandi* empresarial, o lo que es lo mismo, incompatible con la extinción indemnizada del art. 50.1.a) ET[218].

El razonamiento parte de la tradicional distinción por parte de la jurisprudencia de la Sala IV entre aquellas modificaciones que afectan a los aspectos fundamentales y/o sustanciales de la relación laboral y aquellas cuya afectación recae sobre aspectos meramente accidentales. Así, se entiende que cuando se produce un traslado de centro de trabajo sin cambio de domicilio y respetando la categoría y funciones la modificación será accidental y, consecuentemente, encuadrable dentro del ius variandi empresarial[219]. La cuestión sobre cuándo nos encontramos ante un traslado encuadrable en el art. 40.1

[217] Como acertadamente se señala en SAN MARTÍN MAZZUCONI, Carolina. "El cambio de residencia en la movilidad geográfica". *Aranzadi Social: Revista Doctrinal.* Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2010, 2(17), p. 109. ISSN 1889-1209 cuando indica la disparidad entre residencia y domicilio en nuestro ordenamiento, ya que el art. 40.1 ET alude a «cambio de residencia» mientras que el apartado 4 se refiere a «domicilio habitual». Asimismo, el Código Civil los trata de manera conjunta cuando dispone*:* «Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual mientras que la Ley de Enjuiciamiento Civil, en sus artículos 156 y 813, alude indistintamente a domicilio o residencia».

[218] Vid. STS 3095/2006, de 26 de abril (Rec. 2076/2005) con cita de la STS 1881/2003, de 18 de marzo (Rec. 1708/2002), cuando señala: «La movilidad geográfica haya de considerarse "débil o no sustancial" cuando no exige el cambio de residencia que es inherente al supuesto previsto en el artículo 40 ET […] con ello resulta obligado colegir que los supuestos de movilidad que no impliquen aquel cambio [bien de forma permanente, en el traslado; bien de forma temporal, en el desplazamiento] están amparados por el ordinario poder de dirección del empresario reglado en los arts. 5.1.c) y 20 ET, no estando sujetos a procedimiento o justificación algunos, a excepción del preceptivo informe del Comité de Empresa [art. 64.1.4º b) ET, para el supuesto de traslado —total o parcial— de las instalaciones]».

[219] Vid. STS 959/2010, de 09 de febrero (Rec. 1605/2009), cuando establece: «El cambio de centro de trabajo efectuado en el ámbito de una misma localidad… no reviste aquella esencialidad, sino cualidad accesoria, porque manteniéndose en su integridad todas las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados, a excepción del lugar de prestación de servicios, la posible mayor onerosidad que puede determinar el desplazamiento al nuevo centro ofrece una importancia escasa o muy relativa en la significación económica del contrato, sobre todo en el contexto de una realidad social en la que destacan la calidad de los servicios de transporte y de la red viaria».

ET y cuando dentro del ámbito del *ius variandi* ha sido objeto de análisis por parte de doctrina y jurisprudencia con el fin de proporcionar algún criterio objetivo que permitiera fijar diferencias. En tal sentido, no ha faltado algún pronunciamiento que, con fundamento en el párrafo tercero del art. 301 de la LGSS, ha tratado de sostener que el traslado a más de 30 kilómetros del domicilio o cuyo desplazamiento conlleve más del 25 % de la jornada laboral del operario tendría como consecuencia ineludible la calificación del mismo como MSCT y acudir al trámite del art. 40 ET[220].

Sin embargo, recientemente la Sala IV ha revocado dicho pronunciamiento y mantenido que el precepto sobre el que pivotaba el razonamiento de la Sala de Suplicación carece de operatividad en el marco de las MSCT por lo que no puede acudirse a la regla objetiva para determinar la calificación jurídica del traslado[221]. Esto ha generado cierta inseguridad jurídica a la hora de valorar cuándo encontramos una MSCT y cuando un ejercicio del poder de dirección empresarial, debiendo atender a las circunstancias concurrentes en cada supuesto con observancia de los principios de racionalidad, proporcionalidad, justificación y permanencia o reversibilidad del cambio de ubicación del centro de trabajo[222]. Por ejemplo, el cambio de población del centro de trabajo, la lejanía del nuevo centro respecto al domicilio del trabajador, los medios de transporte o compensaciones que ofrezca la empresa en contrapartida, la facilidad o dificultad en las comunicaciones… Todo ello sin perder de vista que la necesidad del cambio de residencia supone una condición *sine qua non* y que la misma debe ser necesaria en términos objetivos y no responder a una voluntad o preferencia subjetiva por parte del operario[223]. Ahora bien, lo dispuesto en el art. 40.1 ET goza de importantes excepciones[224], entre ellas, la más destacable es la relativa a los trabajadores móviles o con centros de trabajo itinerantes.

Por su naturaleza, este tipo de trabajadores prestan sus servicios en empresas que, sin perjuicio de tener una sede a efectos administrativos, desarrollan sus tareas en distintas

[220] Vid. STSJ Andalucía 9580/2018, de 04 de julio (Rec. 709/2018).
[221] Vid. STS 2639/2021, de 15 de junio (Rec. 3696/2018), al establecer: «Con ello rechazamos la tesis de la sentencia recurrida que acude a un precepto ajeno por completo a lo que aquí se dilucida —el de "colocación adecuada" a los efectos del desempleo— para construir una noción de traslado distinta a la del art. 40 ET. Se trata de situaciones y figuras jurídicas diferentes respecto de las que la técnica analógica carece de operatividad».
[222] Vid. STSJ Cataluña 13341/2011, de 31 de octubre (Rec. 4833/2010).
[223] Vid. STSJ Castilla La Mancha 2144/2022, de 23 de mayo (Rec. 971/2022).
[224] Véase, por ejemplo, los supuestos de movilidad geográfica de mutuo acuerdo y voluntaria, la movilidad por motivos disciplinarios, la circulación de trabajadores en el seno del grupo de empresas, la movilidad geográfica por violencia de género o terrorismo o aquella relativa a las personas con discapacidad.

localizaciones[225]. Así, se entiende que se rompe la conexión entre el lugar de trabajo y lugar de residencia por ser necesariamente variable[226], lo cual tiene una incidencia directa en lo relativo a la movilidad geográfica, ya que difícilmente se puede modificar un centro de trabajo cuando el mismo es, por definición, indeterminado.

En conclusión, la metodología para analizar la viabilidad de una extinción indemnizada del art. 50.1.a) ET en trabajadores con un centro de trabajo determinado debe acarrear el análisis de las circunstancias concurrentes y la necesidad de que el operario deba llevar a cabo un cambio de residencia, bajo el prisma de los principios anteriormente citados, para después observar si la misma redunda en un menoscabo de la dignidad del trabajador. No obstante, si la condición del trabajador es móvil o tiene un centro de trabajo itinerante, la posibilidad de acudir a dicha institución extintiva quedaría vedada desde el inicio, pues sin acaecer previamente una MSCT no puede accederse a la extinción del art. 50.1.a) ET.

En cuanto al segundo elemento —el menoscabo a la dignidad del trabajador—, se ha sostenido por algún autor que: «no se puede afirmar que trabajar en una determinada ciudad sea más digno que hacerlo en otra[227] y que es poco frecuente que de un traslado o de alguna de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo del art. 41ET deriven los perjuicios exigidos en el art. 50.1.a) ET»[228]. Aunque en términos abstractos pueda tener su encaje, sin embargo, en determinados contextos sí que puede ser entendido como un menoscabo a la dignidad del trabajador. En tal sentido, imaginemos a un directivo de una multinacional en la capital de España que, ante la negativa a llevar a cabo según qué instrucciones de sus superiores jerárquicos, es destinado a la sede sita en una capital de provincia donde las instalaciones son menos modernas o la cartera de clientes menos atractiva. Resulta comprensible que haya trabajadores que lo reciban de buen grado, como una especie de puesto con menos responsabilidad o alejado del bullicio de la capital y con las mismas condiciones salariales, sin embargo, habrá otros que lo

[225] A modo ejemplificativo, como bien se señala en ARBONÉS LAPENA, Hilda I. "Algunas consideraciones críticas sobre la movilidad geográfica tras la reforma laboral de 2012 y sus réplicas". *Revista de Información Laboral.* Madrid: Lex Nova, 2014, 8, p. 43. ISSN 2254-3171, con cita de la STS 6511/2004, de 14 de octubre (Rec. 2464/2003), tradicionalmente se han entendido así las dedicadas al montaje y/o reparación de instalaciones eléctrica o redes telefónicas, montajes y mantenimientos industriales, construcción o reparación de vías férreas o carreteras, circos ambulantes…

[226] Vid. STSJ Andalucía 880/2022, de 10 de febrero (Rec. 4607/2021).

[227] ÁLVAREZ GIMENO, Rafael. *La extinción causal por voluntad del trabajador.* 1.ª Ed. Granada: Comares, 2012, p. 126, ISBN 978-84-9836-929-8.

[228] DE MIGUEL LORENZO, Ana M. *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador.* 1.ª Ed. Madrid: Estudios de Derecho Laboral, 1993, p. 79. ISBN 978-84-4700-230-6.

interpreten como un descrédito dentro de la empresa, una especie de castigo y una minusvaloración frente a «colegas» que ocupan el mismo puesto en la competencia.

Por ello, entendemos que a pesar de la problemática existente a la hora de dotar de viabilidad a una extinción indemnizada derivada de una movilidad geográfica, es plenamente posible acudir a ella cuando los supuestos son objetivamente llamativos. No es así en los casos donde, por ejemplo, se traslade a un directivo de una provincia a otro dentro de la misma comunidad autónoma, ya que los perjuicios podrán ser diversos, pero difícilmente encuadrables en el marco del menoscabo a la dignidad del trabajador. Compartiendo el punto de vista de otros autores, entendemos que ante aquellos supuestos en los que la movilidad geográfica no sea llamativamente dañosa para la dignidad del trabajador, procedería su acción judicial por la vía del art. 50.1.c) ET en lugar del por su apartado a)[229], sin que ello sea óbice para sostener su hipotética viabilidad en según qué supuestos.

6.2. Análisis de la movilidad funcional (art. 39 ET)

La movilidad funcional puede ser definida como «el cambio de las funciones habitualmente prestadas por el trabajador»[230] y su regulación principal se halla en el art. 39 ET. En este podemos distinguir tres tipos de movilidades funcionales: en primer lugar, encontramos la ordinaria o perteneciente al poder de dirección del empresario (horizontal); en segundo lugar, puede encontrarse aquella denominada extraordinaria o que implica el ejercicio del *ius variandi* empresarial (vertical); y, en último lugar, la correspondiente a las novaciones modificativas (conforme al art. 41 ET)[231]. Antes de analizar la posible concurrencia de la causa extintiva contenida en el art. 50.1.a) ET conviene hacer una aproximación al supuesto para determinar dentro de qué grupo, de los anteriormente citados, puede subsumirse la conducta empresarial, dado que la pertenencia a uno o a otro tendrá una influencia decisiva para la prosperabilidad de la pretensión.

El primero de los supuestos relativos al poder de dirección del empresario prácticamente descarta la posibilidad de que dicha actuación pueda derivar en una extinción

[229] LÓPEZ JIMÉNEZ, José M., Bibl. Cit, 2022, p. 75.
[230] SALA FRANCO, Tomás. "La movilidad funcional en el derecho español". *Relaciones Laborales, Sección Doctrina.* Madrid: Wolters Kluwer, 1990, 1, p. 255. ISSN 0213-0556.
[231] Dicha clasificación, entendemos, es la más conveniente o ilustrativa a los efectos que se persiguen en el presente trabajo. Sin perjuicio de ello, se reconocen otro tipo de clasificaciones igualmente válidas, a cuyo ejemplo se cita la distinción entre movilidad funcional interna y externa contenida en CUBERO ROMERO, Víctor. "Movilidad funcional y geográfica". En: Eduardo CARRIÓN MOYANO, coord. *Manual práctico laboral.* Madrid: Instituto Español de Gestión y Dirección Empresarial, 1999, p. 422. ISSN 978-84-6059-287-7.

indemnizada del art. 50.1.a) ET debido a que, al tratarse de una movilidad dentro del mismo grupo profesional, derivará, en su caso, de una posible extinción del art. 41 ET pero habrá que probar la voluntad de generar un evidente perjuicio a la dignidad del trabajador.

En el segundo, cabe distinguir entre movilidad funcional ascendente o descendente. En el primer caso, resulta evidente que difícilmente puede entenderse un perjuicio a la dignidad del trabajador ante un determinado ascenso que, en teoría, supone un premio a la conducta del operario e incluso puede llevar aparejada una mejora salarial. Sin embargo, no puede descartarse aquellos casos en los que la conducta empresarial supone un quebrantamiento del deber de actuar de buena fe y busca, subrepticiamente, generar un determinado perjuicio derivado del meritado ascenso. No obstante, supone una *rara avis* en la práctica habitual y la mayoría de supuestos se reconducen al estatismo y al perjuicio de la dignidad emanado de la denegación de un ascenso o de una conducta discriminatoria en un proceso de selección[232], los cuales considero que no es técnicamente preciso encuadrarlos dentro de los supuestos de movilidad ascendente, sino más bien dentro de los supuestos de no movilidad[233].

Cuestión distinta son los supuestos de movilidad funcional descendente, que constituye uno de los métodos por excelencia con el fin de agredir o menoscabar la dignidad del trabajador por parte del empresario. Ello no significa que exista una presunción *iure et de iure* —ni siquiera *iuris tantum*— de que toda degradación profesional ha de ser un supuesto de hecho que, indefectiblemente habilite para acudir a la extinción del art. 50.1.a) ET. Sin embargo, aunque solo sea a efectos dialécticos, sí que puede constituir un elemento indiciario determinante para su apreciación.

[232] CUBERO ROMERO, Bibl. cit. p. 422.

[233] A mi juicio, en los supuestos descritos nos encontramos ante una casuística que tendría un encaje bastante preciso dentro de aquellas conductas que redundan en un perjuicio relativo a la formación profesional. Dicha posibilidad quedó vedada con la promulgación del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Sin embargo, la construcción jurisprudencial al respecto poca veces distinguía entre el perjuicio a la dignidad y a la formación profesional, por lo que dichos pronunciamientos podrían mantenerse vigentes al efecto.

7 Análisis individualizado de las materias objeto de modificación que pueden ser susceptibles de activar el mecanismo de la extinción indemnizada

7.1. Cese en puesto de confianza

El trabajo, en su perspectiva psicológica, es una conducta humana que se asienta sobre tres pilares: la dimensión productiva, la dimensión personal y la dimensión social. A la hora de explicar en qué consiste «la designación de un puesto de confianza», desde una perspectiva jurídica, tratándola de subsumir en una de las categorías anteriores, podemos señalar que se enmarca dentro de la dimensión personal o psicológica; es decir, la conducta del empresario, en ejercicio de su poder de organización y dirección, en virtud de la cual asigna a un trabajador unas determinadas funciones dentro de la empresa basadas primordialmente en aspectos subjetivos o cualidades personales. En dicha designación no se valoran únicamente aspectos de capacidad o aptitud en su vertiente objetiva, como las que entrarían en juego a la hora de elegir entre el mejor curriculum vitae de varios candidatos, si no que entran en juego cuestiones de *«feeling»*, pues no estamos ante una vacante ordinaria de mayor o menor jerarquía en la pirámide organizativa de la empresa, sino ante un puesto de especiales características personales: se trata de rol de confianza, de un cargo estratégico. En definitiva, de una designación de responsabilidad.

Por lo tanto, en sentido contrario, parece coherente sostener que la desaparición de dichas cualidades subjetivas, personales o de *«feeling»* podrían servir de fundamento para justificar el cese en un puesto de confianza, pues no sería congruente mantener en un puesto basado en la confianza cuando esta ha podido desaparecer entre el designador y el designado. En puridad, el trabajador sería degradado de unas funciones que, por norma general, suelen tener una relevancia superior que aquellas que se asignan a puestos tasados dentro de la empresa.

Expuesto lo anterior, la pregunta que se plantea y que constituye el objeto de este trabajo consiste en determinar si el cese del trabajador de un puesto de confianza constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo susceptible de activar el mecanismo de la extinción indemnizada del art. 50.1.a) ET. En un primer acercamiento a la cuestión, puede parecer lógico considerar que el desempeño de un puesto de trabajo y la alteración cualificada de las circunstancias inherentes al mismo para acabar produciéndose un

«*downgrade*» puede constituir una MSCT. Al fin y al cabo, el *«feeling»* no es sino una casuística más de las tantas que pueden pasar por la imaginación del empresario para adoptar tal medida y la consecuencia directa es que el trabajador pasa a desarrollar un puesto de menor entidad. Sin embargo ¿qué diferencia hay entre degradar a una persona a tareas de menor relevancia por razones hipotéticamente económicas o por razones de *«feeling»* cuando se le cesa en un puesto de confianza? Como ha señalado algún autor, la diferencia estriba en que la relación de confianza no constituye un contrato de trabajo, tampoco lo puede sustituir, sino que se trata de un elemento adicional del mismo[234], por lo que la pérdida de la misma no altera sustancialmente la relación laboral.

Es decir, un trabajador tiene su determinado puesto de trabajo y, a consecuencia de una especial relación de confianza con el empresario, puede ascender a desarrollar tareas de mayor relevancia y, en su caso, una vez perdida la confianza, volver a su puesto originario. La confianza no es sino un elemento cambiante e inconstante, por lo tanto, un puesto de trabajo íntimamente ligado con una relación de confianza hoy puede mantenerse y mañana perderse. ¿Constituye esta pérdida una MSCT? No hay modificación sustancial de las condiciones de trabajo porque siguen siendo las originarias, que en ningún momento fueron alteradas, sino simplemente suspendidas a consecuencia del desarrollo del nuevo puesto de trabajo basado en un atributo personal como es la confianza. Cuestión distinta sería que, una vez perdida la confianza, no se reponga al trabajador en el puesto anterior, siendo la reposición en este caso a uno de cualidades inferiores. En este caso sí que podríamos estar ante una MSCT, pero aquí el elemento de la confianza es meramente accidental o accesorio, puesto que la MSCT operaría tras realizar un juicio comparativo entre el puesto de trabajo desarrollado antes de ocupar un cargo de confianza y al que es destinado el trabajador con carácter posterior cuando esta se pierde[235].

Por lo tanto, en consonancia con la doctrina de suplicación[236], podemos sostener que el cese en un puesto de confianza no es motivo suficiente para activar el mecanismo de la

---

[234] DÍAZ, Viliulfo A. *Las peculiaridades del cese en el puesto de trabajo de los cargos de confianza* [en línea]. 2017 [fecha de consulta 12 marzo 2024]. Disponible en: https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-social-laboral/laboral/las-peculiaridades-del-cese-en-el-puesto-de-trabajo-de-los-cargos-de-confianza-2017-02-03/

[235] En este sentido, haciendo un símil con la reserva del puesto de trabajo, podría sostenerse que existe un cierto derecho en favor del trabajador, promocionado a un puesto de confianza, a la «reserva de sus condiciones de trabajo», debiendo ser repuesto en las mismas o en unas que, siendo distintas, no alteren sustancialmente las pactadas en el contrato de trabajo.

[236] Especialmente ilustrativa resulta la STSJ ICAN 94/2023, de 26 de enero (Rec. 1879/2022), en la que, además de hacer referencia a la mencionada tesis predominante de que el cese en un puesto de confianza no puede ser calificado como una MSCT, lo analiza desde la perspectiva de la existencia de esos cargos en

MSCT y, faltando el primero de los elementos, no puede analizarse si concurren el perjuicio exigido por el art. 50.1.a) ET para recurrir a la vía de la extinción indemnizada. Ello no implica necesariamente que deba haber una suerte de prejudicialidad y solo declarada una MSCT deba después debatirse si también se ha producido un menoscabo de la dignidad, pero el mencionado artículo exige la modificación y el menoscabo, por lo tanto la ausencia de uno de ellos excluye la concurrencia del todo. No obstante, ello no implica que rotundamente pueda sostenerse que el cese en el puesto de confianza queda ajeno a la extinción indemnizada, pues en el caso de que el trabajador, como se ha dicho, sea repuesto a un puesto de menor entidad que al que ostentaba en el momento del «ascenso por razones de confianza» sí que, con las debidas cautelas y de manera apriorística, podrá acudirse a la vía recogida en el art. 50 ET.

7.2. Falta de ocupación efectiva

El derecho a la ocupación efectiva viene recogido en el art. 4.2.a) del ET y consagra el derecho de todo trabajador a que el empresario le asigne un trabajo acorde a su puesto y funciones, estando íntimamente ligado con el derecho a la formación y promoción en el trabajo y con la dignidad del trabajador[237]. Los valores que se esconden detrás del derecho a la ocupación efectiva parten del respeto a los derechos humanos en general, y concretamente cristaliza en el derecho a tener condiciones laborales seguras y saludables, salarios justos y dignos, así como a ser tratado con dignidad en el puesto de trabajo. Asimismo, el trato injusto y discriminatorio, las represalias derivadas de ejercicio de la facultad de opinar sobre el desarrollo de las condiciones laborales o la no remoción de obstáculo que impidan el desarrollo personal y profesional quebrarán el derecho a la ocupación efectiva en términos de dignidad.

Cuando hacemos referencia al término «dignidad» no nos referimos únicamente a todo aquello susceptible de ser incardinado como una infracción de lo dispuesto en el art. 10 CE de manera directa y frontal, sino que, en consonancia con lo expuesto previamente,

el Convenio Colectivo, disponiendo: «Como muy acertadamente mantiene la Magistrada de instancia, cuando el convenio colectivo prevé el acceso a cargos de libre designación, la revocación de los cargos es facultad de la empresa, pues el carácter discrecional de aquella facultad se entiende implícito en el propio acuerdo por el que se efectúa el nombramiento, por cuanto habiendo sido designada una persona para un concreto puesto de trabajo de forma discrecional y en atención, no sólo a la concurrencia de una serie de requisitos legales, sino a otras motivaciones que descansaban fundamentalmente en la relación de confianza existente con la persona que lo nombra, ello determina que cuando, a juicio de ésta, se produce una pérdida de la competencia requerida para el desempeño del puesto, con el consiguiente quebranto de la confianza en él depositada, puede ser cesado libremente, sin alegar causa».

[237] MENDOZA NAVAS, Natividad. Derechos del trabajador en la relación de trabajo. En: Antonio V. SEMPERE NAVARRO y Pilar CHARRO BAENA, coords. *Régimen general del contrato de trabajo*. Pamplona: Aranzadi, 2010, vol. 1, p. 520. ISBN 978-84-9903-720-2.

también pueden incluirse aquellas conductas que, aun no siendo de una entidad suficiente como para ser considerada como una vulneración de derechos fundamentales flagrante, sí que se pueda, de manera objetiva, entenderse como un ataque, una agresión o un menoscabo de la percepción que el trabajador tiene de sí mismo o frente a terceros[238].

Antes de determinar los elementos definitorios de la falta de ocupación efectiva como causa resolutoria, cabe señalar que la misma ha sido incardinada por nuestra jurisprudencia tanto dentro del apartado a) como c) del art. 50.1 ET. Esto puede ser entendido como una garantía amplia para el trabajador, pues a mayor abanico de opciones, mayor posibilidad de incardinar el supuesto de hecho, pero también como un quebradero de cabeza desde el punto de vista de la práctica forense, pues requerirá de un análisis previo, un diagnóstico exhaustivo de la situación a fin de dirigir correctamente la acción.

Desde nuestro punto de vista y sin perjuicio de analizar las particularidades concretas de cada caso, la vía del apartado a) debe ser utilizada en aquellos casos en los que, dada la falta de ocupación efectiva, esta genera un menoscabo a la dignidad del trabajador de intensidad superior a los propios perjuicios inherentes en las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo[239] recogidas en el art. 41 E.T y que, como se ha dicho, no tienen por qué alcanzar el nivel de una vulneración de derechos fundamentales, pero el menoscabo debe estar dotado de una intensidad suficientemente. En definitiva, habrá que descender al supuesto fáctico y reservarse esta vía para aquellos supuestos de mayor gravedad que ataquen frontalmente la dignidad del trabajador.

Por otro lado, como su propio enunciado indica, la vía del apartado c)[240] será más óptima en aquellos casos donde no se encuentre tan definida la falta de ocupación efectiva o esta no implique un ataque tan frontal a la dignidad del trabajador, considerando que cuando se hace referencia a «cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte

[238] A fin de profundizar más sobre la cuestión de la dignidad en el marco del art. 50.1 ET se recomienda la consulta de CASTRO CONDE, Macarena. "Incumplimiento contractual del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores por modificación sustancial de condiciones de trabajo". *Anuario Facultad de Derecho.* Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá y Dykinson, XII, 2019. ISSN 1888-3214. Especialmente descriptiva resulta la STSJ Castilla y León 2208/2013, de 25 de abril (Rec. 667/2013), referenciada en dicho artículo doctrinal cuando señala: «Desde luego no puede decirse que una función laboral lícita, por sí misma, sea contraria a la dignidad. Podrán serlo, por el contrario, determinadas circunstancias de la misma, pero en principio debe afirmarse la igual dignidad de todo trabajo humano lícito, independientemente de su cualificación, funciones de mando o formación exigida. Sin embargo la dignidad también puede ser afectada cuando a un trabajador se le atribuyan unas funciones en un contexto en el cual, a pesar de la licitud y dignidad originarias de dichas funciones, la finalidad buscada o el efecto producido sea, por el contexto en que se produce tal atribución, reducir la consideración que ese trabajador puede tener ante sí mismo y ante los demás».

[239] Vid. STS 11/03/1992.

[240] Entendida coloquialmente como un «cajón de sastre» por lo amplio de su clausulado y la gran cantidad de supuestos que pueden incardinarse.

del empresario» está, en cierto modo, facilitando la subsunción de otro tipo de conductas más livianas al limitar los elementos del tipo al incumplimiento y a la gravedad de este, dejando fuera el aspecto relativo a la dignidad.

En el caso de la falta de ocupación efectiva, analizada la jurisprudencia del TS, podemos comprobar cómo se ha dado el visto bueno a su subsunción dentro del apartado a). La Sala IV se ha pronunciado favorablemente respecto a su inclusión dentro de los supuestos relativos a MSCT a pesar de que el art. 50 ET no recoja de manera expresa dicha circunstancia entre su elenco[241], teniendo en cuenta que una infracción del derecho a la ocupación efectiva, dada su especial naturaleza, lleva inherentemente a un quebranto en la dignidad propia del trabajador. Ahora bien, el derecho a la ocupación efectiva no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede estar sujeto a limitaciones o restricciones sin que ello suponga un incumplimiento grave por culpa del empresario susceptible de activar el mecanismo extintivo del art. 50 E.T.

Analizada la doctrina de suplicación, nos encontramos con que la conducta empresarial debe superar una serie de requisitos antes de poder ser calificada como lesiva para los intereses del trabajador en el marco del derecho a la ocupación efectiva. Una suerte de «test de idoneidad» cuyas notas de procedibilidad pueden ser las que se desarrollan a continuación. En primer lugar, cabe preguntarse si existe proporcionalidad entre la medida adoptada por la empresa y los efectos que se derivan para el trabajador o, por el contrario, estamos ante un ánimo claro y patente, o al menos indiciario, de vejar al trabajador. Si del proceder empresarial se constata una voluntad de degradarle jerárquicamente, vaciarle de funciones, desautorizarlo delante de sus o ignorarle, aislarle y minusvalorarle, será considerado como una conducta susceptible de ser subsumida en los contornos del art. 50.1.a)[242]. Por el contrario, si la forma de actuar por parte de la empresa está fundamenta en una causa justificada y desprovista de cualquier intencionalidad de menoscabar la dignidad del trabajador, parece evidente que no podrá

[241] Vid. STS 2492/2010, de 28 de abril (Rec. 238/2008) cuando dispone: «Hay que constatar que el art. 50 ET no establece, en forma literal, que la falta de ocupación efectiva sea motivo justo para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato. Este precepto, en su apartado a), se refiere "a las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o el menoscabo de su dignidad". Sin embargo, la Sala entiende que debe incluirse en dicho apartado la falta de ocupación efectiva en cuanto el repetido artículo 4 E.T. reconoce a todos los trabajadores el derecho a la ocupación efectiva».

[242] Cfr. STSJ C. Valenciana 2445/2005, de 21 de abril (Rec. 4133/2004), STSJ Madrid 11411/2005, de 16 de noviembre (Rec. 3665/2005), STSJ Cataluña 2940/1999, de 18 de marzo (Rec. 4899/1998) y STSJ Castilla y León 787/2007, de 14 de febrero (Rec. 86/2007) entre otras.

acudirse a dicha institución extintiva[243]. Por esto, cobra vital importancia la actividad probatoria en Sala, pues deberá acreditarse de manera consistente la inexistencia de un ánimo empresarial de degradar al operario y que responda a causas justificadas, aunque no puede obviarse que la intencionalidad no es una suerte de «excusa absolutoria».

Uno de los supuesto que durante muchos años ha constituido una práctica empresarial más que reprobable consistía en aislar al trabajador que no acataba las órdenes de la empresa y no asignarle ningún tipo de tarea, con lo cual se generaban diversos efectos perjudiciales para su salud mental y, de esta manera, forzarle a que abandonara el puesto debido a la dureza de tener que realizar día a día una jornada de 8 horas cruzado de brazos. En segundo lugar, cabe preguntarse si el menoscabo hipotéticamente producido responde a una concepción objetiva o subjetiva del mismo, ya que únicamente en el primer caso podrá hablarse de la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo[244].

Cuando hablamos de un «criterio social objetivo», estamos haciendo referencia a un conjunto de valores aceptados ampliamente por la sociedad y que no responden a una concepción absolutamente personalísima del sujeto pasivo de la conducta empresarial. Es decir, esta debe ser analizada desde el prisma de la razonabilidad, no pudiendo considerarse como algo atípico lo que en sociedad es tratado como algo prudente o sensato[245]. Mediante esta forma de proceder se trata de evitar que el rango de protección dependa de la especial sensibilidad de la persona en concreto, por eso, aplicando un criterio social y no personal se podrá establecer una forma de medida general e independiente de aspectos subjetivos, pues no sería del todo justo tratar situaciones iguales con criterios dispares, salvo causa justificada.

En tercer y último lugar, como elementos coadyuvantes de lo anterior y siguiendo lo recogido por algunos autores, puede resultar útil valorar aspectos como la antigüedad. Difícilmente puede justificarse una degradación en las tareas y responsabilidades del empleado cuando este cuenta con una larga y dilatada experiencia en la empresa, en estos casos, la razonabilidad de la medida se pone claramente en entredicho, ya que relegarlo a tareas bajo la jerarquía de personas que antes estaban bajo su mando o realizando tareas

[243] Cfr. STSJ Andalucía 13806/2002, de 08 de octubre (Rec. 2376/2002) y STSJ Comunidad Valenciana 7510/2002, de 04 de julio (Rec. 906/2002).
[244] Vid. STS 29/01/1988.
[245] Resulta ilustrativa la STSJ Madrid 11271/2023, de 20 de octubre (Rec. 646/2023) cuando señala que el hecho de que la empresa haya incluido una escuela de formación en el casino donde presta servicios la trabajadora con el fin de perfeccionar la técnica de *croupier* tras el parón por COVID-19 no justifica el recurso a la extinción indemnizada, pues a pesar del subjetivo punto de vista de la trabajadora, no se ve afectada en ningún aspecto y la medida resulta objetivamente razonable.

de distinta índole a aquellas que ha venido realizando un durante un largo lapso temporal puede suponer un grave menoscabo de la dignidad del operario[246]. Asimismo, tampoco puede obviarse que exponer al trabajador a dichas situaciones, en cierto modo humillantes, puede suponer nuevamente no solo un menoscabo de su dignidad sino el punto de partida de problemas de salud. Por esta razón, cobra vital importancia acudir a lo dispuesto en el apartado referido al cese anticipado para conocer los mecanismos que pueden ser utilizados con carácter *ex ante* para preservar la salud del trabajador.

7.3. Menoscabo patrimonial

El menoscabo patrimonial en el marco de la relación laboral puede definirse como cualquier acción llevada a cabo por el empresario en virtud de la cual se produzca una disminución o un perjuicio para el patrimonio económico del trabajador. En tal sentido, no podemos obviar que el salario no solo debe ser entendido como una remuneración económica, sino también como un medio fundamental para satisfacer las necesidades básicas de subsistencia de los trabajadores y sus familias, por lo tanto, se podrá menoscabar la dignidad del trabajador que ve afectada su *modus vivendi* y el de su familia por la indudable repercusión que eso tendrá en términos reputacionales *ad extra* del entorno familiar. Lo anterior, trasladado dentro del estudio del art. 50.1.a) ET, supone analizar aquellas conductas que impliquen una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y que además redunden en un menoscabo de la dignidad del trabajador a través de alteraciones que impliquen una disminución de los ingresos.

La casuística por la cual pueden verse modificadas a la baja las retribuciones salariales percibidas por el trabajador pueden ser de lo más variado, aunque el ejemplo por excelencia lo tenemos en los supuestos en los que el empleador decide, de manera unilateral, la supresión de un concepto retributivo que hasta ese momento percibía el trabajador[247]. Sin embargo, no siempre la conducta empresarial resultará tan clara y directa como la referida en los párrafos anteriores, sino que se buscará llevar a cabo ese menoscabo económico a través de decisiones empresariales aparentemente asépticas pero que esconden un trasfondo que reduce la remuneración.

[246] Vid. 9106/2018, de 06 de noviembre (Rec. 4601/2018), que cita, a mi parecer, la sentencia clave a la hora de analizar el tema de la antigüedad y la degradación de funciones en la empresa: la STSJ Madrid 15243, de 18 de diciembre (Rec. 563/2015).

[247] Vid. ATS 4256/2023, de 11 de abril (Rec. 3024/2022), en el que se somete a consideración de la Sala una de las sentencias más tradicionales sobre dicha cuestión, que no es otra que la STSJ Cataluña 1434/2000, de 04 de febrero (Rec. 7794/1999).

Entre la casuística que podemos enumerar se encuentran supuestos donde se ha producido una movilidad funcional del trabajador y ello ha comportado que pasara de percibir un 2 % sobre las ventas totales de la firma a un 11,08 % sobre un sector concreto de la misma[248]. Lo curioso en este supuesto reside en que, aparentemente, puede parecer que su porcentaje de ganancias sube, sin embargo, tras traducir dichos porcentuales en la cifra económica final, se ha producido un menoscabo patrimonial, lo que unido a una serie de conductas de las que se deriva un perjuicio a su formación profesional, supone un relato fáctico idóneo para ser subsumido en los contornos del art. 50.1.a) ET. Una cuestión similar ocurre cuando se da una movilidad de la zona de actividad que desarrollan los trabajadores y se produce un fuerte descenso de los ingresos derivados de estos. No estamos ante una falta de pago o retraso continuado del art.50.1.b) ET pero sí que puede ser incardinado dentro del primer apartado al tratarse de una MSCT que deriva en un menoscabo económico, que a su vez implica un ataque a la dignidad del trabajador, pues ve reducidos sus ingresos a consecuencia de la conducta empresarial[249].

En los supuestos analizados hasta ahora hemos encontrado una voluntad clara y pertinaz de la parte empresarial de suprimir unos conceptos retributivos a los que el trabajador tenía derecho, bien fuera en base al contrato de trabajo, al convenio colectivo de aplicación o derivados directamente de la aplicación de la ley. Sin embargo, uno de los supuestos, a mi juicio, más laboriosos de analizar está en aquellos casos en los que se discute la supresión de una condición más beneficiosa puesto que, antes de determinar si la modificación es sustancial y si existe un menoscabo patrimonial, habrá que atender a la distinción entre la mera liberalidad del empresario o el carácter de condición más beneficiosa, ya que solo el primero estaría exento de ser subsumido dentro del art. 50.1.a) ET[250].

Asimismo, una de las preguntas que se plantean a la hora de tratar de justificar determinadas modificaciones que redundan en un menoscabo económico del trabajador consiste en aclarar si el hecho de que la empresa actúe en cumplimiento de un deber legal puede justificar el recurso a la minoración de salario que perciba el trabajador. En este

[248] Vid. STS 3017/1991, de 06 de junio de 1991.
[249] Vid. STSJ Madrid 17410/2010, de 15 de noviembre (Rec. 3208/2010), en la que se desplaza a los trabajadores de una zona a otra y ello supone un 70 % menos de ingresos, consecuencia de la menor demanda de peritaciones que hay en la nueva localización. Un elemento clave de dicha cuestión es que se produce tras haber renunciado a firmar un nuevo contrato de trabajo a la baja en el seno de la empresa, por lo que pudiera incluso entenderse como una represalia al efecto.
[250] Vid. STSJ Galicia 11521/2009, de 23 de diciembre (Rec. 3113/2009), en la que se analiza la supresión por parte de la empresa del plus de disponibilidad, retribución variable y coche de empresa, analizando en cada cuestión si se trata de una condición más beneficiosa o de una mera liberalidad empresarial.

sentido, la postura de algunos Tribunales Superiores de Justicia opta por estudiar las condiciones de cada caso concreto, ponderando entre ambos derechos en colisión. Sin embargo, la Sala IV ya ha considerado en algún pronunciamiento que la conducta empresarial mediante la que se busca regularizar una situación previa en condiciones desfavorables para el trabajador, cuando así ha sido consentido por la empresa, no puede ser utilizada en aquello que perjudique al trabajador[251]. Por lo tanto, en el supuesto de que un trabajador haga 48 horas semanales y se le reduzca a 40 horas en cumplimiento de lo dispuesto en el ET o en los Convenios Colectivos de aplicación, solo podrá derivar en una efectiva reducción de jornada para adecuarla a los parámetros legales, pero no podrá llevar aparejado el correspondiente y proporcional descenso de salario.

7.4. Modificación de funciones o grupo profesional

La modificación de funciones o grupo profesional[252] constituye lo que se conoce como supuestos de «movilidad funcional» y, tal y como se indicó en el apartado correspondiente a la misma, viene regulada en el art. 39 del ET. Estas modificaciones se encuadran en dos tipos. En primer lugar, las modificaciones horizontales, es decir, dentro del mismo grupo profesional y que, mientras no afecten a la dignidad y demás derechos fundamentales del trabajador, podrán ser acordadas de manera unilateral por el empresario —siempre y cuando haya correlación entre la titulación exigida para el correcto desarrollo y la que se encuentre en posesión del trabajador—. En segundo lugar, la movilidad vertical o entre distintos grupos profesionales, que solo podrá ser acordada cuando existan razones técnicas u organizativas justificadas y, siguiendo lo dispuesto por el art. 41 ET, su incumplimiento podrá dar lugar a la reposición del trabajador en sus condiciones anteriores a través de la impugnación judicial o la extinción del contrato de trabajo con una indemnización de 20 días por año trabajado, con un límite de nueve mensualidades[253].

Ahora bien, cuando dicha modificación sustancial de las condiciones de trabajo consista en la degradación profesional, es decir, se trate de una decisión empresarial hecha sin

[251] Vid. STS de 22 de noviembre de 1988.

[252] Tras la reforma laboral de 2012, se eliminó la denominación de «categoría profesional» del art. 22 ET, quedando de la siguiente manera: «Por acuerdo entre el trabajador y el empresario se asignará al trabajador un grupo profesional y se establecerá como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente de alguna de ellas. Cuando se acuerde la polivalencia funcional o la realización de funciones propias de más de un grupo, la equiparación se realizará en virtud de las funciones que se desempeñen durante mayor tiempo».

[253] Dicha circunstancia no debe confundirse con los supuestos relativos a la polivalencia funcional de los trabajadores, es decir, aquellos supuestos en los que el trabajador desempeña funciones correspondientes a otro grupo o categoría profesionales no equivalente, superior o inferior, sin dejar de desempeñar las propias del grupo o categoría que originaron su relación laboral. Para ahondar sobre la cuestión, vid. STS 1019/2011, de 19 de enero (Rec. 85/2010).

respetar lo dispuesto en el mencionado artículo y ponga al trabajador en una situación de humillación frente a compañeros y jefes, caída en desgracia o en la obligación de recibir instrucciones de aquellos empleados sobre los que antes ejercía funciones de mando[254], estaremos ante un menoscabo de la dignidad del trabajador susceptible de activar el mecanismo de la extinción indemnizada del art. 50.1.a) ET.

A la hora de valorar la conducta empresarial, además de analizar las circunstancias fácticas concurrentes —«los hechos tienen su propio lenguaje»—, habrá que tener en cuenta aspectos tales como la gravedad y la culpabilidad, ya que, de no concurrir alguno de ellos, podrá exonerarse a la empresa de responsabilidad. En tal sentido, se ha entendido que concurre culpabilidad empresarial, a pesar de la oposición de esta, cuando se releva un alto directivo durante el transcurso de una Asamblea General, delante de todo el personal de la empresa, y se le asignan las de un comercial, lo que supone perder el despacho y el *parking* que como director tenía asignado[255]. Asimismo, también se ha entendido que concurre la gravedad y la culpabilidad necesarias para extinguir la relación laboral por voluntad del trabajador en un supuesto en el que se releva a un trabajador de las funciones de delegado nordeste y se le pone a realizar las relativas a un comercial, debiendo dar cuenta de su actividad como visitador médico a un nuevo delegado nordeste. La Sala entiende que se ha producido un menoscabo de su dignidad al degradarse su estatus en la empresa[256].

Como podemos observar, la casuística relativa a la extinción indemnizada por degradación de funciones o cambio de grupo profesional en su modalidad descendente es muy amplia y se podrían citar multitud de sentencias al respecto. Sin embargo, no resulta tan clara la posibilidad de invocar el art. 50.1.a) ET ante una movilidad funcional ascendente puesto que en teoría, un ascenso dista mucho de poner al trabajador en una situación de «minusvaloración» frente a sus compañeros y, *a priori*, no parece generar ningún tipo de perjuicio económico.

No obstante, detrás de una movilidad funcional ascendente puede haber una voluntad de trasladar a un trabajador de centro de trabajo (imaginemos que es ascendido a un puesto ejecutivo o de dirección y dichas tareas deben ser llevadas a cabo desde las oficinas centrales de la empresa en una capital) o dicho ascenso supone tener que desarrollar las nuevas tareas con una serie de compañeros con los que existe una enemistad manifiesta

[254] Vid. STSJ Cantabria 1272/2005, de 12 de diciembre (Rec. 976/2005).
[255] STSJ Cataluña 3475/2002, de 29 de abril (Rec. 6040/2001).
[256] STSJ Cataluña 6112/2004, de 03 de septiembre (Rec. 8699/2003).

o, sabido en el seno de la empresa, que el entorno laboral en dicho centro de trabajo es especialmente conflictivo. En tales supuestos sí que podría analizarse la viabilidad de la acción extintiva, ya que habría una hipotética MSCT sin respetar lo previsto en el art. 41 ET (movilidad funcional ascendente), que redunda en un menoscabo de la dignidad del trabajador (es destinado a un puesto que, si bien superior, es conocido por ser marcadamente conflictivo), a pesar de que coloquialmente pueda ser interpretado como un ascenso del que únicamente se van a derivar consecuencias positivas.

7.5. Modificación del horario y turnos de trabajo

El horario de trabajo constituye el periodo específico durante el que el trabajador debe llevar a cabo las funciones propias de su puesto de trabajo por orden y cuenta de su empleador. En función de la distribución del tiempo de trabajo se puede distinguir entre horario fijo, horario flexible y horario a turnos. La importancia de este reside más allá del ámbito laboral, pues constituye un elemento esencial a la hora de planificar las actividades que el trabajador lleva a cabo en su vida personal, razón por la cual una alteración en el mismo afectará, de manera irremediable, en su ámbito personal.

Como se sabe, la fijación del horario de trabajo es una facultad del empresario enmarcada en su poder de dirección y organización de la actividad empresarial y la distribución del mismo vendrá rubricado por ambas partes —conforme a lo pactado— en el contrato de trabajo y con plena observancia a lo establecido en los convenios colectivos de aplicación, atendiendo siempre a las limitaciones legales fijadas al efecto, en consonancia con el art. 34 ET. Por esta razón, el legislador, sabedor de la importancia de dicha cuestión en la esfera vital del trabajador y de las consecuencias que en la misma puede tener una modificación del horario o de la distribución de la jornada, ha recogido de manera expresa dicha circunstancia en el art. 41.1.b) ET como susceptible de activar la extinción indemnizada por parte del trabajador.

En tal sentido, se ha estimado la presencia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en el cambio de turno de un trabajador que desarrollaba su jornada laboral de lunes a viernes y cuya empresa trataba de asignarle tareas de igual modo en fin de semana[257]. En dicho supuesto se entendió que el cambio constituía una MSCT, ya que se enmarcaba en el art. 41.1 ET y generaba un perjuicio al trabajador al impedirle llevar a cabo de manera óptima el cuidado de sus familiares. De igual modo y en idéntico sentido, se ha estimado la concurrencia de una MSCT en la voluntad empresaria de

[257] Vid. STSJ Castilla y León 1780/2017, de 08 de noviembre (Rec. 1743/2017).

cambiar los horarios fijos del trabajador por turnos rotatorios por semana, ya que descuadraba la organización familiar para hacerse cargo de los hijos menores de edad[258].

Un aspecto especialmente conflictivo y que termina dirimiéndose en los tribunales con gran asiduidad son aquellos casos en los que la empresa decide adelantar la hora de entrada de los trabajadores. En tal sentido, los Tribunales han considerado que constituye una MSCT el cambio de horario en turnos rotatorios con una frecuencia no determinada que va acompañada de un adelanto de tres horas respecto al ingreso de los trabajadores a su puesto de trabajo, al suponer un «notorio trastorno en la organización de la vida personal y familiar»[259]. Sin embargo, no toda modificación relativa a la hora de entrada y salida de los trabajadores será considerada una MSCT, máxime cuando la misma resulta proporcional y razonable —como ejemplo encontramos un reciente supuesto donde se retrasaba media hora la salida del trabajo cuando se permitía también retrasar media hora la entrada[260]—.

Una vez expuesto lo anterior, está claro que en aquellas ocasiones en que una modificación sustancial del horario de trabajo altere sustancialmente la esfera personal del trabajador podrá acudirse a la extinción del art. 41.1 ET. Sin embargo, una de las cuestiones más interesantes, a mí parecer, redunda en determinar si la modificación no solo altere el aspecto personal o familiar del operario, si no que incida sobre una segunda actividad que, hasta el momento, se compatibiliza con el trabajo cuyo horario va a ser modificado. Respecto a esto, la doctrina de suplicación ha entendido que la misma es perfectamente posible aun cuando la trabajadora tenga que solicitar una excedencia voluntaria mientras se resuelve la impugnación judicial, no pudiendo alegarse al respecto falta de acción por este hecho[261].

Ahora bien, llegados a este punto y analizada la casuística relativa a la existencia o no de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo —recordemos que es un

[258] Vid. STSJ Madrid 507/2005, de 21 de junio (Rec. 1194/2005). Esta sentencia resulta especialmente interesante en tanto en cuanto la Sala analiza en su razonamiento lo dispuesto en la Recomendación del Consejo de la Unión Europea, de 31 de marzo de 1992 (LCEur 1992, 1427), sobre el cuidado de los niños y de las niñas, que postula la compatibilidad de las responsabilidades profesionales, familiares y de educación derivadas de tal cuidado; y la Decisión del Consejo, de 19 de enero de 2001 (LCEur 2001, 159), relativa a las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros para el año 2001.
[259] Vid. STSJ Islas Canarias 97/2015, de 26 de enero (Rec. 1218/2014).
[260] Vid. STSJ Aragón 1160/2023, de 05 de octubre (Rec. 551/2023). En dicha sentencia se trae a colación la STS 5990/2005, de 10 de octubre (Rec. 183/2004), en la que ya se hacía referencia entre la clásica distinción de «modificaciones sustanciales» y «modificaciones accidentales» para justificar el acceso a la extinción indemnizada del art. 41.1 ET. De igual modo, se cita por inaplicable la STSJ País Vasco 2402/2019, de 16 de julio (Rec. 1182/2019), en la que se analizaba un supuesto idéntico con estimación de la pretensión del trabajador.
[261] Vid. STSJ Comunidad Valenciana 2268/2012, de 19 de septiembre (Rec. 1528/2012).

presupuesto previo indispensable para poder analizar la concurrencia, o no, de un supuesto de hecho subsumible en el art. 50.1.a) ET—, cabrá preguntarse si, además, se ha producido un menoscabo de la dignidad del trabajador en base a la pretendida modificación horaria. Habrá que constatar la existencia de una actuación patronal que conlleve un deterioro del prestigio personal, laboral, social y económico del trabajador con quebranto del respeto que merece ante sus compañeros de trabajo, ante sus jefes y en el seno de la propia empresa como persona y como profesional, algo muy difícil de determinar cuándo únicamente se ha producido una modificación horaria. La casuística nos arroja como resultado que, si bien la modificación horaria podrá llevar anudado un perjuicio y ello determinará su subsunción en el art. 41.3 ET, necesitará de un menoscabo de la dignidad para poder ser encuadrado en los contornos del art. 50.1.a) ET, que no se producirá cuando únicamente se analice esa conducta aislada[262].

7.6. Modificación del sistema retributivo

El sistema retributivo constituye la estructura salarial establecida por la empresa a fin de remunerar económicamente a sus empleados por el trabajo que realizan, todo ello en cumplimiento de lo establecido en el art. 4.2.f) ET. Este sistema incluye aspectos como salarios, bonificaciones, incentivos, beneficios y toda una serie de prestaciones para recompensar aptitudes o actitudes propias del trabajador, pudiendo citarse, por ejemplo, el rendimiento, la experiencia, la responsabilidad o el conocimiento de idiomas.

Las estructuras que componen los sistemas retributivos pueden ser de muy variada naturaleza pero, por norma general, se dividen en: i) Retribuciones fijas que permanecen invariables con el paso del tiempo y cuya guía lo constituyen, esencialmente, los convenios colectivos, ii) Retribuciones fijas individualizadas que tienen cierto grado de permanencia pero que se tienen en cuenta a la hora de fijar la cuantía las concretas aptitudes o actitudes del operario, iii) Retribuciones en especie caracterizadas por no ser económicas y estar basadas en productos, servicios o beneficios sociales, y iv) Retribuciones variables consistentes en primar al trabajador en base a la consecución de una serie de objetivos previamente establecidos por la empresa.

Dejando a un lado el siempre conflictivo debate entre las condiciones más beneficiosas y las meras liberalidades por parte del empresario, parece lógico entender que el hecho de que un trabajador goce de un determinado plus por conocimiento de idiomas y que posteriormente el mismo sea suprimido por la empresa puede suponer una modificación

[262] STSJ Islas Canarias 97/2015, de 26 de enero (Rec. 1218/2014).

sustancial de las condiciones de trabajo, ya que se alteran elementos esenciales del contrato y se produce un perjuicio económico. Asimismo, sería susceptible de activar el mecanismo de la extinción indemnizada del art. 50.1.a) ET el hecho de modificar la retribución de un trabajador que goza de coche de empresa y despojarle de dicho beneficio en favor de un trabajador que lleva menos tiempo, ya que se estaría produciendo la fórmula compuesta de la MSCT acompañada de un menoscabo de la dignidad del trabajador.

Por esta razón, en lo relativo a la modificación del sistema retributivo y su incardinación dentro de la extinción indemnizada habrá que atender a cada caso concreto para determinar si estamos ante una simple supresión de una liberalidad otorgada por el empresario —la cual el trabajador tiene la obligación jurídica de soportar pues se enmarca dentro del «dentro del ámbito de organización y dirección» conforme al art. 1.1 ET— o si, por el contrario, se trata de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo recogidas en el art. 49 ET al haberse alterado aspectos sustanciales de la relación laboral o si, en definitiva, se ha llevado a cabo una MSCT acompañada de un menoscabo a la dignidad del trabajador.

La práctica habitual en los tribunales nos indica que la gran mayoría de modificaciones en los sistemas retributivos vienen acompañados de movilidades funcionales que exceden los límites del art. 39 ET y que menoscaban la dignidad del trabajador frente a sus compañeros o que derivan en un perjuicio de su formación profesional. Es decir, la modificación de los conceptos retributivos viene dada por una reclasificación a peor por parte de la empresa al trabajador[263]. Así, se ha entendido por la doctrina de suplicación que el cambio de unas condiciones económicas consistentes en la supresión de la percepción de un fijo mensual que hasta la fecha se venía percibiendo y la reducción del porcentaje cobrado en función de las ventas directas constituye una degradación de funciones y modificación del sistema retributivo de la suficiente entidad como para extinguir el contrato de trabajo a instancias del trabajador[264].

7.7. Otros supuestos; trabajo a distancia

La Ley 10/2021, de 09 de julio, de trabajo a distancia, hace una doble distinción conceptual al definir de qué se trata. En la práctica, hace una delimitación, ya que había

[263] Vid. STSJ País Vasco 2486/2010, de 28 de septiembre (Rec. 1680/2010) basada en la modificación sustancial de condiciones de trabajo sufridas por un director pedagógico de centro escolar al que se le modifican sus retribuciones y sufre una degradación paulatina de funciones, hasta ser cesado.
[264] STSJ Cataluña 2720/2009, de 25 de marzo de 2009 (Rec. 7856/2008).

carencias en normativas anteriores y su vacío había tratado de colmarse de forma manifiestamente suficiente por la doctrina especializada[265]. Así, señala que se entenderá por «trabajo a distancia»: «[La] forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular». Por otro lado, en relación con el concepto de «teletrabajo», término utilizado coloquialmente como sinónimo de trabajo a distancia, lo define como: «Aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación»[266].

La evolución normativa de la institución del teletrabajo sufrió una alteración sustancial derivada de la crisis sanitaria del COVID-19. La entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, en cuyos arts. 1 y 2 se declaraba el estado de alarma en todo el territorio nacional, solo fue el preludio de la irrupción de una serie de cuerpos legislativos que afectarían de manera significativa a la regulación. Apenas tres días después se promulgó el Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, en cuyo art. 5 se establece el carácter preferente del trabajo a distancia. Sin embargo, dicha preferencia quedaba supeditada a la existencia de una serie de requisitos tales como: i) posibilidad material, ii) posibilidad técnica y iii) posibilidad económica.

Dado el carácter de normativa de emergencia y extraordinaria, tal y como han señalado algunos autores y la doctrina judicial que tuvo la oportunidad de pronunciarse, la puesta en marcha del teletrabajo y su anulación no podrían ser entendidos, de ningún modo, como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo[267] —*salus populi suprema lex*—. En consecuencia, la posibilidad extinguir el contrato de trabajo al amparo del art. 50.1.a) ET quedaba automáticamente vedada al no concurrir el presupuesto básico que habilita dicha facultad del trabajador, esto es, la existencia de una MSCT. Asimismo, se dificultaba enormemente la posible subsunción en otros apartados de dicho artículo,

[265] En tal sentido, resulta especialmente interesante la amplitud conceptual recogida en LLAMOSAS TRAPAGA, Aida. *Relaciones laborales y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación.* 1.ª Ed. Madrid: Dykinson, 2015, p. 25. ISBN 978-84-9085-533-1.
[266] El art. 2 de la Ley 10/2021, de 09 de julio, de trabajo a distancia, además de definir el trabajo a distancia y el teletrabajo, nos otorga también una definición de lo que debe entenderse por «trabajo presencial», señalando «Aquel trabajo que se presta en el centro de trabajo o en el lugar determinado por la empresa».
[267] GÓMEZ GARRIDO, Luisa M. "El teletrabajo: realidad, expectativas y riesgos". *Revista de Derecho Laboral vLEX*. 2022, 6, p. 185. ISSN-e 2696-7286.

pues no se reconocía ningún tipo de gasto de compensación derivado del desarrollo del teletrabajo[268].

Posteriormente entraría en vigor el Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia que, tras su posterior tramitación como proyecto de ley en las Cortes Generales, cristalizaría en la Ley 10/2021, de 09 de julio, de trabajo a distancia, cuyas disposiciones se encuentran en vigor. Las principales modificaciones, en lo que aquí interesa, vendrían dadas por la redacción de los arts. 5, 6 y 7 relativos a las obligaciones formales del acuerdo de trabajo a distancia, el contenido del mismo y la regulación relativa a las posibles modificaciones que pudieran llevarse a cabo.

En primer lugar, en relación a los gastos derivados del teletrabajo, se pasa de un régimen donde no se establecía la responsabilidad empresarial de proveer de los medios necesarios para el desarrollo del trabajo a distancia —ni de compensar los asumidos por los trabajadores— a una regulación que impone la obligación empresarial de dotar de medios suficientes al trabajador para el desarrollo de sus tareas y al abono y compensación de gastos que hayan sido asumidos por este, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 11 y 12. En segundo lugar, se establece un requisito *ad solemnitaten*, esto es, las condiciones que rijan la prestación del trabajo a distancia deberán estar recogidas en un acuerdo suscrito por empresario y trabajador y de conformidad con lo dispuesto en la normativa de aplicación y en los convenios colectivos[269].

En relación con su naturaleza jurídica, existe confrontación entre el sentido de los pronunciamientos judiciales recaídos hasta el momento y la doctrina iuslaborista que se ha pronunciado al respecto. El principal punto de fricción se centra en la calificación del acuerdo de teletrabajo recogido en el art. 7. Por un lado, ha sido definido como un «contrato de trabajo genuino y específico»[270], mientras que, por otro, sin negarle una cualidad superior a la de mera cláusula contractual, únicamente se le reconoce, a lo sumo,

[268] Vid. SAN 2567/2021, de 04 de junio (Rec. 103/2021), que da respuesta a una demanda de conflicto colectivo en el sector de *contact center* en la que se reclamaban los gastos derivados del trabajo a distancia en los domicilios particulares de las personas trabajadoras.

[269] En relación a la interrelación entre teletrabajo, negociación colectiva y su práctica forense, dada la amplitud y la riqueza de la cuestión, nos remitimos al brillante análisis de la cuestión llevado a cabo en GALLEGO MOYA, Fermín. *El Teletrabajo: Balance Del Primer Año De Negociación Colectiva Y Aplicación Judicial*. 1.ª Ed. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2021. ISBN 9788413914633.

[270] Vid. SAN 1132/2022, de 22 de marzo (Rec. 33/2022) cuando señala que, con apoyo a lo dispuesto en la exposición de motivos de la Ley 10/2021 y en el Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo, el trabajo a distancia es considerado como un genuino y específico contrato de trabajo (de subespecie lo califica la LTD), que va más allá del simple establecimiento de determinadas condiciones para la prestación del servicio retribuido por cuenta ajena del art. 1 ET.

la condición de «pacto individual específico»[271]. La naturaleza jurídica del contrato de teletrabajo tiene gran importancia desde el punto de vista de la extinción indemnizada, y ya adelantamos que no podemos coincidir con el criterio expuesto, que lo considera un contrato de trabajo genuino y específico. Entendemos que se debe tratar, a lo sumo, de un pacto individual específico o un anexo al contrato de trabajo originario.

Dotarle de la consideración de contrato de trabajo autónomo supondría en la práctica que, acreditada una MSCT que redunde en perjuicio del trabajador[272], se extinguiría el contrato de trabajo a distancia, debiendo quedar a salvo el contrato de trabajo originario (recordemos que la literalidad del art. 50.1 ET habla de la extinción del contrato de trabajo, no de la extinción de la relación laboral). Por lo tanto, de aceptar la tesis de considerar el contrato de trabajo a distancia como un contrato autónomo e independiente al contrato de trabajo originario, se estaría generando, *de facto*, una dualidad contractual no exenta de problemas[273]. Pero es que ello, además, podría dar lugar a la producción del perverso efecto de permitir que el empresario anule la no presencialidad simplemente incumpliendo uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo a distancia, de tal manera que afecte a la dignidad del trabajador, dejándolo en una encrucijada doble: o acepta una MSCT vinculada a un menoscabo de su dignidad o extingue el contrato de trabajo a distancia debiendo volver a la presencialidad, pues la relación laboral mantendría su pervivencia en base al contrato de trabajo originario.

Lo anterior viene a significar la imposición unilateral de la presencialidad por parte del empresario frente a la voluntad del trabajador, prohibido en base al art. 5 de la Ley 10/2021, de 09 de julio, de trabajo a distancia y por la normativa contractual de carácter

[271] ARETA MARTÍNEZ, María. "El acuerdo de trabajo a distancia (teletrabajo) en el sector de contact center: ¿cuál es su naturaleza jurídica?, ¿qué consecuencias jurídicas lleva aparejada la nulidad de algunas cláusulas?". *Revista de Jurisprudencia Laboral.* 2022, 9, pp. 35. ISSN-e 2659-787X. DOI 10.55104/RJL_00389.

[272] A modo ejemplificativo podemos tratar el supuesto de una empresa con una plantilla de 10 empleados teletrabajando y que decide dotar a nueve de ellos de dispositivos perfectamente acondicionados y en disposición de llevar a cabo las tareas propias de su puesto de trabajo. Sin embargo, a uno de ellos le entrega un dispositivo en mal estado, que difícilmente puede realizar las tareas necesarias y que constantemente se apaga, impidiendo que el trabajador pueda desarrollar sus funciones correctamente y quedando señalado y degradado frente a sus compañeros y a los clientes.

[273] Si bien es cierto que la Sala IV ha admitido la posibilidad de una dualidad contractual con la misma empresa, pudiéndose citar, por ejemplo, la STS 1765/2005, de 21 de marzo (Rec. 4951/2003), no es menos cierto que ha planteado problemas y pronunciamientos dispares cuando se trata de ajustes de jornada, como en la STS 6522/2013, de 15 de octubre (Rec. 3098/2012) y la STS 4655/2012, de 01 de junio (Rec. 1630/2011). Sobre la compatibilidad de un contrato laboral básico y un contrato de trabajo entendido el mismo como uno autónomo no hay pronunciamientos de la Sala IV pero, dado el sentido de la SAN 1132/2022, de 22 de marzo (Rec. 33/2022), no debe descartarse dicha posibilidad.

civilista que regula los contratos[274]. Como la nota de voluntariedad ocupa un lugar esencial como eje sobre el que pivota la regulación del teletrabajo en nuestro ordenamiento jurídico, una interpretación integradora de la normativa impediría la calificación del contrato de teletrabajo como un contrato autónomo y resulta más armónico la calificación del mismo como un «pacto accesorio individual», y que la concurrencia de las notas necesarias para apreciar declarar la extinción indemnizada conforme al art. 50.1.a) ET provoque la extinción del contrato de trabajo único y, por ende, de la relación laboral en su totalidad.

8. Valoración crítica

A lo largo de los apartados anteriores se han ido exponiendo una serie de razonamientos en orden a posicionarnos sobre las diferentes corrientes doctrinales o jurisprudenciales en torno a las diferentes instituciones jurídicas tratadas. Sin embargo, consideramos oportuno terminar el análisis de esta apertura causal del art. 50.1. ET aflorando nuevamente una serie de conclusiones inferidas del estudio pormenorizado del estado de la cuestión.

En primer lugar, sobre la delimitación conceptual de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y el apartado a) del art. 50.1. ET cabe señalar que el primero de ellos se trata de una rescisión, en tanto en cuanto, no ha habido un incumplimiento contractual de alguna de las partes intervinientes, sino que las condiciones inicialmente pactadas han mutado y el cumplimiento de las mismas se ha vuelto especialmente gravoso para una de ellas. Por su parte, la resolución implica un incumplimiento de una de las partes contratantes en los términos referidos en el meritado artículo estatuario.

En consecuencia, si bien en ambos casos nos encontramos ante una extinción del contrato de trabajo, no sería correcto denominar a la extinción del art. 50.1.a) ET como una rescisión contractual a pesar de que el elemento normativo de la rescisión sea una parte más del apartado —junto al menoscabo de la dignidad— necesario para poder proceder a la resolución contractual.

En segundo lugar, cabe señalar que no resulta una novedad ni un descubrimiento el marcado carácter tuitivo del derecho del trabajo; así es y así debe ser. Sin embargo, la aplicación de dicho carácter a determinados aspectos de la relación laboral puede generar

[274] Art. 1.091 y 1.256 del Código Civil, que imponen el deber de cumplir las obligaciones que nacen de los contratos conforme al tenor de las mismas y prohibiendo la posibilidad de que el cumplimiento de los mismos quede al arbitrio de uno solo de los contratantes.

efectos no siempre deseados en la práctica habitual y, seguidamente, plantear el interrogante sobre si, a veces, no sería necesaria una suerte de *modus in rebus* o moderación en las cosas.

Nos estamos refiriendo, de manera más concreta, al hecho de que se exija la pervivencia de la relación laboral como regla general para la prosperabilidad de la acción resolutoria bajo el pretexto de que el trabajador puede dejar de prestar servicios motu proprio bajo la creencia de que está amparado en derecho para actuar de tal manera y que, posteriormente, una sentencia desestimatoria equivalga a un abandono del puesto de trabajo.

El planteamiento no es correcto y por ello la regla general cada vez cuenta con más alternativas para evitar que el trabajador se vea expuesto a un entorno que afecta de una manera tan notoria a su integridad psíquica; pudiéndose citar, por ejemplo, la STS 6207/2012, de 20 de julio o la posibilidad de exonerar del deber de prestar servicios conforme a lo dispuesto en el art. 79.7 de la LRJS del año 2011.

A nuestro juicio, la loable voluntad tuitiva del derecho del trabajo supone un escollo para el trabajador, pues ante un entorno lesivo para él, el tenor literal de la norma le obliga a seguir prestando servicios. Es cierto que puede solicitar cautelarmente la exoneración, pero pueden tardar meses en sustanciarse y los perjuicios ser irreparables.

Por ello, remitiéndonos al apartado donde analizamos la normativa similar en Derecho Comparado, consideramos que la resolución laboral debe tomar las notas caracterizadoras del derecho civil, pese a que haya sido un objetivo histórico del derecho del trabajo huir de las notas caracterizadoras del derecho privado. Y, en consecuencia, permitir la resolución extrajudicial sin perjuicio de un posterior control judicial cuya sentencia tenga efectos declarativos y no constitutivos, como se hace en la mayoría de países de nuestro entorno.

En tercer lugar, la conclusión obtenida del estudio de los distintos procedimientos de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo nos lleva a poner un especial enfoque en aquellos que tengan un carácter colectivo. Ello es así por dos razones principalmente; la primera de ellas es la extrema simpleza del procedimiento individual que, salvo actuaciones de facto o por la vía de hecho, con una mera notificación escrita quedaría salvaguardado aspecto formal.

El segundo de ellos, el procedimiento de carácter colectivo, por el contrario, lleva implícita una riqueza de elementos jurídico-técnicos que nos llevan a detenernos de manera pormenorizada en todos y cada uno de los aspectos que tengan lugar durante la negociación, como puede ser la voluntad real de negociar en los términos recogidos por la STS 7790/2012, de 16 de noviembre, así como fuera de ella, atendiendo a las conductas empresariales dirigidas a evitar la problemática tratada de los acuerdos en masa.

En cuarto lugar, pese a la voluntad del legislador de eliminar el perjuicio a la formación profesional del trabajador tras la promulgación de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, lo cierto y verdad es que tal esfuerzo ha resultado en vano. Ello es así ya que, si bien se ha eliminado la referencia del tenor literal del art. 50.1.a) ET, en la actualidad, los tribunales subsumen dicha circunstancia dentro de las conductas susceptibles de ser calificadas como un menoscabo de la dignidad del trabajador, razón por la cual la protección al efecto sigue plenamente vigente.

En quinto lugar, cabe señalar que la sustancialidad es el elemento fundamental para determinar la concurrencia de una gravedad suficiente que permita acudir al mecanismo de la extinción indemnizada. El art. 41.1 ET recoge una serie de aspectos propios de la relación laboral cuya modificación requerirá un plus menor de sustancialidad para ser considerado grave.

El hecho de que haya aspectos que puedan sufrir modificaciones y no aparezcan en dicha lista no implica que sean elementos accesorios carentes de importancia, sino que requerirá de una prueba mayor en orden a defender la tesis de que la conducta incumplidora reúne las notas de gravedad necesarias para que sea necesaria la extinción de la relación laboral.

En sexto lugar, la culpabilidad en esta sede se haya presidida, fundamentalmente, por el predominio de la tesis objetiva; esto es, será indiferente el elemento volitivo en la persona del empleador y si se produce una MSCT que lleve aparejada un menoscabo de la dignidad del trabajador, existirán los mimbres necesarios para sostener con garantías la pretensión extintiva, no pudiendo ser enervada bajo el argumento de la falta de culpabilidad del empresario.

Finalmente, debemos subrayar nuevamente nuestra discrepancia, con el máximo de los respectos, respecto del criterio contenido en la sentencia de la Audiencia Nacional de

fecha 22 de marzo de 2022, en virtud de la cual se califica al contrato de teletrabajo como un «contrato de trabajo genuino y específico»[275].

Abundando en lo expuesto, entendemos que el acuerdo de teletrabajo debe tener la consideración jurídica de anexo, apéndice, *addenda* o anexo contractual si se quiere otorgar una denominación más formalista, pero en ningún caso debe ser calificado como un contrato de trabajo, tal y como parece sostenerse en la resolución judicial precitada.

Como ya hemos señalado anteriormente, el art. 50.1 ET se proyecta sobre el contrato de trabajo —no sobre la relación laboral, aunque sea inherente a la extinción del vínculo contractual— y en caso de admitir la naturaleza de contrato de trabajo del acuerdo de teletrabajo, nos encontraríamos que un incumplimiento en sede de teletrabajo extinguiría dicho acuerdo y la relación laboral se mantendría plenamente vigente por mor del inicial contrato de trabajo estándar, siendo necesario un nuevo incumplimiento para extinguir el contrato de trabajo inicial previo a la celebración del acuerdo de teletrabajo.

Por ello, la idea fundamental que sostenemos es contraria al criterio de la sentencia comentada. A nuestro juicio, de ningún modo puede equipararse el acuerdo de teletrabajo a un «contrato de trabajo genuino y específico» por los motivos que se han expuesto en los párrafos anteriores y en el apartado al efecto.

[275] Vid. SAN 1132/2022, de 22 de marzo (Rec. 33/2022).

TÍTULO III: INCUMPLIMIENTOS RETRIBUTIVOS

1. El objeto del incumplimiento resolutorio. Características generales

Tal y como establece el art. 26.1 del ET: «Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo».

En atención a dicha disposición, podríamos calificar el salario como la contraprestación o contrapartida esencial percibida por el asalariado en retribución de su trabajo. El pago del salario es uno de los elementos fundamentales del contrato de trabajo junto con la prestación de servicios por parte del trabajador (art. 1.1 ET), todo ello bajo los principios de reciprocidad y sinalagmaticidad[276] que presiden la relación contractual laboral —*omnia labor optat premium*[277]—. Igualmente, al referirnos al salario, la doctrina más autorizada destaca la dimensión social que ocupa dicha obligación empresarial, llegando a proclamar incluso el carácter «cuasi alimenticio»[278] del salario y su trascendencia más allá del sinalagma contractual de las partes —y sus intereses— en favor de una dimensión colectiva y constitucionalmente protegida que constituye la percepción efectiva del salario[279].

En apoyo de lo anterior, el ordenamiento jurídico articula una serie de mecanismos de salvaguarda encaminados a servir de garantía para con el trabajador, a respaldar el cobro del salario ante las distintas vicisitudes propias del tráfico empresarial que puedan poner en peligro su efectiva percepción, a saber: la condición de crédito con privilegio general en el concurso de acreedores (art. 280.1º TRLC), el interés por mora para el caso de que no se proceda a su abono puntual (art. 29.3 ET), el respaldo del Fondo de Garantía Salarial

[276] Sobre la sinalagmaticidad de los contratos, resulta especialmente acertada la definición contenida en ALONSO OLEA, Manuel. *Derecho del trabajo.* 4.ª Ed. Madrid: Universidad de Madrid, 1976, p. 245, ISBN 978-84-3620-623-1, cuando dispone lo siguiente: «La obligación de remunerar el trabajo, básica del empresario, es una obligación de dar una cosa a otro; esta cosa que se da es el salario; pero lo definitorio del salario no es la cosa que se da y recibe, que puede ser de tipo muy diverso según la clase de salario, ni el hecho o acto de darla o recibirla, sino el título en virtud del cual se da y se recibe la cosa. El salario se da como contenido u objeto de la prestación del empresario en cumplimiento de su obligación básica de remunerar el trabajo, y se recibe por el trabajador como contraprestación de su trabajo».

[277] Proverbio latino que significa «toda labor debe ser recompensada».

[278] RÍOS SALMERÓN, Bartolomé. *Los privilegios del crédito salarial.* 1.ª Ed. Madrid: Civitas Ediciones, 1984, p. 125. ISBN 978-84-7398-277-1.

[279] RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*. 1.ª Ed. Madrid: La Ley, 1998, p. 210. ISBN 978-84-7695-582-0.

(art. 33.1 ET) o, a modo ejemplificativo, entre los distintos supuestos de responsabilidad de terceros, la responsabilidad de la empresa entrante sobre las deudas salariales de la empresa saliente en los casos de sucesión empresarial (art. 44.3 ET), así como la inembargabilidad del salario mínimo (607 LEC). Asimismo, el ámbito sancionador no es ajeno a la esfera de protección reforzada de la que goza el salario del trabajador, tipificando el impago y los retrasos reiterados en el pago del salario debido como infracciones muy graves (art. 8.1. LISOS).

En coherencia con lo expuesto anteriormente, parece razonable que el legislador haya optado por alejarse de la regulación contenida en el art. 1.124 CC, que permite optar entre la resolución contractual e indemnización por daños y perjuicios o exigir el cumplimiento de la misma, por una regulación que posibilita ambas opciones: tanto el pago de los salarios debidos como la resolución indemnizada del contrato de trabajo y que encuentra su regulación positiva en el art. 50.1.b) del ET.

1.1. La falta de pago

El apartado b) del art. 50.1 ET, dentro de las justas causas en virtud de las cuales permite la resolución contractual por parte del trabajador, hace referencia a «la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado». En primer lugar, debemos tratar de definir qué se entiende por «falta de pago» para desarrollar qué situaciones son susceptibles de ser subsumidas dentro de este apartado. Coincide la doctrina en señalar que la falta de pago debe ser interpretada a la luz de la legislación civil en lo relativo al incumplimiento de las obligaciones sinalagmáticas, lo cual nos dirige automáticamente a los arts. 1.157 y 1.166 del CC. En base a los mismos, una deuda se entenderá pagada cuando se realice, de manera íntegra, la prestación debida. Asimismo, no se podrá obligar al acreedor a recibir una prestación distinta de la pactada[280].

Trasladando dichas premisas al ámbito de la relación laboral, podemos sostener que, siempre que no se proceda al abono íntegro de la obligación salarial por parte del empresario, nos encontraremos con el presupuesto básico necesario para valorar si dicha conducta puede ser subsumida en el art. 50.1.b). De igual modo, como la legislación

[280] Doctrina jurisprudencial de carácter civilista desarrollada a partir del art. 1.166 CC, comúnmente conocida por su terminología en latín como *aliud pro alio* y que define aquellos casos en lo que existe una falta de correspondencia entre lo pactado y lo entregado. Vid. PRATS ALBENTOSA, Lorenzo. La entrega de cosa diversa a la pactada (*aliud pro alio*) como incumplimiento resolutorio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1991, 20 de noviembre de 1991 y 28 de enero de 1992. *Revista General de Derecho.* Augusto Vicente y Almela, 1992, 573, p. 5081.

común remarca el hecho de que el cumplimiento debe ser «de manera íntegra», de un análisis *a priori* podría deducirse la posibilidad de que el pago parcial es, igualmente, subsumible en la causa resolutoria del art. 50.1.b) ET[281].

Una vez determinado cuándo nos encontramos ante una falta de pago, se abre un nuevo interrogante relativo al momento en virtud del cual se puede dar por definitivo el impago, planteándose diversos supuestos: el primero aboga por considerar el impago como definitivo siempre y cuando haya prescrito la posibilidad de interponer la acción de reclamación del salarios conforme a lo dispuesto en el art. 59 ET. Sin embargo, como acertadamente señala la doctrina científica, la problemática subyace en el hecho de que la acción de reclamación de salarios del trabajador pudiera perjudicar una posterior acción de extinción indemnizada[282]. En mi opinión, dicha postura chocaría frontalmente con la dicción del art. 4.2.g) del ET en tanto en cuanto se estaría desincentivando un derecho básico del trabajador como es el ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo y, por ende, produciéndose una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al proceso (art. 24.1 CE).

En el otro extremo, la posibilidad de que el trabajador deje prescribir la acción de reclamación de salarios para poder optar con mayores garantías a obtener la tutela de su pretensión resolutoria se plantea como una opción no exenta de problemas ya que, como ha tenido ocasión de poner de manifiesto el Tribunal Supremo en distintas ocasiones, estamos ante una cuestión eminentemente casuística y podría darse la paradoja de que dejásemos prescribir una acción de reclamación de cantidad para obtener con garantías el éxito de la acción resolutoria y, ante el fracaso de esta, tampoco se pudiera ya recurrir a aquella[283].

De igual modo, cabría añadir que el hecho de que las resoluciones judiciales en la materia no se caractericen por su uniformidad o predictibilidad —en definitiva, por su seguridad

[281] Cuestión distinta será determinar si el pago parcial es de una entidad suficiente que permita situarse al margen de los requisitos relativos a la gravedad exigidos por la jurisprudencia para entender procedente el recurso a la extinción indemnizada. En tal sentido, vid. ATS 5316/2000 de 21 de noviembre (Rec. 2934/2000).

[282] TODOLÍ SIGNES, Adrián. La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado. En: Juan Alberto TORMOS PÉREZ, Óscar REQUENA MONTES, Eduardo E. TALENS VISCONTI. *La extinción indemnizada del contrato por voluntad del trabajador: Artículo 50 ET.* 1.ª Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 73. ISBN 978-84-9143-048-3.

[283] Sobre el carácter eminentemente casuístico, resultan relevantes las propias palabras del Tribunal Supremo en la STS de 25 de septiembre de 1995, (Rec. 756/1995), cuando dispone: «Aquí [en un asunto sobre resolución contractual al amparo del art. 50.1.b)] es preciso hacer constar que la Sala no suele admitir a trámite este tipo de asuntos porque entiende que su carácter eminentemente casuístico hace muy difícil la existencia de la necesaria contradicción».

jurídica (art. 9.3 CE)— no contribuye a la tarea del operador jurídico de llevar a cabo una valoración apriorística que le permita adelantar, con ciertas garantías, la respuesta que puede obtener del órgano judicial, redundado en última instancia en perjuicio de aquel que ha dejado prescribir su acción de reclamación de salarios. Por lo que parece coherente sostener una postura ecléctica al respecto, en virtud de la cual no haya que hacer frente a dicha dicotomía, optando por simultanear el ejercicio de la acción resolutoria en virtud del art. 50.1.b) ET con la acción de reclamación de salarios. Postura que ha sido defendida tanto por la doctrina científica más autorizada[284] como por el propio Tribunal Supremo[285] —no exento este último de iniciales disparidades en sus criterios[286]— y que, a título particular, considero la estrategia procesal más acertada. Así, doctrina y jurisprudencia convergen en considerar que el impago debe calificarse como definitivo una vez que el trabajador presenta la correspondiente demanda solicitando la extinción indemnizada. En ese momento se producirá la «foto fija» sobre la que ahondaremos en apartados posteriores.

Una vez presentada esta, se abre un nuevo interrogante relativo a la conducta del sujeto pasivo: ¿qué ocurre si la empresa, una vez notificada la demanda de extinción de la relación laboral por falta de pago de salarios —acumulada a una reclamación de cantidad por el importe de los mismos— decide aquietarse y opta por el abono extrajudicial de dichas cantidades? A mi juicio, para responder a dicha pregunta debemos diferenciar entre obstáculos de carácter eminentemente procesal y obstáculos en relación con el fondo de la cuestión.

En cuanto a los primeros, partiendo desde un punto de vista marcadamente civilista, podría sostenerse la tesis de que, una vez abonados los salarios debidos que sirvieron de fundamento para entablar la acción de extinción del contrato y reclamación de cantidad, se produciría una satisfacción extraprocesal y, por ende, dichas acciones decaerían por carencia sobrevenida de objeto, con base en el art. 22 LEC. Sin embargo, son constantes los pronunciamientos por parte del Tribunal Supremo que avalan la consideración en virtud del cual no cabe admitir que a través del abono de las cantidades debidas se produzca dicha consecuencia jurídica[287].

[284] SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. *El Artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. 1.ª Ed. Pamplona: Aranzadi, 2001, p. 75. ISBN 978-84-8410-540-4.
[285] Vid. STS de 17 de febrero de 1987; STS 03 de noviembre de 1988 y STS 06 de mayo de 1991.
[286] Vid. STS 23 de julio de 1987 y STCT 10 de junio de 1986.
[287] Vid. STS 629/2015, de 19 de enero (Rec. 569/2014), cuando dispone: «Puesto que el interés legítimo ejercitado ante los tribunales no se corresponde exclusivamente con el cobro de las cuantías adeudadas por el empleador, sino que también se está interesando la terminación indemnizada del contrato, es claro que

La tesis principal que sostiene dicho razonamiento, y que más adelante se tratará, se puede resumir en el hecho de que el art. 50.1.b) no solo se ejercita al amparo de un impago, sino que también puede accionarse merced de retrasos continuados. Cuestión distinta será considerar que el abono de los salarios —y sus respectivos intereses de demora al amparo del art. 29.3 ET— son presupuesto suficiente para considerar enervada la acción de reclamación de salarios, en virtud de satisfacción extraprocesal, sin que ello sea óbice para que el procedimiento continúe en base a la acción de extinción.

En definitiva, desde el plano procesal se puede afirmar que el abono de las cantidades cuyo impago determinó la interposición de la acción de extinción y reclamación de salarios es presupuesto suficiente para hacer decaer la acción tendente al abono de los mismos, pero no es un mecanismo idóneo para evitar que el juzgador pueda conocer la cuestión relativa a la extinción indemnizada, al tiempo que se le niega cualquier eficacia enervadora.

En lo que al fondo de la cuestión se refiere, la jurisprudencia no viene admitiendo la posibilidad de que el pago extemporáneo tenga una virtualidad suficiente para enervar la acción de extinción por parte del trabajador, mientras que, como sostiene la doctrina, si bien el abono extemporáneo nos situaría fuera del ámbito del impago definitivo, lo cierto es que nos seguiríamos encontrando dentro del ámbito de aplicación del art. 50.1.b), ya que los retrasos continuados también constituyen la conducta típica recogida en dicho precepto[288]. Además, el análisis de las resoluciones judiciales en la materia explica que el impago y los retrasos continuados, cada vez con más frecuencia, son tratados como una única institución. Permitir tal posibilidad equivaldría a admitir —siquiera tácitamente— que el empresario se encuentra en una posición de primacía que le permite decidir en qué momento previo a la sentencia puede llevar a cabo el abono de las cantidades y quedar exento de toda responsabilidad[289] —sin perjuicio, como se ha dicho, de los intereses de demora del art. 29.3 ET— que, a mi juicio, suponen un correctivo manifiestamente insuficiente.

Un planteamiento que, en mi opinión, choca frontalmente con la protección que el ordenamiento jurídico otorga al salario tanto desde su perspectiva constitucional (art. 35.1

el abono de los salarios o subsidios por parte de la empresa no comporta la desaparición del "interés legítimo" a que se refiere el art. 22 LEC para postular la enervación de la acción».

[288] NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. "Extinción del contrato por voluntad del trabajador (art. 50)". *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo.* Madrid: Civitas, 2000, 100, p. 1070. ISSN 0212-6095.

[289] RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Bibl. cit. p. 176.

CE)[290] como de la jurisprudencia que lo desarrolla. A modo ejemplificativo, podemos destacar las previsiones legales que exceptúan la cantidad equivalente al salario mínimo interprofesional (SMI) de aquellas rentas sobres las que un hipotético ejecutante puede proyectar su acción (art. 607 LEC). Si el titular de un crédito documentado en un título ejecutivo decide interponer una acción ejecutiva y, obteniendo la tutela judicial pretendida vía orden general de ejecución y despacho de la misma (art. 551 LEC), puede ver frustrada la satisfacción de su crédito merced de un interés público, social y superior como es la protección que el ordenamiento otorga al salario, por lo menos se podrá tolerar que la retención durante el tiempo entre que el salario debió ser abonado y su abono con carácter previo a la sentencia, sin cobertura jurídica alguna, quede exento de consecuencias más allá del pago de un interés de demora.

De igual modo, continuando con las cuestiones de fondo relativas a la posibilidad de la enervación de la acción de extinción indemnizada contenida en el art. 50.1.b), no podemos obviar que, una vez presentada la demanda por parte del trabajador, el incumplimiento quedaría «congelado»[291], se produciría la «foto fija»[292] o, en definitiva, ya habrían acontecido los hechos *ex ante* que deben ser objeto de valoración por parte del juzgador y no cabría entender que el pago extemporáneo puede derivar en la enervación de la acción[293].

Esta ha sido una cuestión controvertida, máxime cuando la propia sentencia citada *ut infra* contiene un voto particular en virtud del cual, al amparo del art. 548 LEC —y de la interpretación del mismo por parte de la Sala de lo Civil del TS[294]—, se postula la posibilidad de evaluar nuevamente el estado del impago o de los retrasos hasta la fecha del juicio, en sintonía con el citado artículo[295]. Un criterio que, lejos de circunscribirse a

[290] El artículo 35.1 de la CE reconoce a favor de los trabajadores el derecho a "una remuneración económica suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia".
[291] TODOLÍ SIGNES, Bibl. cit. p, 99.
[292] TALENS VISCONTI, Eduardo. *El procedimiento de extinción causal del contrato por voluntad del trabajador: puntos críticos.* 1.ª Ed. Albacete: Bomarzo, 2016, p. 35. ISBN 978-84-16608-33-1.
[293] Especialmente clarificadora a este respecto resulta la STS 6909/2021, de 26 de julio, en cuyo fundamento jurídico primero se dispone lo siguiente: «Otra consideración metodológica que conviene adoptar en la fundamentación de nuestra sentencia es que los impagos o retrasos en el pago a tener en cuenta en la resolución del litigio son, como es lógico, los existentes en el momento de la interposición de la demanda. Es este documento de iniciación del proceso de instancia el que contiene la pretensión rectora del mismo, y es en este momento por tanto cuando se fija el objeto de la litis».
[294] Vid. STS 05-10-1983.
[295] El voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Julia se fundamenta en dos argumentos. El primero versa sobre las notas de gravedad del incumplimiento, y es en el segundo donde hace referencia al momento en virtud del cual se consumaría el incumplimiento. Así, dispone: «Finalmente, en mi opinión, lo lógico […] es computar los retrasos continuados no hasta la fecha de presentación de la demanda, sino hasta la fecha del acto del juicio. En efecto, de no efectuarse así el cómputo, se da virtualidad a la acción de las empresas en orden al abono de los salarios que adeuden o en su caso en el retraso en el pago, antes

la opinión individualizada de un miembro de la Sala, ha tenido acogida en sentencias posteriores de la Sala de lo Social del Alto Tribunal para valorar el alcance del incumplimiento empresarial[296]. Sin embargo, en la actualidad, la doctrina de suplicación mantiene el criterio de «congelar» la situación a fecha de presentación de la demanda.

En definitiva, a la vista de los pronunciamientos judiciales referidos y que coinciden en sostener que el pago extemporáneo de las cantidades adeudadas no enerva la acción de extinción, parece coherente afirmar que lo importante no es tanto que en el momento de accionar o de dictarse sentencia se mantengan las irregularidades originarias, sino la constatación de que han existido, quedando obligado el empresario a acreditar que los pagos se han producido, eximiendo al trabajador de la tarea de probar un hecho negativo —es decir, que no ha percibido el salario—[297].

1.2. Los retrasos continuados

El abono puntual y pactado del salario al trabajador constituye uno de los elementos básicos del contrato de trabajo. Así lo recoge el artículo 4.2.f) ET y, de forma más extendida, se reitera en el art. 29.1 ET. Es una duda interpretativa muy recurrente la cuestión de si el calificativo «continuados» hace referencia únicamente a los retrasos en el abono del salario o, en cambio, afectan al impago de los mismos. Si bien es cierto que desde un punto de vista gramatical el término «continuados» solamente tiene una concordancia coherente con «retrasos», ya que impago de salario por su parte se referencia en singular[298], lo cierto es que la doctrina científica considera que la reiteración es una característica exigible de ambos supuestos en tanto que esta será determinante a efectos de ponderar la gravedad del incumplimiento empresarial[299].

Cuestiones gramaticales al margen, tal y como señalan diversos autores, si algo podemos destacar del impago de salarios y los retrasos continuados es su marcada intercambiabilidad, entendida en el sentido de que las resoluciones judiciales tratan ambos supuestos como caras de una misma moneda[300]. Un punto de vista que

---

de celebrarse el juicio y después de haberse formulado la demanda, consagrando el principio de la posibilidad de enervar la acción ejercitada por el trabajador mediante unos pagos tardíos o extemporáneos, beneficiándose de la posible dilación […]».

[296] STS 1766/2013, de 25 de febrero (Rec. 380/2012); STS 629/2015, de 19 de enero (Rec. 569/2014) y STS 1207/2015, de 27 de enero (Rec. 14/2014).

[297] SEMPERE NAVARRO y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Bibl. cit. p. 75.

[298] ÁLVAREZ GIMENO, Rafael. *Extinción causal por voluntad del trabajador*. 1.ª Ed. Granada: Editorial Comares, 2012, p. 117.ISBN 978-84-9836-929-8.

[299] SEMPERE NAVARRO y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Bibl. cit. p, 76; GONZÁLEZ DE PATTO, Bibl. cit. p. 201.

[300] Especialmente clarificador resulta el análisis jurisprudencial recogido en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Bibl. cit.

compartimos, no solo por el hecho de que la jurisprudencia utilice el art. 50.1. b) de manera unitaria, sino porque la propia figura del impago y el retraso son perfectamente compatibles y de naturaleza dinámica, porque lo que en un determinado momento puede ser calificado como impago, en otro posterior puede mutar en un retraso en el abono del mismo[301].

Sin embargo, una vez hecha una distinción entre ambas figuras y centrados en los retrasos continuados *stricto sensu*, debemos intentar diferenciar entre aquellos efectos a la sanción por mora prevista en el art. 29.3 ET y aquellos a los que, además, el ordenamiento jurídico castiga con la posibilidad de que el trabajador extinga su relación laboral con una indemnización acorde al despido improcedente.

En el primer caso, los «retrasos básicos», nos encontramos ante una premisa elemental en el derecho de las obligaciones dinerarias, independientemente de situarnos en el ámbito civil o laboral, y es que si el deudor se retrasa en el pago de la deuda, el acreedor debe ser compensado[302]. Aunque hay que reconocer que el hecho de que los intereses por deudas salariales sean de un 10 % anual y los intereses de deudas no salariales sean las equivalentes al interés legal del dinero, supone una sobreprotección necesaria habida cuenta de la naturaleza de la obligación. Una vez constatado el retraso en el impago del salario, el efecto inmediato será que el deudor deba abonar el principal debido acompañado de los intereses correspondientes[303], sin que se imponga ninguna consecuencia jurídica que pueda afectar a la pervivencia del vínculo contractual.

Ahora bien, las consecuencias derivadas del retraso en el abono del salario al trabajador no se agotan con la imposición de un interés por mora al empresario. En tal sentido, cabe traer a colación que el salario, tal y como se ha expuesto, goza de una protección mayor en nuestro ordenamiento jurídico en tanto en cuanto no se concibe únicamente como una

[301] Un ejemplo claro de lo dinámico de esta figura lo encontramos en el supuesto de la enervación ya mencionado. Un impago originario por parte del empresario puede convertirse en un retraso si, teniendo noticia de la presentación de la demanda de extinción indemnizada por parte del trabajador, procede a abonar las cantidades debidas antes de la celebración del juicio.

[302] Resulta de especial interés la justificación dada por la STS 12621/1992, de 05 de marzo, en la que se dispone lo siguiente respecto de los intereses moratorios: «No basta con entregar aquello que en su día se le adeudaba sino también lo que, en el momento en que se entrega, debe representar tal suma y ello no por tratar de una deuda de valor sino también —y aunque no lo fuera— porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir frutos […] no parece justo que los produzcan a favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, al acreedor».

[303] En cuanto al cálculo de los intereses, considero oportuno traer a colación la STS 1747/1990, de 09 de febrero (Rec. 159/1986) que se cita en VIQUEIRA PÉREZ, Carmen. *Un apunte sobre los intereses generados por deudas de la empresa en favor del trabajador* [en línea] [fecha de consulta 17 abril 2022]. Disponible en: https://elderecho.com/un-apunte-sobre-los-intereses-generados-por-deudas-de-la-empresa-a-favor-del-trabajador

obligación dineraria derivada de una relación contractual. Por ello, cuando los retrasos alcancen un determinado nivel o estadio, nos encontraríamos ante el segundo de los casos, los «retrasos agravados», y permitirá accionar el mecanismo de extinción indemnizada por parte del trabajador y reconocido en el art. 50.1.b). En este punto se puede plantear el interrogante de cómo determinar cuándo estamos ante unos retrasos básicos y cuándo ante unos retrasos agravados. De igual modo, no puede ser ajena a esta cuestión la duda sobre aquellos elementos determinantes a fin de que se produzca un salto respecto de una figura a otra y sus correspondientes consecuencias jurídicas.

El elemento determinante para pasar de una solución jurídica a otra reside en la gravedad de la conducta empresarial, sobre la que nos detendremos con mayor detalle en el apartado correspondiente. Ello no es óbice para poner en perspectiva que es una cuestión en la que, si bien se coadyuva de elementos objetivos, el peso de la causalidad es muy relevante, por lo que siempre habrá que atender a las circunstancias concretas del caso[304]. Sin perjuicio de lo anterior, se pueden señalar tres elementos o criterios inspiradores para catalogar un incumplimiento como grave.

(i) La cuantía del salario del trabajador, considerando evidente que no tiene la misma intensidad un retraso o impago en un salario que se ajusta al SMI que un salario que lo duplica o triplica con creces. Tampoco es lo mismo el impago total de un salario mínimo que el impago de una cantidad equivalente a un SMI en un salario total que lo triplica. Parece claro que en ambos casos se genera un perjuicio al trabajador, pero la situación de vulnerabilidad que experimenta el que se ve absolutamente privado de ingresos salariales frente al que únicamente los ve reducidos requiere un tratamiento más contundente y menor tolerancia de cara a extinguir la relación contractual con la indemnización prevista para los despidos improcedentes.

(ii) La reiteración temporal de los mismos, máxime cuando los retrasos esporádicos u ocasionales han sido rechazados de plano por doctrina[305] y jurisprudencia[306] como causa suficiente para acudir al instituto resolutorio. Es decir, han debido tener cierta persistencia y, en consonancia con lo expuesto, cuanto mayor sea la cuantía, menor reiteración temporal se deberá exigir.

[304] Vid. STS 4706/1998, de 13 de julio (Rec. 4808/1997) y STS 5432/1998, de 28 de septiembre (Rec. 930/1998).
[305] SEMPERE NAVARRO y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Bibl. Cit. P. 79.
[306] Vid. STS 312/1999, de 25 de enero (Rec. 4275/1997).

A modo de conclusión, parece claro que la jurisprudencia ha hecho un notorio esfuerzo para marcar unas pautas orientativas para apreciar de unos límites que permitan intuir al operador jurídico cuándo nos encontramos con unos retrasos en el abono del salario pactado que permita intuir cierto éxito en la interposición de la acción del art. 50.1.b). Sin embargo, entendemos que habida cuenta de la importancia de la materia —recordemos que estamos hablando de incumplimientos parciales en torno a una de las obligaciones principales del sinalagma contractual laboral—, parece idóneo incorporar al texto legal una regulación «de mínimos» para fijar el encomiable esfuerzo hecho jurisprudencialmente y contribuir a la seguridad jurídica.

2. Análisis del pacto como elemento nuclear del salario objeto de incumplimiento desde la perspectiva de las fuentes de la relación laboral

Habiendo llevado a cabo las oportunas disquisiciones respecto de la conceptualización de la «falta de pago» y «los retrasos continuados», conviene conocer uno de los elementos más determinantes del precepto: la referencia al adjetivo «pactado» que acompaña al salario en el tenor literal del mismo. Como presupuesto básico de un impago o un retraso en el abono de un salario, es necesario que esté determinado qué salario es el debido, y para ello habrá que analizar la coexistencia de los tres poderes reguladores de las relaciones laborales[307]: el Estado, de la mano de la Ley y los Reglamentos en base a lo dispuesto en el art. 149.1. 7ª y 35.2 CE; la autonomía colectiva, por la vía de los convenios colectivos, cuyo soporte constitucional viene dado por el art. 37.1 CE; y la autonomía individual, en base al contrato de trabajo del art. 3.1 ET. Por ello, conviene acudir a las fuentes de la relación del trabajo contenidas en el art. 3.1. ET, teniendo en cuenta que, en mayor o en menor medida, el salario objeto de pacto deberá venir recogido en alguna de ellas y de ahí se derivará la cuantía que debe ser abonada por el empresario o, en su defecto, en ausencia de abono, fundamentar el recurso a la extinción indemnizada del art. 50.1.b).

2.1. Disposiciones legales y reglamentarias del Estado

En primer lugar, del examen de dicho artículo extraemos que la primera fuente de regulación del salario pactado son las disposiciones legales y reglamentarias del

[307] ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, Lucía. "Poderes normativos y fuentes de regulación de la relación de trabajo". *Revista de Derecho Social.* Albacete: Bomarzo, 2017, 78, p. 74. ISSN 1138-8692.

Estado[308]. La norma legal por excelencia en lo relativo a la fijación del salario en el Estatuto de los Trabajadores es el art. 27, donde se encuentran las directrices a seguir en el establecimiento del salario mínimo interprofesional[309]. Desde un punto de vista técnico-jurídico cabe señalar que el precepto en sí no fija la cuantía del SMI, sino que lleva a cabo una delegación legislativa en favor del Gobierno para que lo fije en los términos del apartado 1º del artículo[310]. Asimismo, cabe destacar que se trata de una norma imperativa relativa, es decir, establece un mínimo salarial pero permite que dicha retribución sea mejorada a través de la negociación colectiva[311]. Por ello, con independencia de lo que se recoja en el convenio colectivo y el contrato de trabajo, o sea fruto de los usos y costumbres laborales, en ningún caso podrán ir contra lo dispuesto en la normativa legal y reglamentaria: la cuantía fijada para el SMI será inderogable *in peius*[312].

Podemos concluir que, en caso de la existencia de una relación laboral sin contrato de trabajo y sin perjuicio de lo que pueda ser aplicable por ningún convenio colectivo, el salario pactado será, por ministerio de la ley, el equivalente al SMI y, lógicamente, en caso de incumplimiento del abono o de retraso en el pago del mismo, podrá activarse el mecanismo extintivo del art. 50.1.b) [313]. No obstante, si bien puede quedar determinada la cuantía, la acción extintiva en estos casos alberga problemas, ya que el empresario podría alegar que hay controversia sobre la relación laboral y por ende que los salarios

[308] Aunque no se desprenda del tenor literal de la norma, se incluyen la legislación supranacional ratificada por el Estado.

[309] Como se ha dicho, este precepto es una consecuencia directa de lo contenido en el art. 35 CE, cuando establece que todos los españoles tienen derecho a una retribución suficiente. En lo relativo a su cuantía, la última modificación se produjo por medio del Real Decreto 145/2024, de 6 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2024. La cuantía fijada por tal concepto fue de 37,80 euros/día o 1.134 euros/mes, conforme se dispone en su art. 1.

[310] Es decir, teniendo en cuenta el índice de precios de consumo, la productividad media nacional alcanzada, el incremento de la participación del trabajo en la renta nacional y la coyuntura económica general.

[311] Esta relación entre disposición legal y negociación colectiva ha sido definida por MARTÍN VALVERDE, Antonio. "Concurrencia y articulación de normas laborales". *Revista de Política Social.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1978, 119, pp. 5-31. ISSN 0034-8724 como de «suplementariedad» en contraposición a la relación de "exclusión" en virtud de la ley se reserva de manera exclusiva y excluyente la regulación de una determinada materia.

[312] En el caso de contratos a tiempo parcial hay que atender el criterio de proporcionalidad entre SMI y duración de la jornada. Así, para un contrato a media jornada, lo dispuesto legalmente deberá reducirse en una proporción equivalente a la jornada realizada.

[313] En tal sentido, resulta interesante el apunte recogido por CASTRO CONDE, Macarena. La función de las normas estatales en la determinación del salario. En Macarena CASTRO CONDE. *El sistema normativo del salario. Ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y poder del empresario.* 1.ª Ed. Madrid: Dykinson, 2008, p, 85. ISBN 978-84-9772-997-8, cuando señala el supuesto de las empresas de trabajo temporal conforme a lo dispuesto en la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, ya que en su art. 11.1 se recoge que los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto.

sean debidos, cuestión que nos obligaría a acudir a un procedimiento declarativo que, además de obligar al trabajador a seguir prestando servicios —ya que no estamos estrictamente bajo el paraguas del procedimiento extintivo que permitiría la cesación anticipada en el trabajo—, no tiene en la actualidad plazos de carácter breve en cuanto a los señalamientos judiciales.

Por todo ello, y sin perjuicio de las condiciones más favorables que se introduzcan vía convenio colectivo y contrato de trabajo, parece que el mínimo legal que debe entenderse por salario pactado a efectos de una extinción indemnizada del art. 50.1.b) debe ser, como mínimo, el establecido como SMI o su equivalente en el caso de que la jornada sea parcial. La razón es que se trata de una norma inderogable por las voluntad de las partes y cuya «supletoriedad» garantiza siempre un mínimo cuantitativo a la hora de fijar la prestación económica que debe percibir el trabajador por la realización de su trabajo por cuenta ajena.

2.2. Los convenios colectivos

En segundo lugar, tenemos los convenios colectivos. La negociación colectiva y, en especial, los convenios colectivos, están refrendados por el art. 37.1 de la CE y encuentran su reflejo legislativo en el Título III del ET. Así, en atención a lo dispuesto en el art. 82.3 ET, se configura como un modelo de pacto de naturaleza normativa que no obliga solamente a las partes firmantes —como se derivaría de un pacto contractual— sino que la eficacia de los acuerdos adoptados tiene naturaleza colectiva[314] y se aplica a todos los trabajadores y empresarios que entren dentro de su ámbito de aplicación. Dicho artículo, igual que contiene la regla general, prevé un sistema excepcional en virtud del cual la empresa puede inaplicar las condiciones que vienen reflejadas en el convenio en materia salarial cuando concurran causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o por acuerdo de empresa mediante el mecanismo de descuelgue salarial[315].

A la hora de determinar el salario pactado a efectos de una hipotética acción al amparo del art. 50.1.b), habrá que atender como mínimo al SMI, pero lo cierto es que en la actualidad la materia salarial es el punto álgido de cualquier negociación colectiva, un elemento especialmente para las partes negociadoras, por lo que es habitual que el salario

[314] Dispone el art. 82.3 ET en su párrafo primero: «Los convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia».

[315] En tal sentido, no se podrá fundamentar una extinción del art. 50.1.b) por una falta de pago o retrasos continuados tomando como base el salario recogido en el convenio colectivo si previamente ha mediado un descuelgue salarial, ya que las cantidades convencionales no serán exigibles al empresario.

mínimo según convenio, sobre todo en determinados grupos profesionales, sea relativamente superior al SMI. No podemos olvidar que el SMI, como su propio nombre indica, recoge mínimos, y su suficiencia, en determinados contextos sociales y económicos, es cuestionable, por lo que lo ideal es que ningún convenio colectivo guarde grandes similitudes con las cantidades relativas al SMI. Y que, estando fijado el salario en las tablas salariales propias de la negociación colectiva, el SMI debe quedar relegado a un posición secundaria como elemento «supletorio».

Cabe recordar que la acción resolutoria aquí tratada únicamente es posible cuando se trata de conceptos salariales. Además de las cuantías correspondientes al salario base determinadas en las tablas salariales de un determinado convenio y que modifiquen al alza la cuantía del SMI, la importancia del convenio colectivo reside también en atención a los complementos salariales que reconoce y a la naturaleza que se les atribuya, pudiendo ser posible que un determinado convenio reconozca un complemento salarial y otro extrasalarial. Esta cuestión será tratada con más detenimiento en el apartado correspondiente.

Establecida la estructura salarial, el salario a percibir por el trabajador y el incumplimiento de su pago o los retrasos continuados en el abono del mismo justificarán la pretensión extintiva del art. 50.1.b) siempre y cuando concurran los requisitos jurisprudenciales al efecto, según un triple criterio objetivo, temporal y cuantitativo. En lo que al convenio extraestatutario se refiere, cuya fundamentación legal se recoge en los art. 7 y 28 de la CE en relación con el art. 37 CE, se trata de otro instrumento negocial con la suficiencia necesaria como para determinar la cuantía salarial que posteriormente pueda ser objeto de extinción indemnizada con las salvedades propias de la jerarquía normativa. Es decir, no podrá contradecir *in peius* lo dispuesto en normativa legal ni empeorar la condiciones que se establezcan mediante un convenio estatuario vigente o en situación de ultraactividad[316].

Por lo tanto, ante la inexistencia de un pacto contractual, la cuantía mínima que tendrá que abonar el empresario al trabajador será la establecida en el convenio colectivo de aplicación. Como excepción encontramos los supuestos donde haya habido un determinado descuelgue salarial y la cuantía sea inferior. Producido su impago o el retraso en el abono de dichas cuantías con las notas de gravedad necesarias, será susceptible de ser activado el recuso a la extinción indemnizada del art. 50.1.b).

[316] Vid. STS 4711/2007, de 01 de junio (Rec. 71/2006).

2.3. El contrato de trabajo

En tercer lugar, dispone el art. 3.1. ET que será fuente de la relación laboral *«la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados»*. La autonomía individual está influenciada como consecuencia de la tradicional desigualdad de las partes a la hora de negociar las condiciones del desarrollo de la prestación laboral, lo que limitará el margen de negociación individual de las partes contratantes. Por medio del contrato de trabajo podrán mejorarse las cuantías acordadas en la negociación colectiva para el caso de que esta ya mejore lo dispuesto reglamentariamente en concepto de SMI. Asimismo, podrán introducirse aquellos complementos que se estimen convenientes y también condiciones más beneficiosas que finalmente ingresen en el acervo patrimonial del trabajador con carácter definitivo.

Por lo tanto, una vez determinadas las estipulaciones salariales que van a regir la relación laboral, estas serán plenamente exigibles y su impago o retraso continuado podrá justificar el acceso a la extinción indemnizada del art. 50.1.b). No obstante, con cierta frecuencia se plantea la controversia de si, al igual que las partes son libres para introducir aquellas estipulaciones que se estimen convenientes, también gozan de libertad para renunciar a ellas una vez producido su devengo. Y, más concretamente, si es indisponible el derecho a percibir el salario como prestación del trabajo realizado. Esto tiene una influencia determinante en la institución resolutoria, ya que decaería la exigibilidad necesaria para acudir a la extinción indemnizada, siendo esto aplicable no solo a lo determinado contractualmente, sino también mediante negociación colectiva o disposición legal.

La doctrina de suplicación mayoritaria[317] opta por sostener que lo indisponible es el derecho a percibir el salario, es decir, no se puede trabajar gratis. En cuanto a la cuantía, esta podrá ser renunciable en aquella cantidad que exceda del mínimo dispuesto legal o convencionalmente sobre la base de que no estamos ante una renuncia de derechos prohibida por la ley, sino ante una válida disposición de derechos patrimoniales sobre los que el trabajador puede disponer válidamente a su conveniencia, excluyéndose del art. 3.5 ET la determinación de la cuantía a percibir (siempre que no contravenga los mínimos fijados legal o convencionalmente).

[317] Cfr. STSJ Extremadura 202/2011, de 01 de febrero (Rec. 622/2010); STSJ Castilla y León, de 19 de diciembre (Rec. 1168/1995); STSJ Galicia, de 29 de octubre (Rec. 1643/1998).

Así, en el hipotético caso que hubiera mediado acuerdo entre el trabajador y el empresario para reducir la cuantía a percibir, posteriormente no puede alegarse que se trate de una materia indisponible para el trabajador, quedando dicha cantidad exenta de valoración judicial para determinar la gravedad de los impagos o los retrasos continuados. Por lo tanto, no sería factible desnaturalizar una acción extintiva al amparo del art. 50.1.b) en base a una renuncia del salario por parte del trabajador en cantidades que supongan cobrar una cuantía inferior, puesto que, al ser indisponible, es indiferente la voluntad del trabajador.

2.4. Los usos y costumbres locales y profesionales

Finalmente, concluye con los usos y costumbres locales y profesionales**.** Su regulación se encuentra en el apartado d) del art. 3.1 ET y su aplicación únicamente tendrá virtualidad alguna en defecto de disposición legal, convencional o contractual. Por lo tanto, desde un primer momento se está indicando el carácter residual de dicha institución[318]. No obstante, la excepción se encuentra en aquellos supuestos que cuenten con una recepción o remisión expresa[319]. Desde el punto de vista civil, el art. 1 CC la reconoce como fuente del derecho supletoria de la norma escrita y que, como presupuesto básico de su operatividad y conforme a lo dispuesto en el apartado tercero del citado artículo, requiere ser probada.

Más allá de planteamientos teóricos generalistas en torno a dicha institución jurídica, a fin de no desbordar el objeto de este trabajo, conviene conocer qué influencia pueden tener los usos y costumbres locales y profesionales respecto a la extinción contractual del art. 50.1.b). En primer lugar, resulta indudable la posibilidad de que en el marco de la relación laboral entre el empresario y el trabajador se incorporen al patrimonio de este último elementos de carácter salarial que no estén recogidos en ninguna disposición legal, convencional o contractual. Y, más concretamente, las condiciones más beneficiosas, que serán desarrolladas posteriormente, sin que ello sea óbice para que se hagan una serie de precisiones de carácter introductorio.

La condición más beneficiosa puede tomar la forma de un complemento retributivo otorgado por el empresario de manera voluntaria, continuada y libre que venga dada por

[318] FOLGUERA CRESPO, José Ángel. "Costumbre normativa, práctica empresarial y regulación de la prestación de trabajo". *Diario La Ley*. Madrid: La Ley, 2008, 7024. p. 17. ISSN 1989-6913.
[319] Ejemplo de esta remisión es, por ejemplo, la que se produce en el art. 20 ET cuando se dispone sobre la diligencia y el rendimiento debido del trabajador, el art. 29.1 ET a la hora de regular sobre el lugar y pago del salario o el art. 49 del mismo cuerpo legal, al tratar el preaviso necesario en los casos de dimisión.

una costumbre sostenida en la empresa a lo largo del tiempo[320]. Por lo que, *prima facie*, puede sostenerse la posibilidad de que se produzca la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador en base a la falta de pago o retrasos continuados en el abono de la condición más beneficiosa adquirida conforme a los usos y costumbres profesionales. Cabe advertir de las dificultades que pueden derivarse de cara a librar una serie de obstáculos, como puede ser la no controversia de la deuda salarial, ya que tanto las condiciones más beneficiosas como los usos y costumbres pueden llevar aparejada una dificultad probatoria que impida determinar su exigibilidad o, de igual modo, que la cuantía tenga la suficiente entidad como para entender dicho impago o retraso continuado como grave.

En segundo lugar, si observamos el art. 29.1 ET podemos constatar cómo, en lo relativo a la liquidación y al pago del salario, se dispone expresamente que se llevará a cabo conforme a los usos y costumbres, añadiendo que en caso de que sean retribuciones periódicas y regulares —por ejemplo, la nómina mensual—, no podrá exceder de un mes. Se habilita a que el uso o costumbre de la empresa sea el abono de los haberes del trabajador con antelación al plazo legal de un mes. Dicha cuestión tendrá una influencia directa a la hora de calificar los retrasos continuados puesto que, de existir dicha costumbre y quedar acreditada, el devengo no tendrá por qué comenzar en sintonía con lo dispuesto legalmente, sino que se le podrá exigir al empresario que mantenga el abono con la frecuencia que venía siendo propia en la empresa so pena de incurrir en mora o, determinada la gravedad, activar el mecanismo de la extinción indemnizada.

3. Concepto, caracteres y naturaleza jurídica del salario. Problemas derivados del salario en especie y conceptos remuneratorios atípicos

3.1. Salario base y complementos salariales

Si partimos de la premisa de que la causa resolutoria contenida en el art. 50.1.b) se refiere a anomalías en torno al pago de los conceptos de naturaleza salarial, se hace necesario definir, de manera somera y sin ánimo de exhaustividad, la conceptualización legal de salario. Como cuestión previa, cabe remarcar una precisión terminológica al respecto y es que, a lo largo del Estatuto de los Trabajadores, se utilizan indistintamente distintos

[320] Vid. STSJ Andalucía 9648/2020, de 09 de julio (Rec. 343/2020), en la que se estima una demanda interpuesta por los trabajadores en la que se solicitaba la consideración del abono de la gratificación de 30 € que venía siendo realizado por las sucesivas empresas adjudicatarias del servicio 112 desde el inicio del servicio, como una condición más beneficiosa otorgada conforme al uso y costumbre desde el inicio, y que no podría ser eliminada de manera unilateral por parte de la empresa.

términos para referirnos al concepto «salario». Así, el art. 4.2.f) hace referencia al mismo como «remuneración», los arts. 11.1.e) y 17.1 ET lo catalogan como «retribución», mientras que los arts. 26.1 y 55.2 del mismo cuerpo legal sí que se refieren al mismo como «salario»[321].

En este texto utilizaremos el término «retribución» para referirnos al conjunto de percepciones económicas que recibe el trabajador para, posteriormente, diferenciar entre: i) partidas salariales, cuya función principal es remunerar al trabajador por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena; y ii) partidas extrasalariales, que resarcen al trabajador por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral e incluyen aquellas prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos[322].

Como se ha dicho, es de vital importancia tener presente que únicamente podrán fundamentar la extinción indemnizada aquellas partidas estrictamente salariales, por ello, los análisis que se hagan con posterioridad partirán siempre de la determinación del carácter salarial o extrasalarial del concepto analizado, puesto que, en caso de que se determine que no tiene naturaleza salarial, sería inútil plantearse la gravedad o la continuidad, puesto que va más allá de lo aquí estudiado.

Una vez establecido lo anterior, es necesario conocer con mayor detalle qué conceptos se incluyen dentro de las partidas salariales, destacando por un lado el salario base, cuya función principal es la de remunerar al trabajador por unidad de tiempo, de obra o ambas[323]; y por otro lado los complementos salariales, que se subdividen en base a las circunstancias específicas. Existen: a) complementos salariales personales, que atienden a las circunstancias propias del trabajador[324]; b) complementos relativos al puesto de trabajo, los complementos de cantidad y calidad[325]; y c) los complementos vinculados a

[321] Tal y como se recoge en CASTRO CONDE, Macarena. *El sistema normativo del salario.* 1.ª Ed. Madrid: Dykinson, 2007, p. 87. ISBN 978-84-9772-997-0, sin perjuicio de las denominaciones que, a un determinado instituto jurídico, como en este caso es el salario, puedan otorgarle las partes o la ley, siempre rige el «principio de oficialidad», en virtud del cual procederá determinar si la calificación dada a un determinado concepto coincide efectivamente con la realidad del mismo.

[322] A fin de ahondar en las diferencias entre percepción salarial y extrasalarial, se recomienda la STS 2489/2010, de 16 de abril (Rec. 70/2009).

[323] Sin perjuicio de la delimitación teórica, a efectos prácticos la mayoría de convenios colectivos optan por un sistema de retribución en base a la unidad de tiempo.

[324] Por ejemplo, complementos por antigüedad, por posesión de titulaciones o por conocimiento de idiomas, entre otros. En relación con el primero de ellos, se cita la STS 3122/2005, de 16 de mayo (Rec. 2425/2004), ya que lleva a cabo una recapitulación de la doctrina de la Sala sobre dicho complemento especialmente ilustrativo.

[325] A modo ejemplificativo, complementos de peligrosidad, complemento de puntualidad y asistencia o el complemento de turnicidad.

la situación y resultados de la empresa[326]. Sin olvidar las pagas extraordinarias, cuya naturaleza salarial es indiscutible.

Así, si el art. 50.1.b) ET establece como causa de extinción indemnizada el impago de salarios y, como se ha visto, independientemente de su denominación, este atiende tanto al salario base como a los complementos salariales y las pagas extraordinarias, podemos sostener, *prima facie*, que el incumplimiento grave en el pago de cualquiera de estos es causa suficiente para solicitar la extinción de la relación contractual con una indemnización equivalente al despido improcedente. Ahora bien, hay que tener las respectivas cautelas. Sin ánimo de hacer un recorrido por la casuística que puede rodear a la efectiva percepción de dichos complementos, se erige como obligatoria la plena observancia de dos elementos clave: la voluntad de la partes y la consolidación de los complementos, ya que la viabilidad de la acción de extinción puede venir determinada en gran medida por la existencia de ellos[327].

Así, los complementos salariales únicamente serán exigibles —y por tanto el impago de los mismos podrá sustentar la extinción indemnizada— siempre y cuando se hayan pactado ya que, de no ser así, lógicamente los mismos no serán exigibles. Lo mismo ocurrirá con los complementos relativos al puesto de trabajo y resultados de la empresa. Una vez desaparecidos los elementos fácticos que los originan, los complementos igualmente decaen salvo que se haya pactado su consolidación[328], con la única excepción de los complementos personales —salvo pacto contrario—. Sin perjuicio de lo anterior y a efectos eminentemente prácticos, conviene hacer un análisis pormenorizado del complemento salarial en sí antes de llevar a cabo una acción tendente a la extinción indemnizada por parte del trabajador, puesto que la calificación jurídica de los mismos no es una cuestión pacífica y puede estar determinada por diversas circunstancias en supuestos aparentemente iguales[329].

---

[326] Pudiéndose citar la conocida como «paga por beneficios», cuyo devengo estará supeditado a la efectiva consecución de los objetivos económicos por parte de la empresa. Cabe hacer referencia a la STS 8372/2007, de 14 de noviembre (Rec. 616/2007), en la que se sostiene la tesis de que, si los objetivos dependen exclusivamente de su valoración por parte de la empresa, el trabajador siempre tiene derecho a ellos.

[327] ALFONSO MELLADO, Carlos Luis. *GPS Laboral. Guía profesional.* 7.ª Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 512. ISBN 978-84-1378-830-2.

[328] Sobre la consolidación de los complementos salariales se recomienda la STS 1524/2006, de 24 de febrero (Rec. 119/2004), en la que se analiza un supuesto relativo a la consolidación de los complementos salariales relativos al puesto de trabajo.

[329] A modo de ejemplo, tal y como se recoge en ALFONSO MELLADO, Bibl. cit., p. 513, con expresa cita de las STS 6327/2008, de 20 de octubre (Rec. 3801/2007), cuando señala que los complementos salariales podrán encuadrarse dentro de una u otra categoría en función de la fuente que los origina, citándose como

Lo mismo sucede con la gravedad. La naturaleza salarial es un requisito inexcusable, pero debe conjugarse con las notas de gravedad necesarias y, teniendo en cuenta que la mayoría de los complementos salariales son cuantías manifiestamente inferiores —en comparación, por ejemplo, al salario base—, requerirá que se haga un análisis *ex ante* sobre la gravedad de su impago o retraso en el abono, ya que, al ser cuantías menores y al eliminar el criterio cuantitativo, habrá que tener en cuenta el criterio temporal y probablemente, en atención a los criterios jurisprudenciales que rigen en la actualidad, el trabajador deberá tener una mayor tolerancia antes de acudir a la institución extintiva del art. 50.1.b).

3.2. Salarios relativos a periodos de inactividad

En términos generales, al abordar los salarios relativos a periodos de inactividad, no puede partirse de las premisas propias de las teorías contractualistas según las que el pago del salario responde única y exclusivamente a la efectiva prestación de servicios por parte del trabajador. Como su propio nombre indica, los salarios de inactividad se reciben en ausencia de trabajo efectivo, por lo tanto, difícil encaje tendría dicha retribución en los términos de esta tesis de marcada influencia civilista y, en virtud de la cual, una vez que el trabajador deja de prestar sus servicios, la sinalagmaticidad se rompe y el empresario queda liberado de la obligación de abonar el salario. La importancia respecto a la extinción indemnizada es notoria ya que, de aceptarse esta tesis, nos encontraríamos ante supuestos en los que no habría ninguna obligación empresarial y, por lo tanto, no serían exigibles, quedando completamente ajenos a la figura extintiva del art. 50.1.b).

Junto con la teoría contractualista, se ha propugnado la denominada tesis de la puesta a disposición. Conforme a esta, y tratando de subsanar determinadas contradicciones y vacíos argumentales referentes a diversas cuestiones de la tesis contractualista, se parte de la premisa de que la obligación salarial por parte del empresario no se devenga a consecuencia de la efectiva prestación de servicios por parte del trabajador, sino por, como su propio nombre indica, la mera puesta a disposición de este, es decir: no por el efectivo aprovechamiento de la mano de obra o fuerza de trabajo del operario sino por la posibilidad de poder recurrir, cuando así lo requiera, a su efectivo aprovechamiento.

Desde el punto de vista de la extinción indemnizada, la viabilidad de una acción en este sentido, con fundamento en los retrasos o en el impago de salarios relativos a periodos de

ejemplo el complemento por idiomas, que podrá venir determinado por la cualidad del trabajador o por las necesidades estructurales del efectivo puesto de trabajo.

inactividad, cobra importancia según este planteamiento, ya que si en la tesis contractualista se le niega cualquier tipo de existencia y/o exigibilidad, en los contornos de la tesis de la puesta a disposición, el nacimiento de la obligación se tiene por existente y la naturaleza salarial por indubitada, quedando por determinar únicamente la entidad de la gravedad. En apoyo de esto tenemos el supuesto de mora *accipiendi* del empresario recogido en el art. 30 ET en conexión con el art. 4.2.a), cuando no existiendo prestación efectiva de trabajo —por causas imputables a aquel y no al trabajador— este conservará el derecho al cobro del salario en los supuestos relativos a los tiempos de espera y de presencia, donde nuevamente existe puesta a disposición y permanece incólume la obligación del pago de salario por parte del empleador aunque no haya efectiva prestación de servicios[330].

Llegados a este punto, cabe plantearse si se puede hablar de salarios de inactividad cuando ni siquiera existe una verdadera puesta a disposición o si se puede fundar una extinción indemnizada en base a los permisos retribuidos contenidos en los arts. 37.3 ET. Partiendo de las tesis expuestas podría pensarse que no, ya que no se trata de una prestación efectiva de trabajo ni el trabajador se encuentra a disposición del empresario. Se ha hecho un encomiable esfuerzo doctrinal para justificar la obligación de abonar dichos periodos en base a la teoría del trabajo dependiente y por cuenta ajena, en virtud de la cual la prestación de servicios subordinada por parte del trabajador es también causa del contrato de trabajo y se debe tener en cuenta por encima de las tareas que efectivamente desempeñe, justificando así el pago de los salarios aún en ausencia de trabajo efectivo y de disponibilidad[331].

En mi opinión, considero que la justificación detrás de la creación de una ficción jurídica[332] en virtud de la cual se mantenga la obligación empresarial del pago del salario, aun no cumpliendo el trabajador con ninguno de los dos presupuestos básicos de su obligación, viene dada por la subsunción del art. 37.3 ET bajo el paraguas del art. 1.1 CE. Así, si analizamos los supuestos contenidos en este texto legal, encontramos que estos responden a situaciones de carácter extraordinario y cuya protección excede del ámbito

[330] Art. 8.1 y 8.3 del RD 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo; art. 7.1 RD 1424/1985, sobre la relación laboral especial de servicios del hogar familiar; arts. 7 y 8 del RD 1435/1985, sobre la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos; art. 20 del RD 371/1987, sobre la relación laboral de estibadores portuarios.

[331] MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín. *Derecho del trabajo.* 6.ª Ed. Madrid: Tecnos, 1997, p.151. ISBN 978-84-3097-979-0.

[332] Término utilizado por BASTERRA HERNÁNDEZ, Miguel. *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso.* 1.ª Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 211. ISBN 978-8491430940.

de la relación laboral: el matrimonio (art. 32 CE), el fallecimiento o enfermedad de parientes (art. 18.1 CE), el deber inexcusable de carácter público y personal (art. 23 CE), el nacimiento por hijo (art. 39 CE), la realización de funciones sindicales (art. 28.1) o el traslado del domicilio habitual (art. 47 CE) son supuestos de una trascendencia tan relevante que no pueden quedar vacíos de contenido ante la obligación de prestar el trabajo efectivo o estar a disposición del empresario.

Por lo tanto, sin desconocer que el ejercicio de estos derechos constitucionales —y fundamentales algunos de ellos— se encuentran limitados por la libertad de empresa (art. 38 CE) y por la regla general de que ningún derecho es ilimitado, esto sí que, a mi juicio, justifica *per se* la creación de una ficción jurídica que permita percibir el salario sin prestar el trabajo efectivo y, siendo exigible el salario, se permite entrar a ponderar la gravedad del impago o de los retrasos continuados en orden a fundamentar una extinción del art. 50.1.b) en base a los mismos. Ahora bien, que la acción sea viable no significa que el éxito de la pretensión sea sencillo, ya que los días de permiso son periodos bastante cortos cuyo impago no serían tributario, por sí solo, de las notas de gravedad necesarias. En otras palabras, no tendría visos de prosperabilidad una acción que se funde única y exclusivamente en el impago de 15 días naturales en caso de matrimonio, ya que el criterio cuantitativo para apreciar la gravedad discurre por lapsos temporales más amplios[333].

Por otro lado, al tratar los periodos de inactividad, el supuesto por excelencia donde no se produce prestación efectiva de trabajo ni tampoco puesta a disposición por parte del trabajador son las vacaciones anuales, que se encuentran recogidas en el art. 38 del ET[334] y en el Convenio 132 de la OIT, pudiendo ser definidas como: «Derecho contractual de todo trabajador, consistente en la interrupción anual de la prestación de trabajo con carácter retribuido durante un tiempo prolongado, cuya duración se concreta en función del periodo de trabajo efectivo desarrollado dentro del lapso anual, todo ello con el objetivo tanto de facilitar un periodo de tiempo de descanso para permitir la recuperación

[333] Así, por ejemplo, en la ya citada STS 4593/2009, de 10 de junio (Rec. 2461/2008), se estima el derecho a la extinción indemnizada cuando concurren retrasos de 15 días durante cuatro años, lo que nos adelanta una idea de la persistencia que debe darse en el incumplimiento para que la pretensión pudiera ser estimada.
[334] Se deriva del art. 40.2 CE y recibe una influencia directa de la ya derogada Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo; y de la vigente Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Unas directivas que, como se indica en ORTEGA LOZANO, Pompeyo G., y GUINDO MORALES, Sara. "Status questionis sobre el derecho a las vacaciones anuales retribuidas del trabajador". *Revista Española de Derecho del Trabajo.* Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2019, 221, p. 191. ISSN 2444-3476, a su vez bebe del art. 158 TFUE cuando establece que: «Los Estados miembros procurarán mantener la equivalencia existente entre los regímenes de vacaciones retribuidas».

física y psíquica del trabajador, como para que pueda disfrutar de periodos de ocio y de esparcimiento»[335], y cuya retribución hoy día está fuera de toda duda.

Hoy en día, el derecho a unas vacaciones retribuidas puede considerarse como un principio del derecho social comunitario[336]. Teniendo claro que el periodo de vacaciones debe ser retribuido, puede concluirse que el impago de las mismas puede ser susceptible de incluirse en la extinción por voluntad del trabajador del art. 50.1.b). Ahora bien, habrá que determinar unas reglas básicas sobre la cuantía de las mismas para poder valorar qué cantidad es exigible al empresario, ya que, como se verá en el apartado correspondiente, se excluye del ámbito de la extinción indemnizada aquellas cuantías que carezcan de gravedad o cuya exigibilidad esté en entredicho.

En este sentido, la primera pregunta pertinente es si la retribución del periodo de vacaciones puede ser inferior a la retribución normal del trabajador por aquello que el trabajador ni está a disposición del empresario ni realiza trabajo efectivo alguno. La jurisprudencia nacional ha ido modulando su postura: en un primer momento se sostenía que la retribución de las vacaciones debía quedar al arbitrio de las partes en base a lo que las comisiones negociadoras pactaran en el convenio colectivo de aplicación, y únicamente es ausencia de pacto al respecto, debía acudirse supletoriamente a pagar al trabajador la retribución propia de la jornada ordinaria o la media de esta[337]. Por lo tanto, el trabajador que de forma sistemática sufriera impagos del salario durante el periodo vacacional, debía fundamentar su acción en la cuantía correspondiente recogida en el convenio colectivo asignada para el mes de vacaciones —con las salvedades expuestas.

Este se mantuvo hasta que la jurisprudencia europea[338], en interpretación de la Directiva 2003/88/CE, consideró que cualquier norma —incluidos convenios colectivos— que disminuyera la retribución de las vacaciones en comparación con la retribución que de forma ordinaria perciba el trabajador mientras presta servicios de manera efectiva, debía entenderse como contraria a la misma[339]. Así, el trabajador cuyo convenio colectivo marcara un salario para el mes vacacional por debajo de su retribución ordinaria y hubiera

[335] GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. "Elementos delimitadores del derecho a vacaciones". *THEMIS: Revista de Derecho.* Madrid: Asociación Civil THEMIS, 2014, 65, p. 63. ISSN 1810-9934.
[336] Vid. STJUE, de 26 de junio de 2001 (C-173/99) cuando dispone: «De lo anterior se deduce que el derecho de cada trabajador a vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social comunitario de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos en la propia directiva».
[337] Vid. STS 867/2007, de 02 de febrero (Rec. 57/2006).
[338] Vid. STJUE, de 22 de mayo de 2014 (C- 539/12).
[339] Vid. STJUE, de 11 de noviembre de 2021 (C-217/20).

sufrido impagos o retrasos continuados, debía cifrar el impago en la cuantía que ordinariamente recibiera y no aquella establecida en la norma convencional. La meritada jurisprudencia no tardó en calar en la jurisdicción nacional[340] y comenzó a cuestionarse el planteamiento que hasta entonces mantenía el Tribunal Supremo sobre la cuestión.

3.3. Condiciones más beneficiosas de carácter salarial

Las condiciones más beneficiosas de carácter salarial constituyen un principio de origen jurisprudencial que se asienta en la autonomía de la voluntad de las partes conforme a lo dispuesto en el art. 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, y suponen una mejora frente a lo dispuesto legal o convencionalmente[341]. Dicha condición puede venir reflejada en una mejora sobre las percepciones salariales que reciba el trabajador, por lo tanto, producido su impago o retrasos continuados en su abono, serían susceptibles de activar el mecanismo extintivo del art. 50.1.b) cuando concurran las oportunas notas de gravedad. Ahora bien, como posteriormente se verá, uno de los requisitos para que prospere la pretensión extintiva es que la deuda se encuentre determinada y no exista controversia, siendo precisamente la determinación de la existencia o no uno de los puntos más conflictivos en torno a la institución de la condición más beneficiosa.

Así, haciendo un repaso a la doctrina jurisprudencial[342] predominante sobre las condiciones más beneficiosas, la mayor conflictividad que se plantea en los tribunales de instancia y que posteriormente terminan en suplicación vienen dados por la discusión sobre si es una concesión graciosa del empresario, una mera liberalidad, una tolerancia patronal o concurre una voluntad empresarial[343]. A tal fin, hay que tener en cuenta que para que la condición más beneficiosa se encuentre determinada no basta únicamente su persistencia en el tiempo[344], y que el hecho de que la misma le sea otorgada a un trabajador

[340] Vid. SAN 3547/2014, de 17 de septiembre (Rec. 194/2014).
[341] Vid. STS 3370/2008, de 12 de mayo (Rec. 111/2007).
[342] Por todas, Vid. STS 753/2018, de 21 de febrero (Rec. 1322/2016), en la que se hace un repaso jurisprudencial a las principales resoluciones recaídas en unificación de doctrina por parte de la Sala IV.
[343] Vid. STS 6631/2011, de 22 de septiembre (Rec. 204/2010) cuando establece: «En todo caso ha de tenerse en cuenta que lo decisivo es la existencia de voluntad empresarial para incorporarla al nexo contractual».
[344] Vid. STS 5933/2004, de 24 de septiembre (Rec. 119/2003), al señalar lo siguiente: «No basta, por tanto, la repetición o la mera persistencia en el tiempo del disfrute de la concesión, sino que […] descubra la voluntad empresarial de un introducir un beneficio».

no implica *per se* que se le deba otorgar a los restantes[345], aunque ello no sea óbice para que se pueda propugnar su disfrute colectivo[346].

Como vemos, el reconocimiento de la existencia de una condición más beneficiosa, salvo que conste detalladamente recogida por escrito —lo cual no es lo común en la práctica habitual—, supone que más que probablemente la primera respuesta que se reciba a dicha pretensión por la parte empresarial sea negar su existencia y negar la concurrencia de una voluntad inequívoca de concesión por parte del empresario. Lo cual, salvo flagrantes supuestos en los que la negativa no viene acompañada de justificación alguna, será presupuesto suficiente para que se desestime la pretensión extintiva del art. 50.1.b).

En conclusión, sin negarle la virtualidad necesaria para activar el mecanismo extintivo cuando dicha mejora tenga carácter salarial[347] y una gravedad suficiente en lo relativo al incumplimiento, sí que deben tomarse las oportunas cautelas a la hora de fundamentar una acción extintiva en ellas según lo mencionado, que se puede resumir en el siguiente punto: i) Salvo que el pacto conste por escrito o traiga causa de un procedimiento declarativo anterior, es muy probable que la viabilidad se vea en entredicho ante la negativa empresarial a reconocer dichas cantidades como una condición más beneficiosa.

3.4. La problemática relativa a la naturaleza jurídica del salario en especie

La normativa laboral actual no ofrece una definición clara de lo que debe ser entendido por salario en especie. En tal sentido, encontramos el art. 26.1 ET, cuya dicción literal únicamente indica que se trata de una modalidad salarial y, en el párrafo siguiente, que se halla sometida a una limitación máxima del 30 % del salario. Por ello, converge la doctrina en otorgar una definición negativa al respecto, entendiendo por salario en especie toda percepción económica distinta del dinero y recibida por el trabajador.

Como modalidad salarial, su impago es susceptible de ser subsumido dentro de los contornos de la extinción indemnizada del art. 50.1.b). Sin embargo, al no venir enumerado como tal en el Estatuto de los Trabajadores, es necesario acudir a textos legales que nos puedan servir de criterio orientador a la hora de valorar una determinada contraprestación al trabajador, ya que, sin obviar el criterio en base al cual ante la duda

[345] Vid. STS 9210/2002, de 14 de mayo (Rec. 1286/2001), cuando se pronuncia de la siguiente manera: «La condición más beneficiosa se incorpora al nexo contractual de aquellos trabajadores a quienes se concedió y, por ello, la empresa no está obligada a aplicarlo a otros».
[346] Vid. STS 6669/1999, de 25 de octubre (Rec. 4937/1998), al señalar lo siguiente: «Son posibles las denominadas condiciones más beneficiosas de disfrute colectivo, otorgadas por el empresario a una pluralidad de trabajadores o a todos ellos».
[347] En caso contrario, habrá que acudir al mecanismo extintivo recogido en el apartado c) del art. 50.1 ET.

sobre la calificación debe optarse por la salariedad, hay que estudiar cada caso. Sin perjuicio de lo anterior, en base al art. 43 LIRPF y 23 RGCLSS, vamos a ver algunos de los supuestos encuadrables dentro de esta categoría salarial y que con más frecuencia se plasman las relaciones laborales, teniendo en cuenta que lo establecido en dichos artículos se dispone a los efectos de su concreto ámbito de aplicación y que no pueden equipararse las calificaciones a efectos de cotización o tributación con las calificaciones a efectos salariales.

El primero consiste en la utilización de vivienda facilitada por la empresa sin coste para el trabajador. Lo determinante en este caso para valorar su carácter salarial —y si por ende puede ser objeto de la extinción indemnizada del art. 50.1.b) ET— requiere descender al régimen jurídico en virtud del cual se produce la concesión de la vivienda para así determinar su carácter salarial o extrasalarial, puesto que, en este segundo caso, no sería susceptible de ser subsumido en dicho artículo. Como regla general podemos sostener que, siempre y cuando no medie el pago de la renta por parte del trabajador, estaremos ante un salario *in natura* cuya cuantificación será el importe del alquiler[348]. Ahora bien, se trata de una premisa general y apriorística, puesto que habrá que hacer un análisis pormenorizado de cada situación concreta ya que, en el caso de que la vivienda resulte imprescindible para el desarrollo de la profesión, tendrá carácter extrasalarial[349] y, por el contrario, si la cesión de la misma permite su uso a título particular, sí que nos encontraremos ante una retribución de carácter salarial susceptible de activar el mecanismo de la extinción indemnizada[350].

En segundo lugar, el uso del automóvil facilitado por la empresa. La entrega al trabajador de un vehículo constituye uno de los supuestos de salario en especie más usuales dentro de la práctica habitual[351]. Sin embargo, a la hora de poder subsumir su impago dentro de los contornos del art. 50.1.b), deberemos delimitar en un primer momento cuándo su puesta a disposición tiene un carácter remuneratorio o, por el contrario, cuándo goza de una naturaleza extrasalarial. Y, posteriormente, proceder a su cuantificación. Es un

[348] CAMPS RUIZ, Luis Miguel. Arrendamiento de vivienda y contrato de trabajo. *Actualidad Laboral*. Madrid: Wolters Kluwer, 1, 1996, pp. 259-275, p. 262.
[349] STSJ Castilla La Mancha de 12 de julio de 1994: «Cuando en función del trabajo prestado, el trabajador tenga obligación de residir en la explotación agrícola o ganadera, tendrá derecho a que el patrono le facilite, con independencia del salario, casa o vivienda, para sí y para sus familiares».
[350] Tal y como recoge FERNÁNDEZ PROL, Francisca *El salario en especie*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, p. 55. ISBN 978-84-8456-092-0. Especialmente interesante a efectos de diferenciar entre la concesión de vivienda en concepto de suplido o a efectos retributivos resulta la STSJ Madrid de 27/01/2000.
[351] SAMPEDRO GUILLAMÓN, Vicente. Los supuestos del salario en especie. En: Luis Enrique DE LA VILLA GIL, coord. *Estudios sobre el salario*. ACARL, 1993, p. 418. ISBN 978-84-604-7028-8.

criterio pacífico por parte de la doctrina de suplicación el hecho de que, si la puesta a disposición del vehículo se ha llevado a cabo para su uso exclusivamente particular, nos encontraremos ante una retribución de carácter salarial, y el hecho de que se intercale el uso profesional con el personal no es óbice para que pueda considerarse una retribución de carácter ecléctico en la que se diferencie entre la disponibilidad[352] a efectos laborales y a efectos particulares[353]. En cambio, si la puesta a disposición del vehículo responde a una mera entrega de las herramientas necesarias para la correcta realización de las tareas propias de la actividad profesional, será calificada como una prestación de carácter extrasalarial que ningún beneficio otorga al trabajador, quedando su impago fuera de una posible extinción indemnizada por voluntad de este.

Respecto de la valoración o cuantificación, al no gozar el ordenamiento laboral de unas reglas de valoración en tal sentido, hay que recurrir a la normativa tributaria[354]. Esto es: en el supuesto de entrega, se estará al coste de adquisición para el pagador, incluidos los tributos que graven la operación; en el supuesto de uso, este se valorará en el 20 % anual del coste. Asimismo, en caso de que el vehículo no sea propiedad del pagador, dicho porcentaje se aplicará sobre el valor de mercado que correspondería al vehículo si fuese nuevo; y, en el supuesto de uso y posterior entrega, la valoración de esta última se efectuará teniendo en cuenta la valoración resultante del uso anterior. Finalmente, una vez determinadas las cuantías, estas fundamentarán la acción resolutoria en el caso de que se aprecien las notas de gravedad siempre necesarias para el éxito de la misma.

En tercer lugar encontramos las prestaciones en concepto de manutención y, al igual que en los supuestos anteriores, a la hora de abordar lo relativo a su carácter salarial o

[352] Así, la STSJ CL establece que: «Lo relevante para la calificación de la utilización del vehículo como renta en especie no es el uso efectivo del vehículo por parte del sujeto pasivo, pues es evidente que el mismo no puede estar haciendo uso de aquél ininterrumpidamente, sino la disponibilidad del mismo y posibilidad de utilizarlo en cualquier momento para fines particulares, dicha disponibilidad se nos revela en este caso como incontestable».

[353] En tal sentido, la STSJ Madrid 6580/2003, de 29 de abril (Rec.4748/2002) razona: «Si bien es posible que el vehículo constituya instrumento de trabajo y durante la jornada laboral sólo es un medio para el ejercicio de la función y durante ella no es disponible de modo particular, ninguna constancia sobre estos extremos hay al efecto, constando por el contrario que el actor utilizaba el vehículo de forma permanente y con un uso indiferenciado, es decir, la empresa puso a disposición plena del demandante el uso del vehículo, utilizándolo o no el mismo para ir al trabajo y en cualquier momento dentro y fuera de su jornada. Por ello, debe computarse por tal concepto el 20 % del coste de adquisición, de conformidad con los articulo 43 y 44 de la Ley 40/1998». En el mismo sentido, la STSJ PV dispone: «Si lo que este quiere es que se tenga en cuenta que el uso del vehículo sólo podía estimarse retribución en especie en los días no laborables, ya que en lo restante era mera compensación del gasto, lo que habría que haber hecho es reducir ese coste total en la parte no imputable a los días laborables».

[354] Art. 41.1º. b) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de No Residentes y sobre el Patrimonio.

extrasalarial a fin de ser subsumido su impago entre los contornos del art. 50.1.b), debe dilucidarse un primer interrogante: si su percepción se corresponde como una remuneración en base al trabajo realizado —salario en especie— o si, por el contrario, estamos ante una indemnización en base al gasto generado con ocasión de la prestación de trabajo —*suplido in natura*—.

Para determinar su carácter habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación, teniendo en cuenta que si este lo califica expresamente como salarial o extrasalarial, habrá que considerar lo dispuesto por la negociación colectiva. En segundo lugar, en ausencia de disposición convencional al efecto, deberá atenderse a las circunstancias particulares. Así, cuando el percibo de la manutención se lleve a cabo de forma ininterrumpida durante todos los días del año, con independencia de su coincidencia con las horas de comida o cena en el trabajo, nos encontraremos ante un indicio del carácter salarial de la misma.

En cuarto lugar, las primas satisfechas por la empresa en virtud de contrato de seguro de accidentes, vida y planes de pensiones. El seguro de accidentes o vida constituye en determinados sectores de actividad una obligación para el empresario recogida en el convenio colectivo (véase, por ejemplo, el de la construcción), por lo que es frecuente que el trabajador vea reflejado en su nómina un importe por dicho concepto que, en lugar de ser abonado en la cuenta del trabajador, se le paga directamente a la entidad asegurado que cubre los riesgos derivados de la prestación laboral. Por lo tanto, en orden a determinar si el impago puede fundamentar el recurso a la extinción indemnizada del art. 50.1.b) resulta necesario, en primer lugar, proceder a su calificación como salarial o extrasalarial.

El debate se centra esencialmente en la subsunción normativa de dicho supuesto. Es decir, si la prima satisfecha por el empresario debe situarse entre las exclusiones del art. 26.2 del ET como mejora voluntaria de la Seguridad Social[355] o, por el contrario, debe predicarse la vis atractiva salarial y entender que es un concepto salarial que busca retribuir la prestación de servicios del trabajador[356]. Dicha cuestión fue resuelta por el Tribunal Supremo[357] en el sentido de otorgar el carácter de salariedad a las primas

[355] Vid. STSJ Madrid 2074/2010, de 03 de mayo (Rec. 385/2015).
[356] Vid. STSJ País Vasco 2870/2014, de 16 de septiembre (Rec. 1549/2014).
[357] Vid. STS 2074/2017, de 16 de septiembre (Rec. 1549/2014).

satisfechas en virtud del contrato de seguro de accidentes y de vida, así como las aportaciones a planes de pensiones.

La decisión se fundamenta principalmente en considerar que el abono del seguro trae causa de la relación laboral y por ende debe considerarse una contrapartida de las obligaciones del trabajador. Lo cual se comparte plenamente, ya que la obligación nacida no se entiende si no es a consecuencia de la realización por el trabajador de una actividad que se entiende susceptible, en mayor o menor medida, de objeto de aseguramiento, habida cuenta de los peligros que el desarrollo de las tareas puede suponer para la integridad del operario.

En segundo lugar, la Sala IV entiende que se hace difícil situar dicha retribución en los contornos del art. 26.2 ET porque, en todo caso, habría que comprobar si efectivamente se produce una mejora respecto de las prestaciones de la Seguridad Social y, añade, que en todo caso lo extrasalarial serían las posteriores prestaciones o indemnizaciones derivadas del beneficio de origen contractual, ya que a ellas hace referencia expresamente el precepto. Finalmente, tras un análisis comparativo respecto a lo dispuesto en la normativa fiscal y apoyado en dicha regulación se sostiene que, en dicho ámbito de aplicación, la LIRPF señala que tendrán la consideración de salario en especie[358].

Por todo ello, compartiendo el razonamiento del Tribunal Supremo, entendemos que debe quedar patente el carácter salarial de dicho concepto y que su impago o los retrasos continuados acompañados de las notas de gravedad necesarias pueden revestir la entidad suficiente para fundamentar la pretensión extintiva del art. 50.1.b). El importe será el equivalente según lo dispuesto el convenio colectivo y, aunque no se podrá acudir a aquellas alegaciones propias del carácter cuasi alimenticio de dicha partida salarial —ya que en ningún caso son percibidas directamente por el trabajador—, sí que supone una quiebra de las obligaciones sinalagmáticas contraídas por las partes de la relación laboral.

3.5. La problemática de determinados conceptos remuneratorios

3.5.1. Opciones sobre acciones o «stock options»

En el ámbito laboral, las *stock options* se configuran como un derecho que, de forma onerosa o gratuita, se otorga por parte de la empresa al trabajador para que, en un

[358] No obstante, hay que hacer mención a la excepción dispuesta en el art. 42.2 LIRPF cuando establece que quedarán excluidas las primas o cuotas relativas a accidente laboral o de responsabilidad civil del trabajador cuando no excedan de 500 € anuales.

determinado plazo, pueda adquirir acciones de aquella o de otra vinculada a cambio de un precio que, por norma general, será el valor de la acción en bolsa el día en que se otorga —o incluso un precio inferior—, a fin de que tras el vencimiento del momento de ejercicio de la opción y una vez ejercitada efectivamente esta, el trabajador pueda percibir bien la diferencia de precio de mercado de las acciones entre ambos momentos (otorgamiento del derecho y ejercicio de la opción), o bien las propias acciones al precio fijado en el momento del otorgamiento del derecho[359].

Como se ha puesto de manifiesto por la doctrina judicial, es un concepto retributivo nuevo, no previsto por el legislador laboral y cuya naturaleza es compleja, debiéndose atender a las concretas circunstancias de cada caso[360]. En lo que aquí interesa, se debe determinar si las opciones sobre acciones tienen carácter salarial o extrasalarial, ya que, como se ha reiterado en páginas anteriores, en el segundo de los casos bajo ningún concepto podría acudirse al mecanismo recogido en el art. 50.1.b).

La doctrina del Tribunal Supremo al respecto sostiene la tesis de que los beneficios derivados de las opciones concedidas por las empresas a sus trabajadores pueden, en determinadas ocasiones, tener la consideración de salario. No obstante, ello no significa que, dadas las condiciones, cualquier beneficio o ventaja patrimonial derivado de la opción sea salario[361]. Así, se deberá determinar en cada caso, a la vista de las características concretas de los distintos planes de *stocks options* y de los acuerdos suscritos en aplicación de los mismos, que en la práctica societaria pueden ser muy diversos[362].

En consonancia con lo anterior, la doctrina de suplicación[363] ha desarrollado el tratamiento que debe ser dispensado al ejercicio de las *stocks options* en el marco de su calificación como salario a fin de ser incluido su importe en la indemnización por despido. En tal sentido, se sostiene que la cantidad vendrá determinada por la diferencia entre el

[359] Este sistema de retribución tuvo su auge en las empresas estadounidenses en la década de los noventa y actualmente constituye uno de los sistemas retributivos más utilizados por las *startups*, ya que ofrece un atractivo incentivo sin que por ello se perjudique la liquidez de este tipo de empresas, cuyo desarrollo se encuentra en un estadio muy temprano.

[360] Resulta especialmente interesante el debate sobre la posible calificación de las opciones sobre acciones como salario en especie, un planteamiento que quedó zanjado con la STS 8206/2001, de 24 de octubre (Rec. 3295/2000).

[361] Vid. STS 6475/2002, de 01 de octubre (Rec. 1309/2001) con cita de la STS 9289/2002, de 04 de febrero (Rec. 642/2001), STS 9420/2002, de 10 de abril (Rec. 1441/2002) y STS 9218/2002, de 11 de abril (Rec. 3538/2001).

[362] Vid. STS 2047/2006, de 26 de enero (Rec. 3813/2004).

[363] Vid. STSJ Madrid 7670/2016, de 13 de junio (Rec. 317/2016); STSJ Cataluña 5580/2013, de 24 de mayo (Rec. 10/2013); STSJ Castilla y León 2515/2010, de 22 de abril (Rec. 182/2010).

precio de la acción en el mercado cuando fue adquirida por el trabajador y el precio en el momento de su materialización[364]. Sin embargo, como nos encontramos en el contexto de su inclusión en la indemnización por despido, se sostiene que habrá que dividir el beneficio obtenido por el trabajador entre los años de carencia, resultando la cantidad equivalente al año anterior al despido —si la hubiere— la única cantidad incluible en el salario regulador.

Extrapolando dicho razonamiento al ámbito del art. 50.1.b), se puede sostener que una vez prorrateado el beneficio total obtenido por el trabajador por los años equivalentes al periodo de carencia, estas constituirán las cantidades cuya gravedad y continuidad podrá ser evaluada en orden a fundamentar la acción de la extinción indemnizada[365]. Ahora bien, dicho planteamiento únicamente es viable en el caso de que el plan de las *stocks options* lleve implícito la gestión de las opciones sobre acciones por parte de la empresa, limitándose el trabajador únicamente a comunicar a la empresa cuando quiere hacerlas efectivas a fin de que ese incluya en la nómina el beneficio obtenido[366]. En caso de que sea el propio trabajador el encargado de materializarlas cuando lo estime oportuno, nada se le podría exigir al empresario por muy salarial que fuera la deuda, pues desbordaría los contornos del art. 50.1.b).

3.5.2. Bonus, incentivos y primas

A la hora de hablar de bonus, cabe señalar que dicha retribución se enmarca en las estrategias retributivas empresariales que buscan incentivar a los trabajadores para que contribuyan a la buena marcha de la misma —por encima de lo que se entiende como un rendimiento normal o debido— a través de la consecución de objetivos, prioridades o proyectos. Asimismo, cabe señalar que, de manera habitual, se han venido utilizando los términos «incentivos» o «primas» para denominar a lo que aquí nos referiremos como bonus. La evolución o transformación del término probablemente pueda achacarse al cada

[364] Por lo tanto, si en el año 2010 se le ofrecieron al trabajador 1.000 acciones valoradas en 10 € cada una, con un periodo de carencia o maduración de 3 años, y en el año 2014 decide ejercitar dicha opción siendo el valor de las mismas de 15 €, el salario obtenido por el trabajador en dicho trienio sería de 5.000 €.

[365] Tomando como base el ejemplo anterior, de los 5.000 € de beneficio al momento de ejercitar la acción, 1.666,66 € corresponderían a los años 2011, 2012 y 2013 respectivamente, cantidades dinerarias, determinadas y, desde el momento en el que se ejercita la acción, plenamente exigibles.

[366] El hecho de que la cuantía se encuentre indeterminada hasta el momento que transcurra el periodo de carencia no es óbice para que dicha cantidad pueda ser considerada como salario. Así, la STSJ Andalucía 3096/2021, de 29 de abril (Rec. 3589/2019) establece al respecto: «Lo decisivo, lo determinante, el núcleo básico y esencial para tal calificación no viene dado por la posibilidad de cuantificar con precisión anticipada el salario, sino por la constatación de que la percepción a la que se tiene derecho trae causa, deriva de la relación de trabajo, de la prestación profesional de servicios laborales por cuenta ajena, tal y como exige el artículo 26.1 ET».

vez más extendido uso de anglicismos en el contexto salarial fruto del acervo anglosajón y de la amplísima libertad de empresa que en dichos contextos predomina[367]. Cuestiones gramaticales aparte, si se quiere llevar a cabo un análisis comparativo de los bonus con la figura de la extinción indemnizada, se hace necesario conocer su régimen jurídico para buscar puntos de conexión con estos; véase, la naturaleza salarial o extrasalarial, las fuentes que los regulan y determinadas aristas que lindan con otras figuras propias del ordenamiento jurídico, entre las que destaca principalmente la institución de la condición más beneficiosa, como posteriormente se verá.

Es precisamente en el ordenamiento jurídico donde encontramos el primer inconveniente a la hora de proceder al análisis referido *ut supra* y es que, si bien parece lógico comenzar abordando el tema señalando la definición otorgada por el Estatuto de los Trabajadores o alguna otra normal legal, lo cierto es que no consta en nuestro ordenamiento jurídico definición alguna del concepto de bonus. Por ello, con una notoria precisión, han sido en la doctrina[368] y la jurisprudencia[369] donde, mediante sus pronunciamientos, han ido perfilando la conceptualización de dicha institución.

Sumergidos en la naturaleza jurídica del bonus desde la perspectiva de la extinción indemnizada, la primera cuestión es si se trata de un concepto retributivo de naturaleza salarial o extrasalarial. Así, cabe adelantar que nos encontramos ante una tipología retributiva de carácter marcadamente remuneratorio, ya que, sin negar el hecho cierto de que su abono puede responder a la más variada de las casuísticas[370], en última instancia, se está remunerando al trabajador en relación con la efectiva prestación de servicios, por

[367] Sin perjuicio de ello, podemos encontrar un concepto relativamente parecido en el art. 26.3 ET a la hora de referirse a los complementos salariales.

[368] Entre las cuales podemos destacar la contenida en MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana. "El bonus y el margen de discrecionalidad empresarial". *Actualidad Laboral.* Madrid: Wolters Kluwer, 2010, 15, (2), p. 1769. ISSN 0213-7097 cuando los define como: «Partidas retributivas complementarias vinculadas al grado de satisfacción empresarial con la trayectoria laboral del trabajador y su contribución efectiva al desarrollo del proyecto y actividades empresariales, y mediante las que se trata de recompensar la "aportación de valor" a la compañía empleadora» o, una más clásica, contenida en MERCADER UGUINA, Jesús. *Salario y crisis económica.* 1.ª Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011, p. 190. ISBN 978-84-9004-298-4 cuando los dispone de la siguiente manera: «Sistemas diseñados por las empresas que poseen sus propias normativas internas y que vienen definidos por la idea de permitir ajustes dinámicos de su uso atendiendo a las circunstancias variables que puedan producirse».

[369] A la sazón, ponemos de relieve la STSJ Madrid 8298/2021, de 23 de julio (Rec. 351/2021) en la que recogiendo la doctrina judicial en lo que a la definición del bonus se refiere establece: «Ha sido definido el bonus como una compensación que la empresa abona a un determinado trabajador, retribuyendo un mayor rendimiento, una consecución de los objetivos fijados o la realización de sus funciones a plena satisfacción de aquella, siendo por ello su pago independiente del salario ordinario fijado y generalmente efectuado por años vencidos, es decir después de comprobar la empresa si se han dado los presupuestos a los que la misma anuda su devengo por parte del trabajador».

[370] A modo de ejemplo se pueden citar los que buscan atraer a trabajadores (*sign in bonus*), los que tratan de fidelizarlos o retenerlos (*retention bonus*), los relativos al rendimiento (*performance bonus*) o los referidos a las competencias adquiridas (*skill bonus plan*).

lo tanto, se enmarca dentro del art. 26.1 ET y queda fuera de los contornos del art. 26.2 ET, ya que en ningún momento nos encontramos ante una indemnización, un suplido o un gasto. Lo cual, *a priori*, se enmarca en lo necesario para acudir al mecanismo del art. 50.1.b).

En consecuencia de lo anterior, debe subrayarse su carácter genuinamente salarial, asimismo, cabe añadir que nos encontramos ante un complemento salarial que debe entenderse desde el prisma de una relación de complementariedad con respecto a la retribución fija, llegando incluso a ser calificada como «salarios diferidos», «en su devengo, liquidación y pago; vinculándose, por regla general, a periodos de trabajo dilatados»[371]. Una definición especialmente atinada, no pudiendo sino compartir plenamente tal adjetivación. Por lo tanto, determinada la naturaleza salarial del bonus, este será susceptible de activar el mecanismo de extinción indemnizada del art. 50.1.b) y procederá a entrar a valorar la gravedad del incumplimiento y los demás requisitos necesarios como presupuesto básico para tener en cuenta a fin de asegurar la prosperabilidad en sede judicial de la pretensión.

Con carácter previo, se considera oportuno traer a colación una serie de apreciaciones sobre las notas definitorias que se le vienen atribuyendo al bonus a la hora de proceder a su definición. Así, por norma general, se destaca su naturaleza unilateral, la posibilidad de que se trate de una concesión graciosa del empresario y su carácter discrecional. A tal respecto, algunos autores han hecho aportaciones relevantes[372], las cuales hago mías habida cuenta de que me hallo en plena sintonía con sus razonamientos. Se exponen a continuación.

Sobre la naturaleza unilateral que se le atribuye, no puede obviarse el hecho de que faltando la aceptación —siquiera tácita—, o por adhesión por parte del trabajador, no se le pueden imponer objetivos tendentes a la consecución de bonus que puedan introducir elementos en su perjuicio. Asimismo, no mostrada la aceptación y conteniendo elementos perjudiciales, cabe preguntarse si la empresa podría oponer la falta de aceptación para el caso de que un trabajador le planteara una acción de extinción indemnizada con base a determinados impagos graves de dicho concepto. En mi opinión, si el bonus únicamente incorpora beneficios en términos absolutos, aunque no haya aceptación —en cualquiera

[371] MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Bibl. cit. p. 1770.
[372] TODOLÍ SIGNES, Adrián. *El bonus salarial. La dirección por objetivos, la evaluación del desempeño y la retribución por competencias.* 1.ª Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 91. ISBN 978-84-9143-180-0.

de sus formas y modos— y el trabajador alcanzara los objetivos propuestos, sí que sería exigible su abono, y la falta de este legitimaría el recurso a la acción del art. 50.1.b). Ahora bien, si no se le pueden imponer al trabajador los mismos cuando incluya elementos perjudiciales, tampoco podrá posteriormente exigir su abono si son alcanzados pero no hubo aceptación.

Sobre la calificación como «concesión graciosa del empresario», tal calificación puede suponer afirmar que no se está retribuyendo efectivamente el trabajo, por lo que si no se retribuye el trabajo es posible que se estén desbordando los contornos del art. 50.1.b) por encontrarnos ante un concepto de carácter extrasalarial. No obstante, personalmente considero que podría evitarse dicho obstáculo atendiendo a la vis atractiva propia del salario, por la cual, ante la indeterminación de una percepción, esta deberá ser englobada dentro de la categoría de salario.

Sobre la pretendida discrecionalidad, el empresario goza de total libertad *ab initio* para perfilar aquellos objetivos que estime oportunos y que no vengan impuestos por normativa legal o convencional, pero, una vez establecidos y aceptados por los trabajadores, no puede sostenerse la idea de que el empresario pueda desdecirse y dejar sin efecto lo acordado[373]. Un planteamiento que, de prosperar, impediría activar el mecanismo de la extinción indemnizada a consecuencia de haber dejado de ser exigibles por la voluntad unilateral de la empresa, sin mayor trámite.

Así, una vez desgranadas las notas definitorias, es preciso hacer una breve distinción entre aquellos bonus salariales que son acordados en convenios colectivos y aquellos otros nacen fruto del contrato de trabajo o de una concesión del empresario. Como se verá, la fuente de la que emane dicho concepto tendrá una importancia notoria *a posteriori*. En el primero de los casos, vendrá determinado como un complemento salarial de los contenidos en el art. 26.3 ET que podrá encuadrarse dentro de los denominados como «organizacionales», puesto que se hace depender de un elemento externo al trabajador como son los resultados efectivamente obtenidos por la empresa[374]. De igual modo, salvo pacto en contrario, no se podrá predicar el carácter consolidable del complemento salarial

[373] Aceptar dicho planteamiento sería tanto como ir en contra de lo dispuesto en el art. 1256 del Código Civil cuando dispone que: «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes».

[374] Vid. STSJ Madrid 400/2021, de 03 de junio (Rec. 224/2021), cuando con cita de la doctrina del Tribunal Supremo señala: «La Sentencia del T.S. de 15 de febrero de 2006 nos recuerda que el bonus en tanto que ligado a la obtención de objetivos debe incluirse en la estructura del salario del que forma parte como complemento salarial pactado […] (y) tiene apoyo legal en el artículo 26.3 del Estatuto de los Trabajadores, cuando, con referencia a la estructura del salario, dispone que el mismo deberá comprender […] a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten».

cuando esté determinado por la norma convencional, ya que el meritado artículo establece, como regla general, su carácter no consolidable.

En el segundo de los casos, el hecho que se excluya la regla general de no consolidación abre la puerta a que, lo que en un principio puede ser un bonus ligado a situaciones individualizadas, si se sigue abonando —aun cuando no se cumplan los objetivos—, de manera persistente y constando de manera patente la voluntad empresarial de que así sea, puede entrar a formar parte del paquete retributivo del trabajador de manera indefinida, mutando en una condición más beneficiosa[375]. Sin embargo, dicho razonamiento no ha sido acogido con univocidad en la doctrina de suplicación, puesto que ciertos postulados defienden la tesis de que la discrecionalidad, tan típica de los bonus pactados unilateralmente, evita que pueda desembocar en una condición más beneficiosa[376].

Si, como se ha dicho, el empresario es libre de plantear un sistema de retribución por objetivos (bonus) dentro de su margen de discrecionalidad, habrá que determinar en qué supuestos puede efectivamente cristalizar en condición más beneficiosa y en cuáles dicha opción queda vedada. Destacan, a mi juicio, dos elementos: previsibilidad y conformidad, es decir, se podrá establecer por el empresario un sistema de retribución por objetivos sujeto a término, con un plazo, que el trabajador deberá conocer y que, en caso de favorecerle de manera plena sin suponerle ningún tipo de perjuicio, se entenderá aceptado aunque sea de manera tácita, dándose la meritada conformidad. Sin embargo, no será admisible un sistema de retribución por objetivos en el que el empresario se reserve el derecho a revocarlo de manera unilateral ya que, aunque el trabajador aceptara dicha facultad, quebraría la previsibilidad, puesto que hay incertidumbre total sobre cuando pudiera darse esa posibilidad —en caso de anticipar una fecha estaríamos ante un supuesto de sujeción a término—[377].

En consonancia, hay pronunciamientos judiciales en los que se admite la posibilidad de planes retributivos temporales en los que, exista cierta continuidad o no, están sujetos a

[375] Vid. STS 4670/1993, de 30 de junio (Rec. 1961/1992), cuando, reiterando la doctrina consolidada al respecto, dispone: «La condición más beneficiosa no es otra cosaque una mejora de las condiciones laborales nacida o generada por la voluntad de los interesados e incorporada al conjunto de los derechos del trabajador o trabajadores afectados».

[376] Vid. STSJ Murcia 907/2012, de 16 de abril (Rec. 516/2011), cuando señala: «Más que ante una condición más beneficiosa se estaría, en puridad, ante la existencia de derecho condicional al cobro una vez cumplidas unas condiciones, que no se acreditan, ni tan siquiera describen, por lo que la demanda no puede prosperar».

[377] Sin perjuicio de ello, como se ha señalado en TODOLÍ SIGNES, Bibl. cit., con cita de la STS 3983/2016, de 17 de julio (Rec. 109/2015), en la que se admite este tipo de reserva del empresario de disponer de un complemento salarial por objetivos para admitir la modificación unilateral sin acudir al procedimiento previsto en el art. 41 ET.

plazos perentorios *ab initio* y, una vez llegados a término, desaparecen[378]. Junto a ello, se ha consagrado la premisa de que debe anunciarse claramente la duración determinada del plan, sin que se permita inferirlo porque su duración sea anual[379] y que, en caso de que no se concreten los objetivos, el trabajador tendrá pleno derecho al percibo de los bonus[380].

Asimismo, la fijación de los objetivos, como parece lógico, no puede abarcar aquellos supuestos que sean inalcanzables, irrazonables, arbitrarios, inidóneos, desproporcionados o que vulneren la dignidad o los derechos fundamentales de los trabajadores[381]. La consecuencia radical del establecimiento de dicho tipo de objetivos de manera originaria desemboca en la nulidad radical del concepto, teniéndose por no puesto. Sin embargo, continuando la línea ya propugnada por diversos autores[382], considero que la consecuencia debe ser la imputación del importe del bonus como salario base, siendo este plenamente exigible por parte del trabajador, ya que de otra forma no tendría ningún coste para aquel que intenta beneficiarse de dicha situación. El hecho de la consolidación del bonus o su exigibilidad para el caso de que no se hayan pactado las condiciones de los objetivos son aspectos esenciales desde la perspectiva del art. 50.1.b) ET, ya que para establecer si un determinado concepto retributivo puede activar la extinción indemnizada producido su impago, es absolutamente imprescindible determinar en un primer estadio si el concepto es o no exigible.

3.5.3. Salarios de tramitación

La naturaleza jurídica de los salarios de tramitación constituye uno de los elementos esenciales a la hora de valorar la pertinencia de incluir dicha cuantía en los contornos del art. 50.1.b) y, a su vez, constituye uno de los campos más conflictivos por parte de la doctrina y jurisprudencia. La importancia se debe a una cuestión: si le otorgamos

[378] Vid. STSJ Madrid 900/2020, de 09 de octubre (Rec. 85/2020) cuando dispone: «Ha sido voluntad unilateral de la empresa mejorar a la trabajadora demandante mediante el abono del bonus en un año aislado, el 2017, sin que esa mejora se erija en una condición más beneficiosa que, como tal, incorporada al nexo contractual, pueda obligar a futuro»; la STS 5100/2010, de 07 de julio (Rec.196/2009) señalando: «Queda acreditado que, efectivamente, como razona la Sala de instancia, la concreción del bonus se hacía año a año, sin que las condiciones de su fijación fueran perdurables en el tiempo y sin que en la configuración de aquéllas interviniera la negociación con los trabajadores».
[379] Vid. STS 4167/2012, de 16 de mayo (Rec. 168/2011).
[380] Sobre esta cuestión encontramos dos posturas enfrentadas: la doctrina mayoritaria encabezada por la STS 8978/2001, de 19 de noviembre (Rec. 3083/2000), y la mayoría de Tribunales Superiores de Justicia. Enfrente, la doctrina minoritaria entiende que el trabajador no puede excusarse en la inexistencia de objetivos para reclamar el bonus; Vid. STSJ Cataluña 12078/2001, de 10 de noviembre (Rec. 3750/2001).
[381] Vid. STS 1668/2014, de 25 de marzo (Rec. 140/2013).
[382] TODOLÍ SIGNES, Bibl. cit. p. 98.

naturaleza salarial, podrá ser susceptible de activar la extinción indemnizada del apartado b) del art. 50.1 ET. En cambio, si se opta por atribuirle naturaleza extrasalarial, dicha posibilidad quedará completamente vedada.

Con carácter previo a valorar los diferentes postulados, cabe señalar que dicha cuestión no puede ser resuelta conforme a criterios gramaticales; es decir, el hecho de que se denomine «salarios de tramitación» no lleva implícito necesariamente que estemos ante salarios y que por ello deba determinarse su naturaleza salarial. Más bien al contrario: se ha propugnado su naturaleza indemnizatoria llegando a calificarse por parte de la doctrina más autorizada de la siguiente manera: «es verdadera y propiamente, y siempre, una sanción por el incumplimiento del empresario del contrato de trabajo que se refleja en la causa del despido»[383].

En un primer momento, doctrina[384] y jurisprudencia[385] confluían en otorgar un carácter extrasalarial a los salarios de tramitación. En síntesis, se venía sosteniendo que la naturaleza extrasalarial era clara, habida cuenta de que se trataba de compensar al trabajador por los perjuicios sufridos a consecuencia del despido (véase, no percibir retribución alguna) y, como máximo exponente de su naturaleza resarcitoria, se encontraba el hecho de que si el trabajador comenzaba a prestar sus servicios para otra empresa distinta durante ese lapso de tiempo, el montante del salario que percibiera se descontaría de los salarios de tramitación, so pretexto de que no existiendo perjuicio, no era necesario resarcir.

Por lo tanto, desde la perspectiva del art. 50.1.b), no podría obtenerse ninguna extinción indemnizada, puesto que no serían antes prestaciones de carácter extrasalarial y por ende únicamente podría reconducirse al apartado c) del meritado artículo. Sin embargo, dicho posicionamiento derivó en un planteamiento mixto y con cierta influencia de la causalidad. Se diferenció entre los supuestos donde, producido el despido, se optaba por la readmisión, y aquellos en los que se optaba por la extinción indemnizada. En la primera

[383] CAVAS MARTÍNEZ, Faustino. "Naturaleza jurídica y garantía de pago de los salarios de tramitación: ¿Punto y final al debate sobre dos viejas cuestiones?". *Aranzadi Social.* Madrid: Thompson Reuters Aranzadi, 2002, 20, pp. 267. ISSN 1131-5369, con cita de ALONSO OLEA, Manuel. *El despido: (un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario).* 1.ª Ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1957.

[384] MONTOYA MELGAR, Alfredo. El despido improcedente y sus efectos. En: Francisco CARMONA POZAS, coord. *Estudios sobre el despido disciplinario.* 1.ª Ed. Madrid: ACARL, 1992, p. 511. ISBN 84-606-0645-7.

[385] Vid. STS 14612/1994, de 19 de mayo (Rec. 1729/1993).

situación, los planteamientos doctrinales[386] y posteriormente judiciales[387] eran meridianamente claros. En caso de que se optara por abonar la indemnización prevista legalmente y dar por terminada la relación laboral, los salarios de tramitación debían tener naturaleza indemnizatoria. Por el contrario, en el caso de que se optase por la readmisión y se rehabilitara la relación laboral con efectos *ex tunc*, los salarios de tramitación debían ser considerados como verdaderamente salariales[388].

Parece coherente deducir que según este planteamiento, la viabilidad de la extinción indemnizada conforme al art. 50.1.b) parecía revivir en aquellos supuestos donde se optara por la readmisión, a diferencia de lo que ocurriría en caso de optar por extinción indemnizada. No obstante, lejos de mantenerse como una cuestión pacífica, el Tribunal Supremo viró en su posición al respecto y sostuvo, con carácter general, que la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación era estrictamente salarial[389]. Ello bajo los siguientes razonamientos:

> a) Se trata de unos salarios que se abonan como si se hubiera trabajado, y que el hecho de no haberse dado esta última circunstancia es imputable única y exclusivamente a la empresa por haber llevado a cabo un despido injusto.
>
> b) El art. 55.4 ET vigente en aquel momento imponía al empresario la obligación de «los salarios dejados de percibir» cuando el despido era declarado nulo, así como cuando era declarado improcedente conforme al art. 56.1.b) del ET, *a sensu contrario* de lo dispuesto en los textos legales anteriores que lo definían como «indemnización complementaria».
>
> c) El carácter salarial de dicha institución viene refrendado, de igual modo, por la dicción del art. 33.1 ET cuando recoge la obligación del Fondo de Garantía Salarial de abonar los salarios pendientes de pago.
>
> d) El hecho de que se hallen sujetos a cotización frente a la Seguridad Social, en base a la DA 2ª de la Ley 4/1990, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, de 29 de junio.

[386] PIQUERAS, Manuel. "Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación". *Actualidad Laboral.* Madrid: Wolters Kluwer, 1993, 1, p. 310. ISSN 0213-7097.
[387] Vid. STS 5773/1986, de 27 de octubre y STS 227/1988, de 22 de enero.
[388] GÁRATE CASTRO, Javier. *Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido.* Madrid: ACARL, 1994, p.201. ISBN 84-606-1837-4.
[389] Vid. STS 5193/1994, de 07 de julio (Rec. 93/1994).

A efectos del art. 50.1.b), este fue el momento, con la sentencia 51/1994, de 07 julio, más proclive para proclamar la perfecta consonancia entre los salarios de tramitación y la extinción indemnizada por dicha causa. Es cierto que la naturaleza salarial es solo el presupuesto necesario básico para entrar a valorar la gravedad conforme al criterio objetivo, cuantitativo y temporal de los impagos o retrasos, pero hasta este pronunciamiento predominaba su calificación como extrasalarial. Con todo, el Alto Tribunal constituido en pleno no tardó en corregir dicho pronunciamiento, volviendo a las tesis anteriores que se decantaban por definir a los salarios de tramitación como una indemnización de carácter extrasalarial[390] y, en definitiva, se concluye que los salarios de tramitación no pueden ser calificados nunca como una obligación salarial y que, en todo caso, podrían constituir un concepto propio o *tertium genus*. Dicha doctrina jurisprudencial constituye un criterio asentado hoy día en la mayoría de los Tribunales Superiores de Justicia[391] y, de igual modo, el Tribunal Supremo[392] ha tenido ocasión de refrendar dicha tesis en 2013. Por esta razón, entendemos que desde un punto de vista eminentemente práctico no puede sostenerse que los salarios de tramitación puedan ser subsumibles como causa resolutoria del apartado b) del art. 50.1.

Sentado lo anterior, hay que tener en cuenta una tendencia minoritaria entre algunos autores[393] y algún Juzgado de lo Social[394] donde se proclama una revisión de la naturaleza extrasalarial que se le otorga en los casos de despido improcedente de representante unitario o sindical que opte por la readmisión o en los casos de nulidad. El fundamento de dicha postura se encuentra en el art. 284 LRJS[395], ya que en el mismo se reconoce el derecho del trabajador a continuar percibiendo su salario con la misma periodicidad y

[390] Vid. STS 4713/1998, de 14 de julio (Rec. 3482/1997) cuando en su FJ 2.º dispone: «La figura de los salarios de tramitación tiene una evidente y clara naturaleza indemnizatoria, pues con ellos se pretende, tanto en los despidos nulos como en los improcedentes, compensar al trabajador de uno de los perjuicios que para él derivan del hecho del despido, cual es el no percibir retribución alguna desde la fecha de tal despido y durante la sustanciación del proceso correspondiente; por ello, si el trabajador de que se trate, ha trabajado para otra empresa en todo o en parte de ese lapso de tiempo y ha cobrado la pertinente remuneración, es obvio que, en cuanto al montante de ésta, no ha existido perjuicio alguno; y si no hay perjuicio, no puede haber tampoco resarcimiento».

[391] Cfr. STSJ Andalucía 9312/2021, de 10 de junio (Rec. 607/2021); STSJ Castilla y León 900/2021, de 23 de marzo (Rec. 64.2021) y STSJ Extremadura 1047/2020, de 10 de diciembre (Rec. 445/2020).

[392] Vid. STS 1891/2013, de 12 de marzo (Rec. 1042/2012).

[393] GONZÁLEZ DE PATTO, Bibl. cit. p.173.

[394] SJS Madrid núm. 25, de 30 de mayo del año 2000.

[395] El art. 284 LRJS, en lo que aquí interesa, establece lo siguiente: «Cuando el empresario no diese cumplimiento a la orden de reposición a que se refiere el artículo anterior, el secretario judicial acordará las medidas siguientes: a) Que el trabajador continúe percibiendo su salario con la misma periodicidad y cuantía que la declarada en la sentencia, con los incrementos que por vía de convenio colectivo o mediante norma estatal se produzcan hasta la fecha de la readmisión en debida forma […]».

cuantía que la declarada en sentencia con los aumentos que se establezcan por vía convencional o legal hasta que se produzca su efectiva readmisión.

Un posicionamiento al que consideramos que debemos adherirnos, pues entendemos que se pierde su naturaleza reparadora y, desde el pronunciamiento judicial en adelante, los salarios que se están devengando son esencialmente por la prestación de un trabajo que, si no se materializa, es consecuencia exclusivamente del empresario, como podría ocurrir en los supuestos del art. 4.2 ET. En tal sentido, de concretarse su carácter salarial —cosa nada sencilla más allá de hipótesis, pues es criterio asentado su naturaleza extrasalarial incluso en estos casos en concreto y también en los supuestos de ejecución provisional—, sí que podrían darse las condiciones de gravedad necesaria para subsumirlo dentro de los límites del art. 50.1.b). si se constatara su mantenimiento en el tiempo. Sin perjuicio de lo anterior, por lo pronto, parece encontrar un encaje legal más preciso dentro de las causas resolutorias contenidas en el art. 50.1.c).

3.5.4. Pacto de exclusividad

El pacto de dedicación exclusiva viene recogido en el art. 21.1 ET y reza lo siguiente: «No podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan». A la hora de otorgarle una definición, se podría optar por aquella que determina el pacto como: «Aquel por virtud del cual un trabajador se obligar a prestar sus servicios a un solo empresario, contra su derecho a pluriempleos, esto es, a trabajar simultánea, aunque distintamente, para diversos empresarios en virtud de varios contratos de trabajo»[396]. Dicho artículo tiene una relación directa con el art. 5.1.d) ET y en su virtud, el empresario se asegura de que el trabajador tendrá, como su propio nombre indica, una dedicación exclusiva y plena en favor de aquel y, en contraposición, este percibe una cantidad económica adicional.

En primer lugar debemos dilucidar la cuantía de dicha cantidad económica y posteriormente su naturaleza salarial o extrasalarial, ya que, como se ha mencionado, en el caso de que no sea salarial no podrá fundamentar el acceso a la extinción indemnizada del art. 50.1.b). Así, respecto a la cuantificación, podrá pactarse libremente tanto en el contrato de trabajo inicial como de manera posterior, no imponiendo el legislador ningún

[396] CASAS BAAMONDE, María E. y ALONSO OLEA, Manuel. *Derecho del trabajo.* 13.ª Ed. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1993, p. 255. ISBN 978-84-600-6072-7.

requisito de forma y únicamente prescribiendo la necesidad de que la compensación esté diferenciada dentro de la estructura salarial, de manera que se centre única y exclusivamente en remunerar al trabajador por la dedicación con carácter exclusivo y excluyente a su trabajo en la empresa[397]. Una vez pactada libremente la cantidad que percibirá el trabajador en concepto de pacto de exclusividad, cabe entrar a valorar la naturaleza jurídica que se le atribuye. En tal sentido, nos encontramos con dos aspectos que deben ser determinados para proceder a una correcta calificación:

1) ¿Nos encontramos ante una un pacto de exclusividad en el que al trabajador se le cercena la posibilidad de trabajar simultáneamente en cualquier otro tipo de empleo o simplemente en aquellos que tengan concurrencia o relación competitiva con el actual constante el contrato de trabajo?

   La cuestión es relevante, teniendo en cuenta que si el pacto de exclusividad tiene como fin evitar que el trabajador preste sus servicios en cualquier otro tipo de empleo que no tenga concurrencia competitiva con el actual, nos situamos ante una verdadera compensación. Es decir, el trabajador está siendo resarcido por limitar la posibilidad de pluriemplearse y, a su vez, por coartar en cierta forma su derecho constitucional al trabajo (art. 35 CE), por lo que la naturaleza jurídica otorgada debe ser, a mi juicio, de extrasalarial, ya que se trata de una compensación y no retribuye el trabajo efectivamente prestado, *ergo* queda descartada la posibilidad de acceder a la extinción indemnizada del art. 50.1.b).

   Sin embargo, *a sensu contrario*, en el caso de que el pacto de exclusividad vaya dirigido a evitar que el trabajador preste servicios para empresas del sector o que puedan generar un conflicto de interés o una concurrencia desleal[398], cabe la posibilidad de que dicha percepción pueda ser calificada como salarial —siempre que la concurrencia desleal venga establecida por el ordenamiento jurídico laboral[399]—, por lo que, en puridad, se estaría retribuyendo al trabajador por no hacer algo ilícito, un razonamiento que no puede sostenerse y habría que buscar

[397] DE VAL TENA, A. Luis y ALCÁZAR ORTÍZ, Sara. "Los pactos de dedicación exclusiva y permanencia en la empresa". *Revista de Relaciones Laborales.* Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1995, 3, p. 129. ISSN 1133-3189.

[398] Respecto a la definición de concurrencia desleal, la mayoría de Tribunales Superiores de Justicia se siguen remitiendo a la pretérita conceptualización dada por la STS 4138/1987, de 8 de junio, cuando la definió como: «La actividad del trabajador encaminada a realizar tareas laborales de la misma naturaleza o rama de producción de las que está ejecutando en virtud del contrato de trabajo». Vid. STSJ Cantabria 387/2021, de 25 de junio (Rec. 386/2021), STSJ Madrid 4402/2021, de 8 de abril (Rec. 680/2020) o la STSJ País Vasco 2481/2019, de 17 de septiembre (Rec. 1361/2019), entre otras.

[399] Art. 26.1 y artículo 5.d) del Estatuto de los Trabajadores.

una atribución alternativa a dicha retribución que, de no justificarse, sería absorbida por la vía atractiva salarial[400], siendo subsumible de manera apriorística entre los contornos de la extinción indemnizada.

2) ¿Partimos de la teoría en virtud de la cual el art. 26.2 ET debe ser interpretado como una lista tasada de percepciones extrasalariales o, por el contrario, se sostiene el carácter abierto y no exhaustivo de las excepciones contenidas? En el primer caso estaríamos ante una percepción de carácter salarial, ya que no se alberga en ninguno de los supuestos habilitados legalmente. Por el contrario, si lo entendemos como un listado abierto y dado que la retribución periódica en concepto de pacto de exclusividad no responde ni trae causa del trabajo prestado, sí que podría proclamarse su naturaleza extrasalarial en virtud de la naturaleza compensatoria o resarcitoria que se le presupone.

Así, en un primer momento, la tesis idónea para encontrar encaje en el art. 50.1.b) partiría del hecho de encontrarnos ante un pacto de exclusividad en virtud del que el empresario se comprometiera a pagar una cantidad mensual al trabajador a cambio de que este rechace a la idea de concurrir competitivamente con su actual empresa constante el contrato de trabajo. Sin embargo, a pesar de que se sostenga el carácter salarial, el supuesto no tendría mayor recorrido, ya que, aun dando por sentado que los emolumentos fueran de una entidad suficiente para colmar las exigencias cuantitativas exigidas para apreciar la gravedad y de que el impago se prolongara en el tiempo, entendemos que no estaríamos ante una obligación principal del contrato, y que la consecuencia directa pasaría por eliminar dicho pacto del convenio bilateral y continuar con el cumplimiento de la obligaciones sinalagmáticas y originarias contraídas *ab initio*, sin que resulte procedente acudir a la institución de la extinción indemnizada por falta de pago o retrasos continuados y sí acudir a principios tales como el de conservación de negocios jurídicos tan propio de la doctrina civilista[401].

[400] Vid. STS 3464/2015, de 15 de junio (Rec. 1833/2014).

[401] Vid. STSJ Cataluña 5363/2021, de 30 de abril (Rec. 5044/2020) en la que haciendo un repaso por la jurisprudencia de la Sala establece: «La extinción del contrato de trabajo por iniciativa del trabajador se basa necesariamente en una conducta del empresario que altere sustancialmente las condiciones en que se desarrollaba la relación laboral en términos tales que el trabajador no se encuentre jurídicamente obligado a soportarlos, porque alteran en su perjuicio condiciones contractuales que resultan trascendentes para la permanencia del vínculo y que supone una grave frustración del programa de prestaciones de tal índole que puede justificar la ruptura de la relación que en principio está llamada a mantenerse según el principio civil de conservación del negocio».

3.5.5. Pacto de no competencia postcontractual

El pacto de no competencia postcontractual viene recogido en el art. 26.2 ET y, pese a no contener una definición pura de lo que debe entenderse por tal, se caracteriza por ser un acuerdo o concierto de voluntades entre el trabajador y el empresario en virtud del cual se acuerda la pervivencia de determinados aspectos —pactados al inicio o ya estando constante la relación laboral— una vez extinguida esta. La doctrina científica ha optado por otorgarle diversas conceptualizaciones, siendo especialmente descriptiva aquella que reza: «Acuerdo de voluntades expreso, por el que empresario y trabajador limitan la libertad de trabajo de éste para después de extinguido el contrato de trabajo, y por tiempo prefijado, mediante compensación económica adecuada expresa, con el fin de evitar posibles actividades competitivas con aquel»[402]. Se proclaman tres características de este tipo de pactos, que tienen una incidencia directa a la hora de valorar la posibilidad de incluir dicho impago en los contornos del art. 50.1.b) ET.

En primer lugar, la cuantía. Esta quedará plenamente a disposición de la voluntad de las partes de la relación laboral (con la única limitación legal que impone la necesidad de que la misma sea «adecuada»[403]), y constituirá el *quantum* que conforme el impago a efectos de valorar la gravedad, si procede, del impago. Por norma general, suele fijarse una cantidad determinada a tanto alzado que se irá abonando con la misma periodicidad que el salario o en un solo pago, aunque también cabe la posibilidad de que corresponda a un porcentaje sobre el salario del trabajador.

En segundo lugar deberá determinarse si estamos ante una retribución de carácter salarial o extrasalarial puesto que, en el segundo de los casos, supone la exclusión directa de la posibilidad de acudir al mecanismo de la extinción indemnizada del apartado b). En tal sentido, pese a que el art. 21.2.b) ya adelanta cuál puede ser la naturaleza por el uso del término «compensación económica», no es óbice para entrar a valorar argumentos en favor de ambos supuestos. Así, en apoyo de la naturaleza salarial de dicha retribución,

[402] CHARRO BAENA, Pilar. "El pacto de no competencia postcontractual". *Revista de Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*. Madrid: Wolters Kluwer, 1995, 1, p. 147. ISSN 0213-0556.

[403] En relación con la compensación económica adecuada, resulta interesante la STS 3815/2021, de 18 de octubre (Rec. 3769/2018), en virtud de la cual se declara nula una cláusula de no competencia postcontractual que imponía una indemnización equivalente a los últimos seis salarios del trabajador, para el caso que fuera este el incumplidor, a cambio de una retribución mensual de 35 € adicionales. Con ello, el Tribunal Supremo viene a confirmar el requisito de proporcionalidad ya proclamado en sentencias anteriores tales como la STS 861/2009, de 09 de febrero (Rec. 1264/2008).

podría sostenerse que, en cierto modo, asegura al trabajador una estabilidad económica y relega a un segundo plano la necesidad de encontrar un empleo[404].

Junto a lo anterior, se trata de encajar dicha compensación dentro de los ya desarrollados salarios de inactividad, un razonamiento que no se puede compartir dado que, como han sostenido numerosos autores, la relación laboral está extinta. En último lugar, en sintonía con el anterior, se ha propugnado su subsunción dentro de los periodos de descanso, volviendo nuevamente a situarnos en la necesidad de remarcar que difícilmente puede darse esa posibilidad cuando la relación laboral se encuentra terminada. *A sensu contrario*, propugnando su carácter extrasalarial, encontramos la gran mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, destacando como tesis principal el hecho de que se busca resarcir o compensar al trabajador por una limitación a su derecho reconocido constitucionalmente a la libre elección de oficio (art. 35.1 CE).

En apoyo de lo anterior se ha propugnado su naturaleza indemnizatoria y la posibilidad de que el incumplimiento por alguna de las partes genere el derecho a una indemnización por daños y perjuicios[405], que la indemnización se fundamente en compensar el perjuicio derivado de tener que dedicarse a una actividad distinta para la que quizá el trabajador no se halle plenamente capacitado o preparado[406], que aunque se abone como un plus ello no desvirtúa su naturaleza reparadora[407], y que de igual modo puede también fundamentarse en la necesidad de prepararse con carácter *ex ante* para una futurible actividad[408]. Todas estas premisas han sido refrendadas por los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo a la hora de abordar el pacto de no competencia postcontractual en unificación de doctrina recientemente[409].

Visto esto, parece clara la naturaleza extrasalarial de dicha compensación por parte del empresario, por lo que no cabe su subsunción dentro de la extinción indemnizada del art. 50.1.b). Sin perjuicio de lo anterior, aun en el caso de que este tipo de compensación pudiera calificarse como salarial, la viabilidad de la extinción indemnizada sigue resultando bastante compleja, pues no sería una obligación principal, pudiendo prescindirse de dicha cláusula y continuar con la obligación primigenia y genuina del

[404] Vid. STS 6483/1990 y STS 1056/1990, de 24 de septiembre.
[405] Vid. STS 101/2009, de 15 de enero (Rec. 3647/2007).
[406] Vid. STS 3537/2009, de 14 de mayo (Rec. 1097/2008).
[407] Vid STS 7501/2010, de 25 de octubre (Rec. 1097/2008).
[408] Vid. STS 8045/2011, de 08 de noviembre (Rec. 409/2011).
[409] Vid. STS 3815/2021, de 18 de octubre (Rec. 3769/2018).

contrato de trabajo sin necesidad de acudir a la desproporcionada solución de optar por la extinción de la misma.

4. Análisis de las causas determinantes de la exención de la responsabilidad empresarial. La tolerancia previa del trabajador

4.1. La deuda de carácter no salarial

Si el art. 50.1.b) del ET señala como justa causa para que el trabajador pueda solicitar la extinción indemnizada del contrato la falta de pago o los retrasos continuados en el abono del salario pactado, parece claro que todas aquellas partidas que no tengan la condición de «salariales» no podrán fundamentar el recurso a dicha institución. Por lo tanto, en atención a lo dispuesto en el art. 26.2 del mismo cuerpo legal, las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos quedarán fuera, habida cuenta de su carácter «extrasalarial».

Antes de determinar qué conceptos son subsumibles dentro del citado precepto estatuario, conviene advertir la existencia de dos posturas doctrinales enfrentadas. Por un lado, aquellos que consideran que el listado del art. 26.2 ET constituye un *numerus clausus* según la vía atractiva salarial, en virtud de la que la salariedad debe abarcar todas aquellas retribuciones que puedan resultar en cierto modo indeterminadas. Y, por otro lado, aquel sector doctrinal que considera que las posibilidades no se agotan en dicho listado y debe predicarse su carácter abierto y eminentemente causal[410]. A título personal, nos situamos en este segundo grupo, dado que el análisis causal y un precepto normativo abierto permiten al juzgador interpretarlo conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas y no verse constreñido por una técnica legal restrictiva. Además, el propio Tribunal Supremo ha considerado extrasalariales otras percepciones patrimoniales concedidas por el empresario al trabajador que no se encontraban contenidas en el listado.

En tal sentido, los ejemplos que nos ofrece la jurisprudencia son muy variados, pudiendo destacar: i) la cesta de navidad y los regalos de Reyes ya que, según el razonamiento de la Sala, no retribuyen el trabajo sino que son obsequios concedidos por el empresario debido a las fiestas navideñas[411]; ii) la posibilidad de utilizar temporalmente viviendas

[410] GONZÁLEZ DE PATTO, Bibl. cit.
[411] Vid. STS 9305/2001, de 28 de noviembre (Rec. 364/2001).

como residencia de verano, erigiéndose como una prestación de carácter asistencial y no retribuyendo, *per se*, el trabajo[412]; iii) la conocida como «bolsa de vacaciones», cuya finalidad es la de indemnizar —que no retribuir— al trabajador por disfrutar de sus vacaciones fuera del periodo estival[413]; o iv) las propinas, principalmente cuando no procedan del empresario sino de un tercero como es el cliente[414]. Respecto a la interrelación de estos elementos con la extinción indemnizada, conviene determinar claramente el régimen jurídico de cada concepto. La razón principal es que si se constata su naturaleza extrasalarial podrá insertarse en el art. 50.1.c) pero no en el supuesto del apartado b) sobre la falta de pago y los retrasos continuados en el abono del salario pactado.

Así, respecto de los relativos a la actividad laboral del trabajador, encontramos por ejemplo: i) dietas y gastos de locomoción, sobre los cuales no puede predicarse de ningún modo su carácter salarial, ya que es una cuantía compensatoria de los gastos que ha tenido que sufragar con carácter previo el trabajador[415]; ii) gastos de gasolina y *parking*, sobre los cuales es predicable lo mismo que para las dietas y los gastos de locomoción, es decir, se está compensando al trabajador por haber tenido que proveerse de combustible y aparcamiento para el desarrollo de su actividad laboral[416]; iii) *tickets* restaurante, los cuales no adquieren naturaleza salarial ni aunque su abono se lleve a cabo de manera mensual en nómina y no a través de documentos físicos[417]; iv) plus de quebranto de

[412] Vid. STS 282/1995, de 25 de enero (Rec. 1321/1994).
[413] Vid. STS 2171/2018, de 16 de mayo (Rec. 99/2017) que, si bien confirma el criterio ya establecido en la STS 6804/2005, de 07 de noviembre (Rec. 142/2004), no duda en poner de relieve la insuficiencia del tenor literal de la norma para resolver sobre el carácter salarial o extrasalarial de dicho concepto, poniendo una vez más de relieve la necesidad de que el mismo deba ser interpretado desde una perspectiva abierta y no como una lista tasada.
[414] Vid. STS 2679/2021, de 17 de junio (Rec. 180/2019).
[415] Vid. STSJ Castilla y León de 16 de enero de 1996 (Rec. 2579/1995) cuando dispone: «Es irrelevante el impago de 6.160 ptas. y 17.360 ptas. por gastos de locomoción, correspondientes a los meses de julio y agosto de 1995, no sólo, por el escaso tiempo transcurrido, sino también por no tener carácter salarial sino una finalidad compensatoria de lo gastado por el trabajador por sus desplazamientos».
[416] Vid. STSJ Madrid 811/2011, de 30 de septiembre (Rec. 1662/2011).
[417] Vid. STS 3404/2021, de 14 de septiembre (Rec. 2/2020) cuando establece: «El importe de los tickets restaurante no tiene naturaleza salarial sino indemnizatoria. El dato de que se trate de una percepción en dinero, en lugar de "en especie", como era con anterioridad, no varía la naturaleza de la percepción. No toda percepción económica es una percepción de naturaleza salarial, como resulta del artículo 26.2 del ET».

moneda[418]; o v) plus de vestuario y transporte[419], entre tantos otros que pueden encontrarse en la práctica diaria.

En cuanto a las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social, destacan aquellos supuestos de incapacidad temporal en sede de pago directo o pago delegado junto con aquellos de carácter más previsional, como las mejoras voluntarias y las aportaciones a fondos y planes de pensiones. Respecto a los primeros, cabe señalar que se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la extinción indemnizada del art. 50.1.b)[420], ya que se trata de una prestación que no compete al empresario sino a la Seguridad Social y que en caso de que el pago delegado sea infructuoso, se puede solicitar el pago directo a la entidad gestora[421]. Sin perjuicio de ello, resulta especialmente interesante si dicho impago, pese a no poder constituir *per se* el núcleo de una pretensión extintiva, sí puede aportarse al proceso como elemento valorativo para acreditar la gravedad de la conducta empresarial. En tal sentido, la doctrina judicial de suplicación es diversa y las respuestas proporcionadas por los Tribunales Superiores de Justicia varían en función del ámbito territorial[422].

En cuanto a las mejoras voluntarias de las prestaciones directas de la Seguridad Social, a pesar de las diferentes posturas doctrinales al respecto, en las que se discute sobre su naturaleza salarial o extrasalarial[423], el criterio del Tribunal Supremo parece claro en favor

[418] Vid. STS 4203/2018, de 21 de noviembre (Rec. 219/2017), con cita de la STS 4798/2010, de 26 de julio (Rec. 199/2009), que recoge la doctrina jurisprudencial de la Sala y señala que: «Así pues, no tiene naturaleza salarial, y es por ello por lo que la normativa sobre ordenación del salario define el quebranto de moneda como verdadera indemnización, excluyéndolo, en consecuencia, de la consideración legal del salario».

[419] Vid. STS 569/2021, de 25 de mayo (Rec. 4329/2018) en la que, a pesar de que haya razones formales para mantener su naturaleza salarial, confirma la doctrina de la Sala, por la que se le atribuye naturaleza de carácter extrasalarial y, por ende, queda automáticamente excluida de ser subsumida en los contornos del art. 50.1.b).

[420] Lo cual no es óbice para que pueda ser enmarcada dentro del apartado c) de dicho artículo. Dicha cuestión será tratada en el apartado correspondiente.

[421] Art. 19 de la Orden de 25 de noviembre de 1966 por la que se regula la colaboración de las Empresas en la gestión del Régimen General de la Seguridad Social.

[422] Cfr. STSJ Asturias 3567/2013, de 15 de noviembre (Rec. 1607/2013), en la que en su FJ cuarto descarta tener en cuenta el impago de IT ya que, efectivamente, el art. 50.1.b) hace referencia a conceptos salariales con STSJ Galicia 9846/2014, de 29 de octubre (Rec. 2687/2014) que, *a sensu contrario*, en su FJ sí que tiene en cuenta que no se ha procedido al pago de manera puntual, sin perjuicio de negarle su carácter salarial.

[423] Sobre su naturaleza salarial, encontramos los siguientes autores: DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.ª Luisa. "Las mejoras voluntarias de protección social. Naturaleza y régimen jurídico". *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. Junta de Andalucía, 1995, 36, pp. 87-118. ISSN 0213-0750. CASAS BAAMONDE, María E. *Autonomía colectiva y Seguridad Social: un estudio sobre la contratación colectiva en materias de Seguridad Social y conexas*. 1.ª Ed. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1977. ISBN 84-7196-059-1. Por otro lado, sobre su carácter extrasalarial: SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y GALIANA MORENO, Jesús M. "La limitación legal de las mejoras voluntarias establecidas por convenio colectivo a cargo de una empresa pública". *Actualidad Laboral*. Madrid: Wolters Kluwer, 1987, 1, p, 400. ISSN 0213-7097.

de la segunda de ellas[424]. Y, a nuestro modo de ver y subrayando lo complejo del asunto, debemos posicionarnos en favor de su calificación como salarial por las siguientes razones:

a) El nacimiento de la obligación puede tener carácter convencional o contractual, sin que en ningún caso provenga por parte de la Seguridad Social, lo que dificulta su encaje en el art. 26.2 ET.

b) No se puede oponer a su naturaleza retributiva el hecho de que no responda a la efectiva prestación de servicios ni a la disponibilidad del trabajador ya que, como se ha tratado, las tesis contractualistas y de puesta a disposición están superadas en base a la teoría de la dependencia y la ajenidad por la que se encontraría plenamente justificada la retribución sin los dos elementos anteriores.

c) Aun admitiendo las dificultades tendentes a su calificación, la fuerza atractiva como cláusula de cierre implicaría su calificación como retribución salarial y no extrasalarial.

Más allá de planos teóricos, el Tribunal Supremo mantiene el criterio de su carácter extrasalarial, por lo tanto, parece prudente situarlo dentro del apartado relativo a los conceptos extrasalariales, por lo menos desde un punto de vista práctico o de actuación frente a los tribunales. De igual modo, las indemnizaciones complementarias en caso de desempleo deben ser excluidas del art. 50.1.b) debido a su carácter extrasalarial[425], al igual que ocurre con las indemnizaciones por despidos, suspensiones o traslados, tal y como establece el art. 26.2 ET *in fine*.

4.2. La deuda no exigible

4.2.1. Aplazamiento

Se plantea la posibilidad de oponer a la pretensión resolutoria del art. 50.1.b) del ET el hecho de que se haya llegado a un acuerdo para posponer el momento del vencimiento y, por tanto, de la exigibilidad del objeto de la reclamación —el pago del salario—. Se plantean *prima facie* una serie de conflictos de normas, sobre todo en su vertiente colectiva. Será necesario dilucidar cómo encubren los siguientes aspectos: a) el hecho de

[424] Vid. STS 843/2013, de 18 de febrero (Rec. 886/2012).
[425] Vid. STSJ Cantabria 1027/1993, de 20 de diciembre (Rec. 1022/1993) cuando dispone: «La Sala ha de ratificar el certero criterio con que la sentencia de instancia excluyó los débitos por indemnizaciones complementarias de desempleo durante la suspensión de relaciones laborales, de la naturaleza salarial de los impagos que exige al efecto de que se trata el citado art. 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores».

que el art. 29.3 ET establezca que la periodicidad y la regularidad en las retribuciones no podrá exceder de un mes[426]; b) lo dispuesto por el art. 4.2.f) del ET cuando recoge el derecho de los trabajadores a la percepción puntual de su salario; c) la posibilidad acudir al mecanismo de descuelgue salarial del art. 82.3 ET; y d) la existencia de un mecanismo de modificación del «sistema de remuneración» contenido en el art. 41.2 ET.

Así, en primer lugar, tendremos que ver qué mecanismo es el más idóneo para plantear un aplazamiento o fraccionamiento en el pago de salarios debidos. La principal diferencia entre el mecanismo de descuelgue salarial y la modificación sustancial de las condiciones de trabajo vendrá determinado por la naturaleza de las mismas. Por ello, el empresario habrá de acudir al procedimiento previsto en el art. 41 ET cuando se pretendan modificar condiciones de trabajo reconocidas en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. Por el contrario, la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3 ET (art. 41.6 ET)[427].

Expuesto lo anterior, parece razonable atender a lo dispuesto en torno al descuelgue salarial cuando se quieran introducir medidas tendentes al aplazamiento o fraccionamiento del pago del salario debido, dada su mayor generalidad frente a la modificación sustancial, e incluir aquellos términos que regirán en la relación laboral en general y en la obligación del pago del salario en concreto con carácter *ad futurum*, produciéndose, en todo caso, una dilación en el abono de los mismos pero, en ningún caso, una renuncia totalmente proscrita.

Sin perjuicio de ello, cabe hacer una salvedad de carácter temporal. Con la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, se ha eliminado la posibilidad de llevar a cabo descuelgues que fijen condiciones salariales inferiores a la indicadas en el convenio sectorial de aplicación en la empresa, siendo la consecuencia más inmediata el hecho de que los descuelgues llevados a cabo con anterioridad al 31 de diciembre de 2021 se mantendrán en vigor hasta que pierdan su vigencia expresa y, como periodo máximo, hasta el 31 de diciembre del año 2022. Otra de las cuestiones que goza de una vital importancia se deriva del grado de

[426] Lo cual constituye un mínimo de derecho necesario y, por ende, indisponible.
[427] Vid. STS 2677/2021, de 8 de junio (Rec. 30/2020).

vinculación de los trabajadores de la empresa hacia el hipotético acuerdo de aplazamiento negociado entre la empresa y los representantes de los trabajadores: en definitiva, situar el grado de eficacia y la vinculación *ad extra* de ellos.

Para ello, será necesario acudir a la naturaleza jurídica del acuerdo de empresa en virtud del cual se pacta el descuelgue y las condiciones que regirán desde entonces. Coexisten tres posturas principales. La primera, de alcance minoritario, es la consideración del carácter extraestatutario y la naturaleza contractual de los acuerdos de empresa, por lo que su vinculación y eficacia únicamente se produce respecto a quienes lo suscriben y sus representados[428]. En segundo lugar, la consideración de su naturaleza normativa y su eficacia *erga omnes* dentro de la empresa[429]; y, finalmente, una postura ecléctica[430], con la que nos encontramos en plena sintonía, por la que se rechaza su naturaleza normativa, ya que no cumple los requisitos establecidos en el Título III del ET, sin embargo, sí que se les atribuye eficacia personal en base a la legitimación de los sujetos negociadores (art. 37.1 CE).

En el plano individual, la problemática resulta mucho más liviana ya que la libertad de pactos propia del ámbito civil y que, en cierto modo, influye en las relaciones laborales, otorga gran flexibilidad al empresario y al trabajador para acudir a mecanismos como el aplazamiento o fraccionamiento en el pago de salarios. A tal efecto, la cobertura jurídica vendrá dada principalmente por el art. 1255 del Código Civil y el art. 1125 del mismo cuerpo legal[431].

En base a todo lo expuesto, puede concluirse que los acuerdos de empresa en virtud de los cuales se acuerda el fraccionamiento y/o aplazamiento del cobro de salario son perfectamente válidos y su existencia tendrá una incidencia en la prosperabilidad de una pretensión resolutoria en el marco del art. 50.1.b) por cuanto afecta a una de las premisas más básicas de dicha institución, como es la exigibilidad de la deuda salarial, que habrá quedado aplazada hasta un momento posterior.

---

[428] APILLUELO MARTÍN, Margarita. "Acuerdos de empresa: funciones y eficacia". *Aranzadi Social.* Madrid: Thompson Reuters Aranzadi, 2006, 5, p. 625. ISSN 1131-5369.

[429] SALA FRANCO, Tomás y ALBIOL MONTESINOS, Ignacio. *Derecho Sindical*. 9.ª Ed. Valencia; Tirant lo Blanch, 2003, p. 310. ISBN 978-84-8442-898-5.

[430] SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo: estudio del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores*. 1.ª Ed. Pamplona: Aranzadi, 1999, p.188. ISBN 978-84-8410-046-1.

[431] Los cuales establecen, por un lado: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público y, por otro: Las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto sólo serán exigibles cuando el día llegue».

En el plano jurisprudencial se ha mantenido el criterio sentado por el Tribunal Supremo en el año 2012 en virtud del cual, mientras exista acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores —en los términos expuestos y con las salvedades inherentes a la alta casuística—, no podrá prosperar la acción resolutoria por no ser la deuda exigible ni estar vencida[432]. Sin perjuicio de lo anterior, conviene marcar una línea diferenciadora entre lo descrito anteriormente y los acuerdos informales entre empresarios y trabajadores, dado que carecen del vínculo jurídico necesario para estos últimos, además de su más que probable dificultad probatoria para el empresario en sede judicial[433].

4.2.2. Discrepancia sobre la cuantía o existencia de la deuda

Unas de las cuestiones principales a tener en cuenta en el contexto de las causas determinantes de la exención de la responsabilidad empresarial en relación con la acción del art. 50.1.b) es el hecho de que la deuda que se reclame por parte del trabajador se encuentre determinada o no pueda considerarse como controvertida[434]. Dicha afirmación responde a un razonamiento lógico: no puede sancionarse al empresario por no hacer aquello que no está obligado a hacer, derivando la carga de la prueba de la existencia del crédito salarial al trabajador, que deberá hacerla valer a través del oportuno procedimiento declarativo antes de actuar conforme a la pretensión extintiva[435]. Expuesto lo anterior, pueden darse situaciones en las que la empresa, de manera espuria, cuestione la determinación de la deuda con el fin de tratar de desvirtuar la reclamación por parte del trabajador, por lo que será necesario realizar un análisis apriorístico o «juicio de razonabilidad»[436] en virtud del cual filtrar, aunque *prima facie*, los visos de prosperabilidad de la alegación empresarial.

---

[432] La STS 2462/2012, de 05 de marzo (Rec. 1311/2011) se erige como la piedra angular sobre la que se construyen la mayoría de razonamientos sobre la materia en los Tribunales Superiores de Justicia y, en síntesis, recoge lo siguiente: «Los representantes de los trabajadores estaban informados y aceptaban el retraso en el pago como forma de solventar el mal momento económico, lo que era conocido por trabajadores que habían consentido cobrar con retraso para que la empresa siguiera adelante y no tuviera que reducir la plantilla […] Si existía un convenio sobre el aplazamiento del pago o su no exigencia puntual, no puede estimarse que la empresa incurriese en mora porque la deuda no estaba vencida, ni era exigible (artículo 1113 del Código Civil)».

[433] Vid. GONZÁLEZ DE PATTO, Bibl. cit., p. 206, donde se cita la STS 7468/2008, de 22 de diciembre (Rec. 294/2008) en la que se trata dicho extremo y se subraya la circunstancia de que el trabajador que no participó en el acuerdo se encontraba en situación de incapacidad temporal.

[434] Vid. STS 2363/1991, de 06 de mayo (Rec. 338/1991).

[435] Vid. STSJ Madrid 878/2019, de 21 de octubre (Rec. 878/2019), en la que se confirma la sentencia de instancia en virtud de la cual se desestima la pretensión del trabajador que fundamentaba la acción extintiva en base a un impago de plus de idioma y horas extraordinarias cuya obligación de pago por parte del empresario no se encontraba debidamente acreditado en los hechos probados.

[436] Vid. GONZÁLEZ DE PATTO, Bibl. Cit. p. 207.

A mi juicio, dejando de lado aquellos supuestos flagrantes en los que de manera palmaria se está reclamando un concepto salarial al que el trabajador no tiene derecho, la mayor problemática se genera en aquellos supuestos de condiciones más beneficiosas, dado que, como se ha señalado, no son pocas las veces en las que el empresario considera que posee plenas facultades para eliminar un determinado complemento salarial que, ciertamente, ya ha pasado a formar parte del inventario de derechos del trabajador y a cuyo pago ha quedado definitivamente obligado. Finalmente, cabe señalar que la casuística al respecto es lo suficientemente rica como para tratar cada supuesto de manera individualizada, ya que la controversia puede darse tanto en la exigibilidad de un determinado concepto[437] como, sin cuestionarse su exigibilidad, sin discrepar estrictamente en lo que a la cuantía se refiere.

4.3. El impago por causa imputable al trabajador

La doctrina de los actos propios (el apotegma *venire* contra *factum propium*) proclama la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y a la imposibilidad de adoptar después un comportamiento que la contradiga[438]. Extrapolando dicha afirmación al marco de la extinción indemnizada nos encontramos con la imposibilidad de que el trabajador actúe en base al art. 50.1.b) cuando la causa del impago o de los retrasos se deba a una causa imputable al mismo.

Como ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Supremo, no puede entenderse sea una omisión en el abono del salario debido al trabajador cuando ha sido requerido en diversas ocasiones para proceder a su cobro y se ha rehusado su recepción[439]. En aplicación de dicha doctrina, se han asentado las bases en los tribunales de suplicación que giran en torno a la idea de que la voluntad impeditiva[440] u obstativa[441] para el efectivo cobro por

[437] Vid. STSJ Madrid 869/2012, de 12 de diciembre (Rec. 3128/2012) en la que se desestima la pretensión del trabajador, ya que se trataba de cantidades no reconocidas por la empresa que, además, el trabajador había cobrado a través de una sociedad interpuesta. La STSJ Andalucía 1814/1992, de 28 de septiembre (Rec. 1571/1992), desestima nuevamente la pretensión del trabajador al estar recogido el concepto salarial reclamado en un convenio colectivo que se encontraba suspendido por impugnación, razonando la sala que dicha cuestión jurídica no debía ser entendida como un «capricho» de la empresa para no proceder al pago reclamado.

[438] Vid. STS 8413/2006, de 19 de diciembre (Rec. 2659/2005).

[439] Vid. STS de 17 de diciembre de 1987.

[440] Vid. STSJ Castilla y León, de 16 de enero (Rec. 2599/2000), en virtud de la cual la sala niega la extinción indemnizada vía art. 50.1.b) en tanto que el trabajador había negado de manera expresa la recepción del salario en su entidad bancaria actual y se negaba a proporcionar una distinta para que la empresa le abonara el salario.

[441] Vid. STSJ Castilla La Mancha 1655/2002, de 16 de octubre (Rec. 1025/2002), en la que la pretensión de la trabajadora es desestimada por haber reconocido que no acudía a las oficinas de la empresa de manera intencionada y por dicha circunstancia no podía cobrar su nómina.

parte del trabajador de los salarios devengados a su favor en ningún caso pueden ser considerados como causa que justifique el recurso a la vía de la extinción indemnizada.

Desde el punto de vista del trabajador, parece claro que no podrán rechazarse los salarios ofrecidos por el empresario so pretexto de que son inferiores a los realmente debidos, pues procedería actuar por la vía de la reclamación de cantidad en base a las diferencias salariales estimadas. *A sensu contrario*, desde la óptica de la empresa y a efectos de preconstituir prueba por si el trabajador inicialmente renuente a recibir los salarios posteriormente alegara que es la empresa la que no ha querido abonarlos sin constar negativa por su parte a recibirlo, sería conveniente llevar a cabo requerimientos dotados de fehaciencia (véase burofax) o conforme al art. 1178 del Código Civil en relación con aquellos de aplicación contenidos en la Ley de Jurisdicción Voluntaria o legislación notarial.

4.4. La tesis de la tolerancia como manifestación de la aquiescencia del trabajador

En apartados anteriores se ha analizado si el pago o la regularización de las cantidades debidas, con carácter previo al acto del juicio, puede constituir un mecanismo enervador para eximir de responsabilidad al empresario frente a la acción extintiva al amparo del art. 50.1.b) interpuesta por parte del trabajador. En tal sentido, la respuesta arrojada ha sido de carácter negativo, dado que ya se había producido la «foto fija» que iba a ser objeto de enjuiciamiento y, como mucho, se le podría reconocer la satisfacción de las cantidades reclamadas en una hipotética reclamación de la cantidad pretendida junto con la extinción, pero no una enervación de esta última. En el contexto de la enervación de la acción extintiva, se plantea si la falta de reclamación por parte de un trabajador, durante cierto tiempo, puede tener la virtualidad suficiente para que se agote la responsabilidad del empresario frente a la extinción indemnizada: es decir, si la tolerancia de los impagos y retrasos supone un consentimiento tácito de los mismos y por ello no puede ser luego pretendida la acción resolutoria del art. 50.1.b).

La jurisprudencia de casación, sin embargo, interpreta dicha cuestión sobre la base de que la tolerancia del trabajador al respecto es absolutamente indiferente, pudiéndose instar la resolución indemnizada sin limitación alguna y sin necesidad de preaviso o requerimiento previo a la empresa. La Sala IV[442] se pronuncia tanto sobre su posibilidad enervadora como sobre la necesidad de un requerimiento previo por parte del trabajador *ex ante* de

[442] Cfr. STS 4593/2009, de 10 de junio (Rec. 2461/2008); STS 4358/2013, de 16 de julio (Rec. 2275/2012); STS 6598/2013, de 19 de noviembre (Rec. 2800/2012).

interponer la demanda extintiva y llega a las siguientes conclusiones. En primer lugar, establece que la falta de requerimiento previo a la empresa no puede ser entendido como contrario a la buena fe ni suponer un abuso de derecho, ya que la Ley no exige como requisito previo la necesidad de requerir a la empresa. Asimismo, señala que si partimos de la premisa de que el actual art. 50 ET trata de ser el reflejo laboral del art. 1.124 CC y lo analizamos comparativamente, encontramos que no se condiciona la solicitud de resolución por incumplimiento a la previa exigencia de que la obligación sea cumplida ni siquiera en sede civil.

Por otro lado, señala que admitir la tesis de la tolerancia previa supondría una grave inseguridad jurídica para el trabajador, pues se le estaría exigiendo ponderar y determinar el momento exacto o los límites entre incumplimiento grave suficiente para acudir al art. 50.1.b) pero con la necesidad de calibrar para que no sea entendido como una tolerancia o aquiescencia enervante. De igual modo, admitir el planteamiento de la tolerancia previa supone una prescrita renuncia al derecho a instar judicialmente la extinción del contrato mediando causa legal, y además, supone una «invitación a la litigiosidad» que, en puridad, estaría castigando al trabajador más paciente.

Respecto a la mala fe del trabajador que primero se aquieta y posteriormente inicia una demanda para obtener la extinción indemnizada, señala que no parece lógico aceptar la pretensión de que el trabajador actúe de mala fe por no comunicar la posibilidad de acudir a los tribunales a aquel empresario que vulnera, de manera sistemática, la obligación legal del pago del salario. Además, termina señalando que el ejercicio de derechos únicamente es modulable por la inactividad de su titular cuando el legislador así lo disponga —con una clara referencia a la prescripción y caducidad—, reiterando nuevamente que no cabe introducir ningún otro requisito que niegue virtualidad a la acción.

Por todo ello, no puede considerarse que la aquiescencia del trabajador respecto a los impagos o los retrasos continuados sea un medio válido de defensa por parte de la empresa. A pesar de lo anterior, se han encontrado pronunciamientos en sede de suplicación que suponen una quiebra, a saber: El TSJ de Madrid enfrenta un supuesto en el que el pago llega los días 17-21 de cada mes durante el año 2018 y los días 5-9 en el año 2019. Así, la Sala entiende que solo puede tener en cuenta los del año 2019, ya que no considera razonable que la trabajadora no hubiese llevado a cabo reclamación alguna ante una conducta más grave que la actual hasta pasado un año y tras haber empezado a abonar la retribución de una manera más favorable. Sin perjuicio de ello, se puede concluir que se vuelve a imponer el «halo de objetividad» que rodea a la institución

resolutoria en virtud de la cual, determinada la gravedad de las irregularidades empresariales, resultan absolutamente intrascendentes las circunstancias que pudieran ser atenuantes de dicha responsabilidad: ni la mala situación económica, ni su abono con carácter previo al acto del juicio ni, como se ha visto, el hecho de que el trabajador haya aceptado siquiera tácitamente dichos incumplimientos.

5. Análisis de la gravedad y la culpabilidad como elementos delimitadores del supuesto. Criterios jurisprudenciales y abandono de las tesis subjetivistas

5.1. La gravedad del incumplimiento

A la hora de analizar la gravedad relativa a la falta de pago o los retrasos continuados en el abono del salario pactado, deviene imprescindible dilucidar si dicha gravedad viene dada *per se*, porque el salario es un aspecto tan esencial en la relación laboral que el mínimo retraso o impago ya implica un acto dotado de gravedad[443]; o, por el contrario, si se requiere un plus adicional de gravedad más allá que la propia del objeto del incumplimiento en sí. Es decir, si el retraso y el impago deben tener cierta entidad adicional.

Si acudimos a la norma encontramos que el apartado b) del art. 50.1 ET no hace referencia a la gravedad como elemento del tipo, lo que puede llevar a pensar que dicho incumplimiento ya goza de por sí de una gravedad que permite acudir al mecanismo de la extinción indemnizada ante el primer incumplimiento empresarial[444]. Sin embargo, se trata de un planteamiento erróneo, ya que es criterio unánime en doctrina y jurisprudencia aquel en virtud del que se opta por exigir un plus adicional de gravedad más allá que el otorgado *ab origine*[445]. Lo cual es lógico tanto desde el prisma civil, que opta siempre por el principio de conservación de los contratos, como desde la propia idiosincrasia de la institución extintiva, que únicamente proporciona el remedio de la extinción indemnizada a aquellos incumplimientos que tenga una entidad suficiente para activar un mecanismo tan severo como la finalización de la relación laboral.

[443] Vid. Las apreciaciones hechas al respecto en este mismo trabajo en el apartado relativo al objeto del incumplimiento resolutorio.
[444] En tal sentido, VIQUEIRA PÉREZ, Carmen. *La resolución del contrato de trabajo a instancias del trabajador por incumplimiento del empresario.* 1.ª Ed. Madrid: Civitas, 1993, p. 112. ISBN 978-84-4700-2900.
[445] Vid. SEMPERE NAVARRO y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Bibl. cit. p. 79; GONZÁLEZ DE PATTO, Bibl. Cit. p. 213.

¿Quiere decir esto que el incumplimiento casual y no dotado de la gravedad exigible en el marco de la extinción indemnizada goza de inmunidad? Evidentemente, no. Dicho incumplimiento encuentra dos elementos correctores en nuestro ordenamiento jurídico: por un lado, las cantidades objeto de impago total o parcialmente comenzarán a devengar el interés moratorio del 10 % contenido en el art. 29.3 ET[446]; por otro, no es menos cierto que dicha conducta puede ser calificada como infracción administrativa por parte de la ITSS conforme a lo dispuesto en la LISOS y derivar en sanciones para el empresario incumplidor[447]. Es decir, se trata de un sistema en cierto modo gradualista que, a medida que se van incrementando los perjuicios derivados de la falta de pago o del retraso en el mismo, va ascendiendo la severidad que el ordenamiento proporciona, oscilando desde unos intereses iniciales para aquellas situaciones que sean esporádicas y elevándose hasta la indemnización más alta que contempla el ordenamiento jurídico cuando confluyan las notas de gravedad necesarias.

En consonancia, y con fundamento en el marco teórico propio de la doctrina civilista en torno al art. 1.124 CC, cabe añadir que la gravedad del incumplimiento debe recaer sobre una obligación principal del sinalagma contractual, esto es, sobre uno de los dos pilares básicos en los que se asienta el sistema de obligaciones mutuas que nacen del contrato de trabajo y que, en caso de desaparecer una de ellas —en este caso, el pago del salario por parte del empresario—, desembocaría indefectiblemente en que la contraparte viera frustradas sus legítimas expectativas en torno al negocio jurídico, perdiendo el interés en la subsistencia del mismo. Es decir, no es lo mismo el impago de un complemento de bolsa de vacaciones prorrateado de manera mensual que pudiera ascender a 10 € que dejar sin abonar el salario base en su totalidad por un importe de 995 €.

Como ya se ha comentado, además de constatar el incumplimiento, este debe gozar de las notas de transcendencia o intensidad necesarias para poder justificar el recurso a la extinción indemnizada. Sin embargo, el ordenamiento jurídico laboral no cuenta en la actualidad[448] con unos criterios objetivos de determinación que permitan apreciar la

[446] A la hora de utilizar el término adecuado para calificar el interés por mora del art. 29.3 ET, cabe traer a colación la STS 17147/1990, de 9 de febrero (Rec. 159/1986), en la que se dispone lo siguiente: «El concepto de "interés", que utiliza el precitado artículo del Estatuto, no es jurídicamente equiparable al de pena, multa o recargo, sino al de compensación indemnizatoria por la mora en el pago».

[447] Al respecto, véase el art. 8 y art. 40 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social en virtud del cual se considera infracción muy grave el impago y los retrasos reiterados en el pago del salario debido, pudiendo acarrear al empresario sanciones de entre 7.501 a 225.018 €.

[448] El Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, de 8 de junio de 2023, en su Disposición Final 4.ª, recoge una modificación en el art. 50.1.b) del ET por la que se incluye de manera específica cuándo debe entenderse que concurre la gravedad necesaria para acudir a la

concurrencia de la causa. Por ello, la doctrina de suplicación[449] y el Tribunal Supremo (con las especialidades propias en cuanto al acceso que tiene —y debe tener— todo tribunal de casación)[450], a la hora de apreciar la existencia de gravedad, recurre al triple criterio objetivo, temporal y cuantitativo de manera que en base al resultado que arroje la situación fáctica en contraste con dicho criterio, podrá deducirse la existencia de gravedad y por ende el acceso del caso enjuiciado a la extinción indemnizada.

Respecto al primero de ellos, el criterio objetivo, consiste en la irrelevancia de la culpabilidad empresarial a la hora de justificar el impago de salarios o el retraso en el abono. Es decir, resulta irrelevante que la causa tenga un fundamento detrás que lo justifique o que sirva como elemento de descargo para el empresario. Dado el retraso o el impago, con las notas de gravedad necesarias, su estimación o no será ajena al hecho de que haya concurrido cualquier tipo de circunstancia, imprevisible o no, para el empresario. Dentro de la casuística típica en la que se ha aplicado dicho criterio podemos encontrar la mayoría dentro del contexto de dificultades económicas; el marco de un despido colectivo[451], una situación general de crisis dentro de la empresa[452] o la declaración de concurso[453]. No obstante, habiendo reseñado su irrelevancia, nos remitimos a los apartados correspondientes de este trabajo donde se abordará dicha cuestión, con la especial situación que se deriva en los casos de que la crisis empresarial se traslade al ámbito concursal. Si algo debe quedar reseñado a la hora de colmar las exigencias propias del criterio objetivo es que, en todo caso, los impagos deben superar

extinción indemnizada en los supuestos de falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado. En tal sentido, cabe señalar que algún TSJ ya viene haciendo expresa referencia a la pretendida modificación, aunque solo sea a efectos orientativos (STSJ Madrid 10289/2021, de 08 de octubre (Rec. 628/2021).

[449] Analizando las sentencias de los distintos Tribunales Superiores de Justicia en relación con la forma de medir la gravedad de los impagos o de los retrasos continuados en el último lustro, todas coinciden en la misma fórmula. Esto es, acudir al triple criterio objetivo, cuantitativo y temporal aplicado por primera vez en la STS 312/1999, de 25 de enero (Rec. 4275/1991). Prueba de ello, vid. STSJ Andalucía 12475/2021, de 27 de octubre (Rec. 107/2020); STSJ Madrid 13000/2020, de 20 de noviembre (Rec. 652/2020); STSJ Cataluña 10402/2019, de 17 de diciembre (Rec. 5134/2019).

[450] El hecho de sostener que se acude en menor medida va más allá de ser una consecuencia ineludible a la vista de la idiosincrasia propia de un tribunal de casación, sino que, como ha tenido ocasión de declarar el Tribunal Supremo recientemente en ATS 7599/2020, de 17 de septiembre (Rec. 3783/2019) con acopio de la jurisprudencia de la Sala que ratifica dicho criterio: «La calificación de conductas a efectos de su inclusión en alguno de los diferentes apartados del número 1 del artículo 50 del Estatuto de los trabajadores no es materia propia de la unificación de doctrina ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales».

[451] Vid. STS 2883/2001, de 05 de abril (Rec. 2194/2000).

[452] Vid. STS 5153/2013, de 24 de septiembre (Rec. 3850/2011).

[453] Vid. STS 4048/2013, de 20 de mayo (Rec. 1037/2012).

los tres meses, no pudiendo tener por cumplido dicho requisito para periodos inferiores de tiempo[454].

Respecto del criterio cuantitativo y temporal, habrá que entrar a valorar tanto la continuación como la persistencia, siendo insuficiente un impago o un retraso aislado o esporádico[455]. En este punto debe diferenciarse entre las premisas básicas a la hora de evaluar la gravedad de un impago y las propias de un retraso en el abono. Respecto a los primeros, el criterio temporal que sirve como elemento definitorio para los tribunales al plantearse la gravedad oscila alrededor de los tres meses, siendo las posibilidades de éxito para periodos de impagos de salario por un tiempo menor manifiestamente bajas y abocadas a la no estimación en sede jurisdiccional. En cuanto a los retrasos continuados, rige la regla de que, para su valoración, es necesario atender tanto a su reiteración como a su persistencia, de tal modo que, si el promedio mensual de demora aumenta, debe reducirse el periodo de retrasos, ya que coexiste una relación inversa de proporcionalidad[456].

En tal sentido, el Tribunal Supremo ha considerado motivo suficiente para apreciar la existencia de causa resolutoria en los siguientes supuestos: a) Dilaciones de entre 10 y 15 días durante el periodo de febrero 2003 a diciembre 2007; b) abono en el mes de febrero de 2008 de parte de las nóminas correspondiente a los tres últimos meses de 2007; c) la demora de entre 18 y 26 días en cinco mensualidades; d) los retrasos continuados de entre uno y dos meses durante un periodo superior al año; e) el retraso que afecta a cinco mensualidades, abonadas con demoras de entre 15 días y tres meses.[457] Por su parte, del análisis de las sentencias de la doctrina de suplicación se han extraído los siguientes criterios seguidos por los tribunales: a) Impago de cinco mensualidades y retraso de diez; b) impago de tres pagas extras, una ordinaria y parte de otras; c) retrasos en el abono de salarios de noviembre de 2018 a julio de 2019 y del pago delegado del subsidio de IT desde agosto de 2019 a febrero del mismo año[458].

---

[454] Vid. STS 5689/2016, de 09 de diciembre (Rec. 743/2015).

[455] LOUSADA AROCHENA, Fernando. "El artículo 50 del estatuto de los trabajadores". *Revista de Derecho Social*. Albacete: Bomarzo, 2009, 58, pp. 111. ISSN 1138-8692.

[456] QUIRÓS HIDALGO, J. Gustavo. La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador. En: Juan José FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, coord. *Tratado del despido*. 1.ª Ed. Madrid: Wolters Kluwer, 2018, p. 340. ISBN 978-84-9020-364-4.

[457] Cfr. STS 4593/2009, de 10 de junio (Rec. 2461/2008); STS 7472/2010, de 09 de diciembre (Rec. 3762/2009); STS 4038/2020, de 20 de mayo (Rec. 1037/2012); STS 6598/2013, de 19 de noviembre (Rec. 2800/2012); y STS 4340/2019, de 19 de diciembre (Rec. 2915/2017).

[458] Cfr. STSJ Islas Canarias 3505/2013, de 27 de septiembre (Rec. 626/2013); STSJ Castilla la Mancha 297/2013, de 1 de febrero de 2013 (Rec. 1448/2012); y STSJ Madrid 8010/2021, de 12 de julio (Rec. 345/2021).

Como podemos observar, se trata de una serie de criterios establecidos judicialmente que suple la falta de parámetros en la normativa laboral tendente a fijar unos plazos mínimos según los cuales se pueda entender que estamos ante unos impagos o unos retrasos subsumibles dentro del ámbito de aplicación de la extinción indemnizada. A mi juicio, contribuiría de manera positiva la introducción en la legislación una serie de presunciones *iuris tantum* conforme a los criterios de la Sala IV y de la doctrina de suplicación. Ya que, como se verá en el apartado correspondiente a las causas de exención de la responsabilidad empresarial, la concurrencia del criterio temporal, cuantitativo u objetivo, si bien es un indicador de viabilidad de la acción, será necesario comprobar que no existen elementos que puedan destruir dicha presunción (véase un acuerdo de aplazamiento).

5.2 La culpabilidad. Evolución de la tesis subjetiva a la tesis objetiva

Si bien la gravedad ocupa un lugar nuclear a la hora de estimar la pretensión extintiva con base en art. 50.1.b), la culpabilidad ocupa un lugar secundario. Dicho de otro modo, el hecho de que existan causas justificativas que pudieran servir de descargo o atenuante de la conducta empresarial —véase, por ejemplo, una mala situación económica— no impide que prospere la acción resolutoria, pues la ausencia de culpabilidad no debilita la extinción indemnizada. No obstante, aunque hoy en día constituye doctrina consolidada de la Sala IV, es fruto de un proceso de evolución por parte de nuestros tribunales. Así, inicialmente, no solo se exigía que se dieran las notas de gravedad para estimar el incumplimiento empresarial, sino que, haciendo un paralelismo con el despido disciplinario, se exigía que también confluyeran las notas de culpabilidad[459].

Sin perjuicio de los pronunciamientos de marcado carácter restrictivo que protagonizaron la tendencia que seguía el alto tribunal a la hora de interpretar el art. 50.1.b) a finales de los años ochenta, esos planteamientos fueron superados rápidamente. En su lugar, a principios de los años noventa tomó fuerza la tesis —que aún persiste— de que lo verdaderamente determinante en una materia tan casuística como es la extinción indemnizada es la gravedad del impago y/o los retrasos continuados, no siendo posible

[459] Vid. STS 13517/1986, de 04 de diciembre, cuando dispone: «No pueden objetivizarse y aplicarse mecánicamente los supuestos legales de incumplimiento que el Estatuto tipifica, sino que admiten y exigen su matización por los órganos jurisdiccionales, atendiendo a las circunstancias tanto objetivas como subjetivas que en cada caso concurran»; y STS 13519/1987, de 20 de enero, donde se dice: «Solamente hubo una demora en su abono, debido a dificultades justificadas y pasajeras de tesorería; en las que el trabajador debe sentirse solidario, dado el moderno concepto de empresa y de relación laboral».

modular la responsabilidad del empresario por la vía de la no culpabilidad como si nos encontráramos ante el trasunto empresarial del art. 54 ET[460].

Desde la perspectiva del paso del tiempo, y en la línea que han sostenido otros autores[461], se puede afirmar que se ha producido una evolución de la tesis interpretativa predominante a la hora de abordar la extinción indemnizada, pasando de una teoría subjetivista donde las circunstancias pudieran tener una influencia directa en el sentido del fallo, a una teoría objetivista donde, acreditada la gravedad, en nada interesa al juzgador la concurrencia de culpas. En tal sentido, mostramos nuestra más absoluta conformidad con dicho planteamiento. La razón principal reside en que aceptar que el trabajador deberá soportar el impago o los retrasos continuados por el simple hecho de que no medie culpa del empresario vendría a significar tanto como aceptar que el trabajador debe asumir los riesgos propios del trabajo, siendo precisamente la no asunción de los mismos la cualidad que define la prestación de servicios por cuenta ajena (art. 1.1 ET).

Es decir, el trabajador que ha prestado sus servicios para el empresario es acreedor de dicho salario y bajo ningún concepto se le puede obligar a permanecer en la relación laboral cuando los incumplimientos empresariales son de una entidad suficiente para solicitar la extinción indemnizada, porque entonces se le estaría situando en una posición de asunción de riesgos del mismo nivel que el empresario pero sin beneficiarse de los frutos que hubieran podido generarse y, en todo caso, con una evidente falta de ajenidad más propia del trabajador autónomo que del asalariado.

En apoyo de tal planteamiento, las causas de fuerza mayor quedan exentas de la sanción prevista para el incumplimiento del empresario, lo que sostiene que únicamente será excusable la falta de pago o los retrasos continuados cuando sea materialmente imposible que el empresario tenga la posibilidad de cumplir[462]. Finalmente, cabe señalar que el hecho de que el impago o el retraso continuado tenga su origen en una mala situación económica de la empresa, en consonancia con la ausencia de trascendencia de la

[460] Vid. STS 2533/1992, de 24 de marzo (Rec. 413/1991) y STS 9173/1994, de 29 de diciembre (Rec. 1169/1994).
[461] GONZÁLEZ DE PATTO, Bibl. cit. p. 216.
[462] En tal sentido, cabe traer a colación la STSJ Madrid 890/2021, de 05 de febrero (Rec. 763/2020), en la cual se entiende que el retraso en el abono en el abono del más de tres mensualidades del salario por parte de una empresa municipal no constituye un incumplimiento que justifique la resolución del contrato del art. 50 ET dadas las dificultades para el reconocimiento de la subvención provocada por el COVID-19 sobre la que dependía la actividad.

culpabilidad ya reseñada, no justifica de ninguna manera los incumplimientos empresariales[463].

Aunque, ciertamente, cabe sostener dicha afirmación siempre y cuando nos encontremos en el ámbito extra concursal, ya que una de las consecuencias más determinantes del desplazamiento de la competencia de la jurisdicción social a la jurisdicción mercantil en el caso del ERE concursal es la determinación del *quantum* indemnizatorio, dado que pasa de ser el equivalente al despido improcedente al despido objetivo, produciéndose un evidente perjuicio para el trabajador en el supuesto de que la crisis de empresa se encuentre judicializada o no.

6. Análisis jurídico de la institución resolutoria del art. 50 ET en el marco del procedimiento concursal del TRLC.

6.1. Ámbito material: la causa debe ser la situación económica del concursado

A la hora de abordar el ámbito material de las resoluciones contractuales iniciadas por los trabajadores al amparo del art. 50 ET, conviene hacer un breve recorrido sobre la regulación contenida en el art. 64.10 de la Ley Concursal del año 2003, su posterior modificación en el año 2011, hasta llegar a la normativa vigente hoy en día contenida en el TRLC. De esta manera, se podrá dar respuesta al elemento fundamental sobre el que se construye dicha cuestión: la causa justificativa de la extinción. En este supuesto encontramos una diferencia fundamental entre la LC y el actual TRLC que expande los contornos de las causas que pueden ser subsumidas dentro de las resoluciones contractuales que pudieran tener carácter colectivo. Así, hemos pasado de que la norma nos redirija al art. 50 ET (art. 64.10 LC) a que la redirección se lleve a cabo no a un artículo en concreto de la normativa laboral, sino a esta en su conjunto.

La evolución y las posibilidades que se abren son palpables, dado que pasan a ser subsumibles supuestos hasta entonces no derivados del tenor literal de la norma, como modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo o traslados de trabajadores[464].

[463] Vid. STS 2462/2012, de 05 de marzo (Rec. 1311/2011); STS 8754/2012, de 03 de diciembre (Rec. 612/2012) y STS 1766/2013, de 25 de febrero (Rec. 380/2012).

[464] Dicha cuestión fue objeto de controversia entre la doctrina científica y de suplicación ya que, aunque los primeros sostenían las causas contenidas en los apartados a) y c) del art. 50.1 ET debían ser conocidas por el Juzgado de lo Mercantil una vez verificada la existencia de la causa contenida en el apartado b) —y solo volver a la jurisdicción social en el caso de que esta última fuera desestimada—, la doctrina de suplicación en sentencias como STSJ Castilla La Mancha 1485/2005, de 16 de mayo (Rec. 211/2005), sostenía que si bien el Juez de lo Social debe abstenerse de conocer sobre la causa del apartado b) por corresponder al Juez de lo Mercantil, de ningún modo puede dejar imprejuzgados los motivos alegados conforme al apartado a) y c).

En este aspecto, se comparte la opinión de algunos autores sobre la cierta «intrascendencia» de dicha inclusión en el marco concursal habida cuenta de que, en términos económicos, una MSCT o un traslado sustanciado ante el Juzgado de lo Social derivaría en una indemnización de 20 días por año, que es la misma que la establecida para las extinciones en sede mercantil, por lo que ningún perjuicio o aprovechamiento pudiera derivarse de su sustanciación ante una jurisdicción u otra[465].

Sin perjuicio de ello, el único requisito inescindible que debe llevar aparejada la causa en la que se fundamente es que tenga su origen en la situación económica del concursado, siendo un requisito que se ha mantenido incólume en las diferentes normativas[466]. En tal sentido, habrá que atender a las circunstancias concurrentes de cada caso concreto, ya que no es lo mismo un impago de salarios por una situación desfavorable en términos estructurales de la situación económica de la empresa que el impago basado en la mera relación empleador-trabajador y sus discrepancias respecto a un determinado concepto retributivo sin incidencia general en la empresa, que no trasciende más allá de una vicisitud circunstancial[467].

6.2. Ámbito temporal y competencial: la técnica de la colectivización y la concurrencia de jurisdicciones. Problemática relativa en los casos de grupo empresarial

En el segundo de los supuestos, la LC establecía que las resoluciones individuales extintivas deberían presentarse de manera ordinaria ante los Juzgados de lo Social hasta que se produjera su colectivización por superación de los umbrales establecidos en el art. 64.10 de dicho cuerpo legal. Ahora bien, una vez declarado el concurso y superado el umbral, los Juzgados de lo Social debían declararse no competentes en favor del Juzgado de lo Mercantil que estuviera conociendo de dicho ERE concursal. Con la reforma operada en el año 2011 y refrendada tras la promulgación del TRLC, el requisito de superar el umbral numérico de extinciones individuales como premisa necesaria para colectivizar las extinciones desaparece. A tenor de dicha normativa, se paralizarán aquellos procedimientos iniciados por el Juez de lo Social desde la primera resolución

[465] Vid. PÉREZ PÉREZ, Elena. *Empresa concursada: regulación de empleo y sucesión en la venta de unidades productivas.* 1.ª Ed. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2021, p. 133. ISBN 978-84-34027411.
[466] A modo ejemplificativo, una demanda por acoso laboral se sustanciaría ante la jurisdicción social sin perjuicio de haber iniciado un ERE concursal por la sencilla razón de que no trae causa de la situación económica del concursado.
[467] En definitiva, como acertadamente se señala en VIQUEIRA PÉREZ, Carmen. "La extinción del contrato por voluntad del trabajador en la empresa concursada". *Revista de Derecho Social*. Albacete: Bomarzo, 2022, 84, p. 45. ISSN 1138-8692.

individual que se presente[468] y que esté fundamentada en causas económicas[469]. De igual modo, lo que hay que tener en cuenta para evaluar la sustanciación de las demandas en una jurisdicción o en otra no será el momento de declaración del concurso, sino la fecha de solicitud del mismo.

De tal modo que, una vez iniciado el procedimiento de despido colectivo, las demandas en curso deberán ser suspendidas siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) se traten de resoluciones contractuales derivadas de la situación económica del concursado y contenidas en la legislación laboral; b) las demandas que contengan dicha pretensión deben haber sido interpuestas con posterioridad a la fecha de solicitud del concurso. Si la demanda se ha interpuesto con anterioridad, la jurisdicción social mantendrá plenamente su competencia[470], en caso de haber sido posterior, deberá suspender sin más trámite; y c) el procedimiento deberá estar pendiente de resolución firme.

En primer lugar encontramos, como se ha señalado en apartados anteriores, que no nos ceñimos a las resoluciones contractuales instadas por el trabajador y basadas en un incumplimiento del art. 50.1 ET, sino que se extiende a toda la normativa laboral. En segundo lugar, la fecha decisiva será aquella en la que se produzca la solicitud del concurso. En este extremo, la normativa ha sufrido una evolución: el originario art. 64.10 LC en su redacción en el año 2003 marcaba el punto diferenciador en la fecha de declaración del concurso, por lo que aquellos trabajadores que lograban presentar su demanda en ese ínterin en el que la empresa anunciaba su inminente situación de concurso y aquel momento en el que se dictaba el auto a tal fin, suponía una última oportunidad para poder optar por una indemnización conforme a la norma estatuaria de 45 días por año, en lugar de aquella que eventualmente pudiera ser concedida en sede concursal equivalente a 20 días por año.

En tercer y último lugar, se hace necesario cerciorarse de que el procedimiento se encuentra pendiente de resolución firme por razones eminentemente procesales y de orden público. En tal sentido, dadas las condiciones anteriores, los Juzgados de lo Social

[468] Dispone el art. 185.1 TRLC: «Los jueces del orden social suspenderán la tramitación de la totalidad de los procesos individuales posteriores a la solicitud del concurso pendientes de resolución firme».
[469] En dicha evolución legislativa se ha eliminado la *fictio iuris*, que se desprendía del tenor literal de la norma cuando disponía: «Tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo».
[470] No obstante, dicho razonamiento no está exento de pronunciamientos judiciales contradictorios. En tal sentido, vid. ATS 1360/2020, de 13 de febrero (Rec. 16/2019) en virtud de la cual, con cita de los autos recaídos en situaciones similares ante esa misma Sala Especial del art. 42 LOPJ, dispone que aunque las demandas fueran presentadas con carácter previo a la declaración del concurso, la competencia corresponde al Juez de lo Mercantil conforme al art. 64 LC —que actualmente se encuentra en el art. 185 TRLC—.

deberán suspender los procedimientos que se hallen en curso en favor de los Juzgados de lo Mercantil que estén conociendo de la extinción colectiva y, una vez dictado el oportuno auto judicial que resuelva la cuestión, la consecuencia puede ser distinta: i) que la extinción colectiva se acuerde y los procedimientos inicialmente suspendidos se archiven merced de la fuerza de cosa juzgada que sobre la cuestión debatida en los mismos tendría el auto dictado por el juez de lo mercantil; o ii) que no se estime el carácter colectivo de las demandas interpuestas y se acuerde devolver las actuaciones al juez de lo Social, que deberá continuar los procedimientos y comunicar los créditos a la Administración concursal —hasta entonces contingentes y que derivarán en créditos contra la masa[471]— en la medida que la ejecución corresponderá a la sede mercantil.

La cuestión relativa a si, estando pendiente de resolución una demanda de extinción de contrato, el juez de lo Mercantil es competente para resolver la extinción colectiva de contratos solicitada por el empresario concursado encontrándose, dentro de los afectados por dicha extinción, el trabajador que tiene pendiente ante el juzgado de lo Social una demanda de extinción formulada al amparo del art. 50.1.b) ET ha sido resuelta por la Sala IV en diversas sentencias, cuyos argumentos principales extrapolados a la legislación contenida en el TRLC se pueden clasificar en:

a. La competencia del juez Mercantil viene determinada de manera expresa en el art. 53.1 TRLC.
b. No existe precepto alguno en el TRLC ni en la LRJS que excepcione lo dispuesto en el apartado anterior y que, por tanto, le prive de competencia en tal sentido.
c. La pendencia de una demanda de extinción ante el Juzgado de lo Social no implica una suerte de litispendencia respecto a la acción de extinción colectiva de los contratos de trabajo ante el Juzgado de lo Mercantil.
d. La pendencia de una demanda de extinción ante el Juzgado de lo Social no tiene ninguna incidencia sobre la vigencia del contrato, ya que la sentencia constitutiva de carácter firme es la única vía para la extinción del mismo.
e. La posibilidad de coexistencia de ambos procedimientos tiene cabida en nuestro ordenamiento. En tal sentido, cabe citarse la posibilidad de acumular la acción de despido y la de extinción contractual del art. 50.1.b).

[471] Esta consecuencia viene dada por el hecho de que la sentencia que se dicte ante el Juzgado de lo Social tendrá efecto constitutivo. En tal sentido, vid. STS 5066/2011, de 22 de junio (Rec. 3198/2009).

Expuesto lo anterior, resulta interesante ahondar sobre dos puntos fundamentales: litispendencia y vigencia. En primer lugar, la litispendencia, para que se aprecie la misma es necesario que se cumpla el triple requisito de: a) identidad de partes o identidad subjetiva; b) identidad de objeto del proceso o identidad objetiva; y (c) pendencia de auténticos procesos en los que la demanda haya sido admitida a trámite. En el presente caso, si bien se da lo dispuesto en los apartados a) y c), dicho planteamiento quiebra a la hora de valorar la identidad de objeto, ya que el planteamiento sustanciado en la jurisdicción social tiene por objeto la extinción del contrato de trabajo debido a falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado. En sede mercantil se discute la extinción colectiva de los contratos de trabajo en base a unas pretendidas causas económicas, técnicas u organizativas[472].

A tal respecto, en el caso de coexistencia de una demanda de resolución vía art. 50.1.b) y la inclusión del trabajador en un ERE concursal, habrá que atender a la resolución que recaiga en primer lugar. La explicación reside en el hecho de que la sentencia del juez de lo Social o el auto extinguiendo los contratos por parte del juez de lo Mercantil tendrá carácter constitutivo y vinculará a la jurisdicción que aún tenga el asunto pendiente de resolver, puesto que si partimos de la base que no se puede extinguir lo ya extinguido[473], no se cumpliría el requisito de que la relación laboral se mantuviera viva tras el primer pronunciamiento.

En segundo lugar, el hecho de que se esté discutiendo en sede social sobre la hipotética extinción del contrato de trabajo no implica *per se* ningún condicionante sobre la vigencia del mismo. Este sigue plenamente vigente y precisamente es una de las razones por las que, cada vez con más frecuencia, se suele solicitar de manera cautelar la suspensión de la obligación de acudir al puesto de trabajo en los casos de extinción conforme al art. 50.1.b), porque para la viabilidad de la acción es necesario que la relación laboral vigente permanezca hasta que recaiga sentencia constitutiva.

Una vez expuesta la posibilidad de que, en determinados supuestos, pueda producirse una intercambiabilidad jurisdicciones, cabe detenerse en el mecanismo jurídico que va a hacer efectiva la misma. Esta última cuestión plantea una serie de interrogantes sobre los que la doctrina se ha pronunciado que se enmarcan en el mecanismo procesal en virtud del que la causa de la que inicialmente es conocedora la jurisdicción social debe pasar a

[472] Vid. PÉREZ PÉREZ, Elena, Bibl. Cit. p. 143.
[473] En palabras de la STS 7640/2010, de 26 de octubre (Rec. 471/2010): «Solo cabe extinguir lo que está vivo».

sustanciarse ante el juez de lo Mercantil. Asimismo, tampoco están exentos de problemas los procedimientos en los que ya se ha dictado sentencia pero esta no es firme, sobre lo que nos detendremos más adelante.

Respecto a aquellos procedimientos en tramitación ante el juez de lo Social y que, de manera sobrevenida, su competencia venga atribuida al juez Mercantil, se ha discutido cuál es el mecanismo procesal más idóneo para dicha transición, debatiéndose generalmente si debe acudirse a la acumulación (art. 137 TRLC) o a la reconducción de acciones (art. 48.1 LEC). En cuanto a la acumulación, dicha posibilidad viene refrendada por el tenor literal del art. 137 TRLC, que pese a que inicialmente dispone que los juicios declarativos en tramitación se seguirán sustanciando ante el tribunal que haya conocido de ellos en origen, habilita la excepción de aquellos para los que, por disposición legal, se acumulen al concurso o su tramitación quede suspendida, siendo esto último precisamente lo que dispone el art. 185 TRLC sobre las acciones individuales instadas por los trabajadores.

En cuanto a la reconducción de acciones, viene a suponer la constatación o apreciación por parte del Juzgado de lo Social —de oficio o a instancia de parte— de su propia incompetencia de jurisdicción y, por ende, debe abstenerse de conocer y emplazar a las partes ante el Juzgado de lo Mercantil competente en los términos que se exponen en el art. 5.1 y 2 LRJS. Sin perjuicio de lo expuesto respecto a la suspensión de los procedimientos una vez iniciado el expediente de regulación de empleo ante el juez de lo Mercantil, se hace necesario señalar que el art. 185 TRLC no está desplazando la competencia para conocer de las extinciones del art. 50.1 ET desde el Juzgado de lo Social al Juzgado de lo Mercantil por el mero hecho de que se haya declarado el concurso. La competencia es en todo caso social, solo sienta las bases que deben regir para aquellos procedimientos ya en marcha cuando se produce la apertura del ERE[474].

En definitiva, en aquellos supuestos en los que un trabajo solicite la extinción indemnizada con fundamento en el art. 50.1.b) ante el Juzgado de lo Social y se dicte sentencia firme, la indemnización de 33 días por año será inatacable, y si posteriormente la empresa entra en concurso se deberá comunicar dicho crédito a la Administración concursal para que proceda a su certificación como crédito contra la masa[475]. Si, por el

[474] PRENDES CARRIL, Pedro y FACHAL NOGUER, Nuria. *Comentario al texto refundido de la Ley Concursal*. 1.ª Ed. Pamplona: Aranzadi, 2021, p.401. ISBN 978-84-1390-205-0.

[475] Vid. STS 3448/2016, de 13 de julio (Rec. 2307/2013) cuando establece: «Los créditos consistentes en indemnizaciones acordadas en sentencias dictadas con posterioridad a la declaración del concurso, por extinción del contrato de trabajo a instancias del trabajador en base a incumplimientos graves del

contrario, la demanda se ha interpuesto declarado el concurso y se inicia un ERE concursal, el juez de lo Social suspenderá y emplazará ante el Juzgado de lo Mercantil competente. Si no se inicia ese ERE concursal, cabe la posibilidad de que la pretensión se estime en la jurisdicción social y devenga firme. El auto que se dicte en sede mercantil determinará el futuro de las acciones suspendidas en sede social: si estima el ERE, los procedimientos inicialmente suspendidos se archivarán sin más trámite con fuerza de cosa juzgada[476]. En caso de desestimación, se reanudarán ante la Jurisdicción Social y se resolverá lo procedente.

6.3. Ámbito procedimental: la prevalencia de la tesis subjetivista a efectos del quantum indemnizatorio

Uno de los puntos más conflictivos a la hora de abordar la convergencia entre la jurisdicción social y la mercantil en el marco del art. 50.1.b) iniciado el ERE concursal reside en la determinación del *quantum* indemnizatorio. En tal sentido, son dos las tesis planteadas: la primera aboga por que la indemnización que deban percibir los trabajadores a consecuencia de un despido colectivo vía ERE concursal deba ser la correspondiente al despido improcedente conforme al art. 50.2 ET. La segunda sostiene que, habida cuenta de las especialidades propias del procedimiento concursal, no deba acudirse a la indemnización de 33 días por año de dicho artículo sino que, en su lugar, debe atenderse a la dispuesta para el despido colectivo de 20 días por año, en base a lo dispuesto en el art. 53.1.b).

El hecho de que la práctica habitual en los tribunales esté decantada en favor de la segunda de las teorías y los trabajadores que ven extinguidos sus contratos en sede concursal son reconocidos tributarios de una indemnización conforme al despido objetivo no es óbice para conocer las distintas posturas en defensa de una y otra opción, tanto por parte de la doctrina científica como judicial. En favor de la indemnización equivalente al despido improcedente, se ha afirmado que el antiguo art. 64 LC sostiene una unificación únicamente procedimental y competencial de las extinciones contractuales al amparo del art. 50.1.b) en su vertiente colectiva, pero que la cuestión de fondo, como es la indemnizatoria, debe ser resuelta conforme a lo dispuesto para dicha extinción en el ET

empleador, prevista en el art. 49.1.j y 50 del Estatuto de los Trabajadores, no se devengan cuando se produce el incumplimiento del empleador, ni siquiera cuando se interpone la demanda por el trabajador, sino cuando hay sentencia firme extintiva de la relación laboral, que tiene carácter constitutivo».

[476] Art. 185.3 TRLC.

y por tanto reconocer una indemnización equivalente al despido improcedente[477]. En apoyo de dicha teoría se remarca que una modificación de ese calado, de haber sido voluntad del legislador haberla llevado a cabo, lo habría hecho de manera expresa, citándose como ejemplo el apartado 9º del pretérito art. 64 LC en lo relativo a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y la suspensión del abono de la indemnización por rescisión hasta que recayera auto firme autorizando dicha modificación[478].

Asimismo, podría sustentar de igual modo la tesis que sostiene la indemnización de 33 días por año el hecho de que, independientemente del cauce procedimental que se utilice para su resolución, fundamentar que la indemnización debe ser conforme a la concurrencia de motivos económicos y no la expresamente dispuesta a tal fin en el art. 50.2 ET conlleva una quiebra de las reglas más básicas de la institución resolutoria. Así, como se ha reiterado, si algo caracteriza a la extinción por la vía del art. 50.1.b) en sede laboral es su carácter objetivo. N interesa la situación de crisis de empresa en tanto que una vez quede acreditada la falta de pago o el retraso continuado en el abono del salario pactado en los términos exigidos jurisprudencialmente, se declarará extinguida la relación laboral y se condenará al empresario al abono de la indemnización prevista en el art. 50.2 ET que, como se sabe, es la equivalente al despido improcedente.

Sin embargo, a la vista de la vía atractiva propia del procedimiento concursal, se está pasando de la teoría objetivista a un subjetivista donde entran en juego factores como el principio solutorio, principio conservatorio o principio liquidatario que, en todo caso, son ajenos al hecho de que el trabajador ha soportado una serie de incumplimientos contractuales relativos al abono del salario pactado, además, deba sufrir una merma en la indemnización legal correspondiente so pretexto de que agravarían desproporcionadamente la situación patrimonial del deudor-empresario[479], como si la opción de recortar 13 días de indemnización a los trabajadores fuera a evitar que el 90% de las empresas que entran en concurso de acreedores acaben en liquidación, no cumpliéndose ninguno de los fines propuestos desde la ya pretérita LC del año 2003: la continuidad de la empresa y la satisfacción de los acreedores[480].

---

[477] ALBIOL MONTESINOS, Ignacio. *Aspectos laborales de la ley concursal.* 1.ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 161. ISBN 978-84-8456-055-4.
[478] LOUSADA AROCHENA, J. Fernando. "Algunas anotaciones al artículo 64.10 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal". *Revista de Derecho Social.* Albacete: Bomarzo, 2004, 27, pp. 73. ISSN 1138-8692.
[479] GONZÁLEZ DE PATTO, Bibl. Cit, p. 222.
[480] Vid. MUÑOZ PAREDES, Alfonso. *De mareas y derecho*. LinkedIn, 2021 [fecha de consulta 4 abril 2022]. Disponible en: https://www.linkedin.com/in/alfonso-mu%C3%B1oz-paredes-b4aa34218/recent-

Sin perjuicio de ello, no se desconoce que la tesis predominante en la actualidad es la que aboga por que la indemnización que procede en los casos de despidos colectivos sea la establecida en el art. 53.1.b) ET. En base al razonamiento de que una vez que se inicia el ERE concursal y el juez del Concurso detenta la competencia para resolver este tipo de acciones, se debe aplicar la normativa concursal en su conjunto e íntegramente, con la subsidiariedad correspondiente a la normativa laboral en todo aquello no regulado en la normativa mercantil.

La doctrina judicial de suplicación se encontró durante muchos años dividida en torno al régimen sustantivo que debía regir para el caso de la extinciones indemnizadas del art. 50.1.b) en el marco del ERE concursal. Por un lado, podemos nombrar pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha[481] en los que, con cita en un pronunciamiento de la Sala IV del Tribunal Supremo de 2008[482], que aborda la cuestión con carácter de *obiter dicta*, sostiene que es lo procedente en casos de crisis empresarial para dar un trato equivalente a todos los trabajadores con independencia de la modalidad de extinción contractual colectiva de la empresa en concurso y equiparando la indemnización a percibir conforme a 20 días de salario por año trabajado.

En el lado opuesto, encontramos pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de Galicia[483] donde se desestimaba el recurso de suplicación interpuesto por la empresa frente al auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil, que había acordado la extinción de los contratos de trabajo de la empresa en concurso respecto a los trabajadores que habían accionado conforme a la extinción indemnizada del art. 50.1.b) en base a 45 días de salario por año. La tesis principal de la sentencia gira en torno al razonamiento ya expuesto que defiende que la remisión a la legislación concursal es únicamente competencial y procedimental, pero no de fondo.

Finalmente, la Sala IV tuvo ocasión de conocer la cuestión y zanjar el debate sobre el régimen indemnizatorio que se debe seguir para los casos de extinción contractual en el seno del concurso. A tal respecto, previa exposición de los motivos que justifican la transición del modelo objetivo propio de la sede laboral a la subjetivación que impera en sede mercantil, sostiene que debe atenderse a la indemnización de 20 días por año

activity/shares/, cuando dispone: «El derecho concursal ni salva empresas que no sean aptas para ser salvadas (como injustamente se le pide) ni se dedica a hundirlas (como injustamente se le imputa). Su misión —y su poder— es mucho más limitado: que el salvamento o la ruina se desarrollen de forma ordenada y pública».

[481] Vid. STSJ Castilla La Mancha 1020/2010, de 17 de marzo (Rec. 1249/2009).

[482] Vid. STS 7468/2008, de 22 de diciembre (Rec. 294/2008).

[483] Vid. STSJ Galicia 1727/2007, de 23 de enero (Rec. 4800/2006).

trabajado. Esto se debe a que establecen que la colectivización de la medida extintiva significa la aplicación íntegra del régimen de los despidos colectivos, lo que debe aplicarse también respecto a la indemnización. De esta manera, se refrendaba lo que el propio Tribunal denomina como un «adelanto doctrinal» contenido en la mencionada sentencia del año 2008 a la que siempre se le había reprochado que la determinación de 20 días por año se hacía en clave de *obiter dicta* y no en el marco de la *ratio decidendi*.

A modo de conclusión sobre el estado actual de la cuestión, conviene señalar tres puntos básicos: a) del análisis comparativo de la normativa laboral y mercantil vuelve a cobrar vigencia la idea —sostenida a lo largo de los años— sobre la inconveniencia de que los conflictos labores sean resueltos por órganos jurisdiccionales civiles[484]; b) que, en palabras del Tribunal Constitucional[485], el derecho procesal y el derecho sustantivo «son realidades inescindibles, actuando aquél como un instrumento más, y de singular importancia, para el cumplimiento de los fines de este»; y c) que el traslado de la competencia de los jueces de lo social a los jueces de lo mercantil es una manifestación más de cómo los cambios procesales no son inocuos desde la perspectiva del derecho material[486].

7. Valoración crítica

La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado constituye uno de los supuestos más comunes de recurso al mecanismo de la extinción indemnizada del art. 50.1 ET y, por ello, ha sido uno de los supuestos en los que más exhaustivos hemos tratado de ser a la hora de proceder a su análisis.

Tratar de dar una respuesta que sirva de manera genérica para abordar este tipo de supuestos se hace ciertamente difícil en tanto en cuanto la casuística es inmensa y la importancia de estar al caso concreto, en este apartado en concreto, cobra más vigencia que nunca. Sin embargo, sí que se pueden citar una serie de criterios inspiradores que sirvan a nivel orientativo para valorar apriorísticamente la viabilidad de la pretensión extintiva.

---

[484] BARRIO CALLE, Asunción. Ley Concursal y el art. 50.1 del ET: "La conversión de demandas individuales de rescisión de contrato seguidas en el Juzgado de lo Social en expediente de regulación de empleo seguido ante el Juzgado Mercantil". *Aranzadi Social.* Madrid: Thompson Reuters Aranzadi, 2004, 5, p. 1273. ISSN 1889-4380.

[485] Vid. STC 3/1983, de 17 de febrero.

[486] FERNÁNDEZ LÓPEZ, María F. "Delimitación de competencias entre el juez de lo mercantil y el juez laboral en el seno de los procedimientos concursales". Los problemas sumergidos de la Ley 22/2003, concursal. *Revista de Derecho Social.* Albacete: Bomarzo, 2004, 25, p. 22. ISSN 1138-8692.

En primer lugar, lo procedente es delimitar el supuesto de hecho a enjuiciar, es decir, cuándo se produce la «foto fija» que será objeto de valoración; entendido el mismo como la fecha límite sobre la cual el trabajador considerará que los impagos o retrasos ya han adquirido una relevancia extintiva suficiente. En la actualidad, dicho momento queda fijado en el momento en el que se presenta la papeleta de conciliación y posterior demanda.

Una vez accionado por el trabajador, el posterior pago solamente podrá servir para allanarse ante la reclamación de cantidad y enervar la misma, pero no será óbice para que el procedimiento continúe a fin de que el Juez valore la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo a tenor de la gravedad de los hechos acaecidos.

En segundo lugar, cuando hablamos de pago, normalmente se suele hacer referencia a la cantidad pactada en el contrato de trabajo. Sin embargo, la obligación del pago de cantidades salariales por parte del empleador puede derivarse de muy diversas fuentes; a modo ejemplificativo, podemos citar el hecho de que el SMI nace de una obligación legal contenida en el art. 27 ET por la cual se habilita al Gobierno para que proceda a su fijación o, por otro lado, las mejoras salariales que deriven de la negociación colectiva.

Todas ellas tienen plena validez para generar obligaciones y derechos a ambas partes, con independencia de la forma en la que hayan sido pactadas, siempre y cuando se cumplan con las exigencias legales al efecto determinadas en cada caso concreto.

En tercer lugar, hay una serie de parámetros que deben resultar positivos con carácter previo a valorar la posibilidad de interponer una demanda extintiva, es decir, deben concurrir las notas de salariedad —excluyéndose deudas no salariales—, determinación —excluyéndose deudas controvertidas—, exigibilidad —lo que elimina la posibilidad de activar este mecanismo cuando ha existido un aplazamiento— y no imputable al trabajador —por ejemplo, cuando éste se niegue de manera deliberada al cobro—.

Una vez que hayan resultados positivos los anteriores ítems, podrá valorarse la gravedad del incumplimiento y no antes, pues una conducta puede ser muy grave en términos cuantitativos o cualitativos, pero si la naturaleza es no salarial o la deuda no es exigible, la pretensión por esta vía está condenada al fracaso.

Sobre la gravedad, las conclusiones que se obtienen al respecto son claras: a mayor intensidad del incumplimiento, menor necesidad de reiteración en el tiempo y viceversa. En lo referente a la delimitación objetiva de la gravedad, la misma se obtiene por vía

jurisprudencial, en tanto en cuanto, no existe criterio alguno con carácter positivizado. En tal sentido, del análisis de los pronunciamientos judiciales al efecto, puede decirse que no concurrirá la gravedad necesaria cuando no hayan transcurrido al menos 3 meses de retrasos continuados en el abono del salario pactado, el impago de dos mensualidades consecutivas o el retraso promedio de 10 días al mes durante los doce meses del año.

En relación a la culpabilidad, en términos generales no será tenida en cuenta a la hora de valorar la viabilidad de la indemnización, pero la teoría subjetiva predominará sobre la objetiva cuando nos situemos en el marco concursal, en tanto en cuanto, la indemnización prevista en el art. 50.2 ET equivalente al despido improcedente, claudicará ante la indemnización prevista para los despidos objetivos.

Finalmente, cabe señalar que el impago de salarios o el retraso continuado en el abono de los mismos puede generar, en un muy corto espacio de tiempo, una serie de perjuicios en la salud financiera del trabajador. Por lo tanto, sin perjuicio de esperar a la oportuna resolución judicial que declare extinguido el contrato de trabajo, con todos los efectos económicos inherentes, entendemos que el recurso a las medidas cautelares resulta, a día de hoy, la opción más adecuada para afrontar el problema en el corto plazo.

En tal sentido, una vez alcanzadas las notas de gravedad necesarias, procede solicitar las medidas cautelares del art. 79.7 LRJS, a fin de que se exima al trabajador de la obligación de prestar servicios con mantenimiento del abono del salario y de las cotizaciones sociales.

Ello evitará el recurso al siempre delicado tema de la resolución extrajudicial por parte del trabajador, que si bien es admitido en supuestos de cierta gravedad, añade un componente conflictivo para la viabilidad de la acción, pues lo cierto y verdad es que, la regla general, sigue siendo la necesidad de pervivencia de la relación laboral.

De igual modo, cabe señalar que la resolución favorable de las medidas cautelares puede servir de golpe de efecto para que el empresario trate de llegar a un acuerdo que satisfaga extrajudicialmente la pretensión extintiva, pues no es lo mismo que el paso del tiempo suponga un 10% anual en concepto de intereses, y además haya que asumir que el coste inherente a salarios y cotizaciones de un trabajador sin que preste servicios.

Asimismo, en último lugar, permitirá al trabajador poder reorganizar su actividad profesional a través de la realización de cursos que faciliten nuevamente su inserción laboral o prestando servicios para otro empleador y poder dotarse de nuevos ingresos que

le permitan afrontar los gastos corrientes que llevan aparejados los proyectos vitales de cualquier persona.

TÍTULO IV: OTROS INCUMPLIMIENTOS LESIVOS

1. Introducción

El apartado c) del art. 50.1 ET ha sido conocido generalmente como una suerte de cajón de sastre, toda vez que dada la amplitud de su tenor literal inicial «… cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario» hace las veces de cláusula abierta que permite subsumir en sus contornos aquellas conductas del empresario ciertamente reprobables pero que no encuentran acomodo en los otros dos apartados del meritado precepto.

Para que pueda considerarse la existencia de un incumplimiento, es imprescindible, desde un punto de vista lógico y de sentido común, que exista una obligación previamente establecida entre las partes, por ello, entenderemos que se produce un incumplimiento empresarial siempre que no se respeten los derechos laborales contenidos en el art. 4.2 del Estatuto de los Trabajadores.

En primer lugar, analizaremos gran parte de los derechos fundamentales contenidos en el apartado c) y e) del meritado precepto; como quiera que necesitamos una medida de ponderación frente a determinadas situaciones, analizaremos la jurisprudencia supranacional y del Tribunal Constitucional en casos que tratan, generalmente, sobre vulneración de derechos fundamentales en casos de despido, pues con independencia de que no sean supuestos relativos a extinciones indemnizadas, sí que podemos extrapolar los criterios allí desgranados para saber cuándo estamos en una situación similar; pues al final, la tarea del operador jurídico no consiste sino en predecir la respuesta del Tribunal.

En el aspecto procesal, tratar con derechos fundamentales lleva implícito una serie de particularidades que, generalmente, no se dan cuando se tratan aspectos de legalidad ordinaria; sin embargo, en el marco de este precepto, a veces se entremezclaran, razón por la cual haremos una breve referencia a supuestos de modalidad procesal y compatibilidad entre indemnizaciones no exentos de conflictividad.

Seguidamente, en honor al calificativo de cajón de sastre, analizaremos aquellos supuestos no encuadrables en los apartados a) y b) del art. 50.1 ET pero que, igualmente, tratan supuestos susceptibles de activar el mecanismo de la extinción indemnizada, no con un ánimo de exhaustividad, pues la casuística es inmensa, pero si tratando de traer a la palestra aquellos más comunes.

Finalmente, nos referiremos a los supuestos que tratan la negativa del empresario a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en casos de movilidad o MSCT tras la declaración de no ajustada a derecho por parte de los tribunales y la diferenciación entre los supuestos de fuerza mayor y causa fortuita y el alcance de la exención de responsabilidad del empresario en cada uno de ellos.

2. Incumplimientos graves de carácter discriminatorio

2.1. Por razón de nacimiento

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por el Estado español en 1977, recoge en su artículo 2 el compromiso de los Estados de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio —y estén sujetos a su jurisdicción– los derechos reconocidos en dicho cuerpo normativo, entre los que se recoge la no discriminación por razón de nacimiento. En consecuencia, como ya ha señalado algún autor, no deberá darse un trato distinto a quienes nazcan fuera de matrimonio, tengan padres apátridas o sean adoptados, ni tampoco a sus familias[487].

En el plano nacional, resulta de especial interés la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, en cuyo artículo 2º se recoge, entre otras, la prohibición de discriminación por razón de nacimiento. En este supuesto estaríamos ante una vulneración del art. 14 CE en su vertiente a la no discriminación por razón de nacimiento en relación con el art. 39.2 CE, que impone a los poderes públicos la obligación de asegurar la protección integral de los hijos, iguales ante la Ley con independencia de su filiación[488].

Asimismo, llevando a su máxima expresión la imposibilidad de discriminar por razón de nacimiento, el TC ha encuadrado dentro de su ámbito cualesquiera que sean las formas de filiación, véase matrimonial, no matrimonial, natural, adoptiva o por terapia de reproducción asistida, como la gestación por sustitución[489]. Por ello, trasladando estas premisas constitucionales al ámbito de las relaciones laborales cotidianas, parece claro

[487] MONEREO PÉREZ, José L. y ORTEGA GABRIEL, Pompeyo G. "Prohibición de discriminación". *Temas laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social.* Junta de Andalucía, 2018, p, 145. ISSN 0213-075.
[488] Dicho razonamiento es el seguido por el Tribunal Constitucional en su STC 156/2006, de 22 de mayo de 2006 (Rec. 5399/2002) en un supuesto de derecho sucesorio pero que es perfectamente extrapolable a los supuestos análogos en sede laboral.
[489] Cfr. STC 7/1994, de 17 de enero (Rec. 1407/1992); STC 74/1997, de 21 de abril (Rec. 1598/1992) y STC 67/1998, de 18 de marzo (Rec. 109/1995).

mantener que la persona trabajadora podrá instar la extinción contractual por la vía del art. 50.1.c) ET ante, por ejemplo, una conducta empresarial que no reconozca los derechos inherentes al nacimiento de un hijo cuando su razonamiento esté basado en supuestos manifiestamente discriminatorios, como el hecho de no considerarlo un descendiente por haber sido gestado por sustitución[490]. Tal actuación se contrapone a lo dispuesto en el art. 4.2.c) ET, por lo que puede ser calificado como un grave incumplimiento empresarial.

Además, con fundamento en el art. 183.3 LRJS, no podemos olvidar que, sin perjuicio de que el incumplimiento de la obligación empresarial suponga la extinción del contrato de trabajo en base al art. 50 ET, al haberse producido una vulneración de derechos fundamentales, el trabajador puede acumular la acción al efecto y solicitar una indemnización por daños morales que le resarza y le restablezca, en la medida de lo posible, a su situación anterior.

2.2. Por origen racial o étnico

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) adoptada por la Asamblea General de la ONU el 21 de diciembre de 1965 y ratificada por el Estado español en 1968 otorga una definición de lo que puede ser entendido por discriminación racial. A saber: «Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública».

Cuando hablamos de raza deben entenderse incluidos dentro del concepto todos aquellos supuestos relativos a la lengua, el color o la ascendencia, tal y como ha dispuesto el TEDH en su jurisprudencia, señalando los siguientes: «La etnia y la raza son conceptos relacionados que se solapan. Mientras que el concepto de raza parte de la idea de la clasificación biológica de los seres humanos en subespecies con arreglo a rasgos morfológicos como el color de la piel o las características faciales, la etnia tiene su origen en la idea de los grupos sociales marcados por la nacionalidad, la afiliación tribal, la fe

[490] Sobre las nuevas realidades familiares y su encaje en el marco del nacimiento de un hijo, considero de una relevancia notoria el análisis que se realiza por SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen. "Los permisos por razones familiares en el artículo 37.3 ET". *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.* Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017, 133, p. 139. ISSN 2254-3295.

religiosa, la lengua compartida o los orígenes y antecedentes culturales y tradicionales comunes»[491].

Respecto a la normativa internacional, además del CERD, el compromiso para erradicar la discriminación por origen racial o étnico viene recogido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), así como el Convenio N.º 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la Discriminación. En cuanto a la normativa interna, la prohibición por razón del origen racional o étnico cristaliza en el art. 14 CE en relación con el art. 9.2 de la Carta Magna, así como la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres, o la Ley 62/2003, de 30 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, entre tantas otras.

Un hipotético ejemplo de discriminación por razón de origen racial o étnico puede ser la negativa del empresario a conceder al trabajador el permiso de 15 días contenido en el art. 37.3.a) del ET por razón de matrimonio cuando se trate de una pareja de etnia gitana so pretexto de que no se trata de un matrimonio propiamente dicho. Hay que reconocer que los límites al respecto son difusos, por lo que cualquier análisis apriorístico debe ser abordado con la mayor de las cautelas posibles, tal y como a continuación se expondrá.

La cuestión es más profunda de lo que puede parecer, pues dicho artículo estatuario se refiere a «matrimonio» o «pareja de hecho», y ello tiene serias implicaciones de carácter conceptual, porque una cuestión es llamar matrimonio a una unión de dos personas y otra la necesidad de que concurran ciertas formalidades legales para que pueda hablarse, propiamente, de un matrimonio con plenos efectos jurídicos[492]. Es decir, cuando se trata de un tipo de matrimonio de carácter civil (ante el juez, alcalde o funcionario público) no hay controversia alguna, pues es un supuesto claro de encaje en la norma: se trata de un matrimonio que cumple los requisitos fácticos y legales. Tampoco habría problema ninguno en matrimonios de carácter católico, evangélico, judío o musulmán, pues una vez inscritos en el Registro Civil, surten plenos efectos al estar reconocidos en el Estado español. Sin embargo, hay otro tipos de matrimonio que, dentro de su propio contexto o

[491] Vid. STEDH de 13 de diciembre de 2005 (asunto Timishev c. Rusia).

[492] Sobre la interrelación entre el derecho constitucional en favor de la familia y el principio de no discriminación en el marco de las parejas de hecho, resulta de interés el comentario a la STS 3604/2019, de 22 de octubre (Rec. 78/2018) llevado a cabo por SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen. "¿Debe extenderse el permiso por matrimonio a las parejas de hecho? Comentario a la STS-SOC núm. 717/2019, de 22 de octubre". *Revista Española de Derecho del Trabajo*. 2019, 8, p. 1. ISSN 2659-787X. DOI: 10.55104/RJL_00096.

cultura, son plenamente reconocidos como tal, pero que no tienen los efectos jurídicos que la legislación les reconoce, pudiendo catalogarse de matrimonio en sentido fáctico (unión o vínculo de dos personas con carácter de permanencia) pero no a efectos legales. A modo ejemplificativo podemos citar el matrimonio polígamo, el de conveniencia, el de un menor de edad sin dispensa judicial o el llevado a cabo por el rito gitano.

Teniendo en cuenta que se reconocen 15 días de permiso ex art. 37.3.a) del ET, cabe preguntarse si constituiría un incumplimiento grave del empresario la conducta de denegar un permiso por haberse realizado el matrimonio por el rito judío (legal en España) o por el rito gitano (no reconocido en España). En el primero de los casos entendemos que constituye una discriminación por origen racial o étnico, dado que si la legislación laboral reconoce el permiso de 15 días por matrimonio y este cumple los requisitos legales al efecto, no existe razón para su denegación, y podría ser una vulneración del art. 14 CE y un incumplimiento del art. 4.2.c) ET al que se le debería acumular la acción del art. 183.3 LRJS para que sean reparados los daños y perjuicios generados al trabajador con ocasión de la vulneración de derechos fundamentales .

En el segundo caso, podría discutirse en sede social si procede la concesión de los días ante un matrimonio no reconocido en el Estado español cuando las circunstancias concurrentes demuestren que verdaderamente hay una voluntad de los contrayentes de erigirse en matrimonio (duración, descendencia, exteriorización), pero no sería un supuesto de vulneración de derechos fundamentales en tanto que no se trata de un matrimonio con plenos efectos jurídicos, y el razonamiento podría llevar al absurdo de castigar al empresario por actuar con plena observancia a la legalidad.

Desde el punto de vista personal, se considera que el empresario debe hacer una interpretación extensiva del derecho fundamental a la no discriminación en su contexto y conceder el permiso sin perjuicio del reconocimiento o no en España del matrimonio. Por eso, en términos de gestión de plantillas y relaciones laborales, carece de sentido lógico no permitir a una pareja disfrutar de un permiso que se reconoce para el resto por el simple hecho de que, a efectos jurídicos, dicha unión no sea reconocida. Es claro que no constituirá una vulneración de derechos fundamentales, pero tampoco va a contribuir a un correcto clima laboral y, dejando de lado los supuestos de abuso de derecho o mala fe, las condiciones están dadas.

En términos de Seguridad Social, a efectos orientativos, si bien es cierto que en lo relativo a la pensión de viudedad existe una doctrina jurisprudencial consolidada por la cual se

deniega la posibilidad del cobro de la misma en aquellos matrimonios formalizados conforme al rito gitano que no se encuentren debidamente formalizados según la normativa[493], es cierto que, con carácter previo y bajo determinadas circunstancias, el TEDH sí reconoció esta posibilidad en el caso del coloquialmente conocido como «la nena»[494], bajo el pretexto del reconocimiento pleno que se le otorga a dicho matrimonio en el seno de la comunidad romaní[495].

La gravedad de la conducta no vendrá dada en términos cuantitativos, pues ciertamente 15 días no suponen un gran quebranto, pero en término cualitativos supone una discriminación por razones étnicas que quiebra el deber del empresario contenido en el art. 37.3.a) ET y la indemnización del art. 183 LRJS, sin perjuicio de utilizar en su defensa el carácter controvertido de la cuestión como elemento de descargo.

2.3. Por razón de sexo

La inserción de la mujer en el mercado laboral, a pesar de que se haya querido equiparar a efectos jurídicos a la tradicional situación privilegiada de los varones, constituye una asignatura pendiente de la sociedad en su conjunto y, por extensión, del derecho en su vertiente preventiva, pues se siguen produciendo conductas marcadamente discriminatorias que nos muestran que aún queda mucho por avanzar[496]. Como ya ha señalado algún autor, la desigualdad de oportunidades en el contexto laboral, acompañada de un trato menos favorable en aspectos como salarios, clasificación profesional o extinción del contrato de trabajo permiten escribir la crónica de la discriminación por razón de sexo en los cinco continentes[497].

En cuanto a la conceptualización de la discriminación por razón de sexo, consideramos oportuno acudir a la definición que alberga la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1979 y que ratificada por España en 1983. En ella se dispone:

---

493 Vid. STC 1/2021, de 25 de enero (Rec. 1343/2018).

494 Vid. STEDH de 08 de diciembre de 2009 (asunto Muñoz Díaz c. España).

495 A fin de ahondar sobre la cuestión, se recomienda la consulta de ROJO TORRECILLA, Eduardo. "El matrimonio gitano no permite el acceso a la pensión de viudedad según el TC. ¿Existe discriminación?". *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)* [en línea]. 2021, 3 [fecha de consulta 10 junio 2024]. ISSN-e 2659-787X. DOI 10.55104/RJL_00221.

496 En relación con dicha circunstancia, cabe citar a BALLESTER PASTOR, María A. *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral.* 1.ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994. ISBN 978-84-8002-153-5, pues parece oportuno hacer nuestra la distinción entre la voluntariosa realidad jurídica y la menos optimista realidad social que caracteriza al binomio mujer-mercado laboral.

497 CAVAS MARTÍNEZ, Faustino. "Despido de una mujer embarazada y discriminación por razón de sexo STJCE 30 de junio 1998; TJCE 1998, 159". *Aranzadi Social.* Madrid: Thompson Aranzadi, 1998, 3, pp. 2544-2551. ISSN 1131-5369.

«Denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera»[498].

En el marco europeo, destacan el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación[499].

En cuanto al derecho nacional, las piedras angulares sobre las que se sostiene el andamiaje jurídico laboral son el art. 14 de la CE y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Resulta especialmente descriptiva su Exposición de Motivos para contextualizar el problema, pues se señala de manera propia que, cuando hablamos de discriminación por razón de sexo, nos encontramos ante una conducta que atenta, de manera frontal, contra un principio jurídico universal recogido en diversos textos internacionales sobre derechos humanos y cuya existencia debe ser erradicada de plano. En dicho cuerpo legal, concretamente en el artículo 6, se definen más de cuatro supuestos de discriminación. Sin embargo, en lo que aquí interesa, nos vamos a centrar en tres tipos, pues las demás requieren de las que a continuación van a ser expuestas.

Previamente, cabe hacer una pequeña apreciación, y es que las discriminaciones por razón de sexo —como todas— se pueden clasificar según el momento en el que acontezcan: con carácter previo a la formalización de la relación laboral, durante el transcurso o a la finalización de la misma. En este caso nos vamos a fijar en la fase intermedia, es decir, cuando la relación laboral se encuentra constante, pues ahí es donde se plantea la

[498] En el marco internacional se puede citar, dada su relevancia, la Conferencia Mundial para el Examen y la Evaluación de los Logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz celebrada en 1985 en Nairobi (Kenia), así como la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, ya que marcó un importante punto de inflexión para la agenda mundial de igualdad de género.

[499] Junto a las precitadas Directivas se pueden destacar de igual modo, la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE y la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).

posibilidad de extinguir por la vía del art. 50 ET. Al igual que con cualquier otro tipo de discriminación, puede manifestarse de manera directa o indirecta. Dada la notoria influencia que este tipo de discriminación tiene en la sociedad actual, vamos a tratar de manera individualizada los tres tipos.

Entendemos por «discriminación directa» aquella que consiste o que tiene lugar cuando una persona haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable. A modo ejemplificativo se puede describir la situación que vivió una piloto embarazada que, ante la posibilidad de seguir prestando servicios en su condición de segunda piloto, vio como la empresa le remitió una comunicación por la cual se le suspendía el contrato de trabajo, sin contraprestación salarial, al no existir vacantes alternativas donde situarla. El Tribunal Constitucional concedió el amparo solicitado por la trabajadora en base al art. 14 CE al estimar que consistía una discriminación directa por parte de la empresa el hecho de no recolocar a la trabajadora en otro puesto distinto dentro de la mercantil donde pudiera seguir trabajando y percibiendo salario mientras su gestación se lo permitiera. Ya que, precisamente el hecho de la gestión, como se derivaba de la misiva extintiva, era la motivación tras la suspensión de empleo y sueldo[500].

La «discriminación indirecta» se basa en aquellos supuestos en los que situaciones aparentemente neutras pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro. A modo ejemplificativo, el Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado por más de 137 trabajadoras del Hospital Gregorio Marañón en Madrid cuyas retribuciones salariales eran inferiores a las de la categoría de peones pese a realizar las mismas funciones[501]. La discriminación se encuentra en el hecho de que el sistema de clasificación profesional del convenio colectivo, sin buscarlo de manera deliberada, otorgaba un salario superior a una profesión cuyo colectivo era eminentemente masculino

[500] Vid. STC 161/2004, de 04 de octubre, cuando el Tribunal concluye: «Los hechos probados, que hemos de respetar —art. 44.1 b) LOTC— conducen a la conclusión de que hubiera podido existir la posibilidad de un puesto de trabajo en tierra, adecuado a la situación de la demandante y viable en su estado de embarazo, pese a la negación que de ello se hacía en la carta por la que se suspendía el contrato».

[501] Vid. STC 145/1991, de 22 de julio cuando la Sala señala: «En conclusión, todo lo expuesto integra el supuesto de hecho de una discriminación por razón de sexo, que en este caso es fácil de detectar, por resultar discriminatoria incluso la denominación empleada para designar a una de las categorías ("Limpiadoras"), pero que tampoco hubiera desaparecido por el solo hecho de que se hubieran empleado expresiones neutras para denominar a las diversas categorías en un Convenio Colectivo, pues, si tal cosa hubiera sucedido, tan sólo hubiera contribuido a ocultar lo que era una discriminación abierta en la Ordenanza, y que el Convenio Colectivo no ha pretendido en absoluto suprimir».

frente al de limpiadoras que, incluso hoy en día, sigue teniendo un marcado carácter femenino.

Ciertamente, en este tipo de discriminación puede surgir el interrogante sobre la posibilidad de castigar al empresario con una extinción indemnizada cuando se ha limitado al cumplimiento estricto de lo dispuesto en las tablas salariales del convenio colectivo de aplicación, pues parece lógico que únicamente se limita a cumplir y, por simple coherencia gramatical, ello excluye el incumplimiento necesario del art. 50 ET en su conjunto.

Sin perjuicio de las referencias a la legitimidad activa que se hacen en el supuesto analizado por el TC y desde un plano más abstracto y general, entendemos que no se le puede pedir al empresario que revise de oficio la normativa que aplica para detectar posibles discriminaciones indirectas. En su defensa, además, cabe traer a colación uno de los requisitos exigidos cuando se trata de deudas dinerarias. Es decir, para que la falta de pago o retrasos continuados del art. 50.1.b) ET prospere, requiere que la deuda no sea controvertida, pues hasta que no se determine, no podrá entenderse debida y no habiendo nacido la deuda, no se puede hablar ni de impago ni de retrasos. En el caso de una pretensión de lo contrario basada en la naturaleza discriminatoria de una norma convencional, podría alegarse la inexigibilidad al empresario de otro comportamiento en tanto que se dilucidara la cuestión, bien a través de una sentencia en instancia o de un pronunciamiento constitucional.

Finalmente, hay que considerar la «discriminación refleja», cuya principal característica es llevar a cabo una discriminación frente a una persona por su relación, vínculo o conexión con otra persona que si reúne una serie de condiciones objeto de discriminación. Nuevamente, a modo de ejemplo cabe citar un supuesto enjuiciado por el Tribunal Constitucional en el que una enfermera del Servicio Vasco de Salud (Osakidetza) solicitó un permiso de dos días para atender a su hermana hospitalizada con motivo de un parto[502]. La solicitud fue denegada aduciendo que los casos relativos al parto no se encontraban dentro del ámbito de aplicación de la norma que facultaba a la empleada para ausentarse de su puesto de trabajo, un posicionamiento que la trabajadora consideró discriminatorio. El pronunciamiento del TC otorgó el amparo solicitado so pretexto de que no contemplar la posibilidad de hospitalización por parto, una contingencia biológicamente femenina,

[502] Dicho permiso encontraba su fundamento en el art. 47 del Decreto 235/2007, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el acuerdo regulador de las condiciones de trabajo en el Servicio Vasco de Salud.

conllevaba una discriminación por razón de sexo pues aunque no recayera en la trabajadora que estaba dando a luz sino en una persona distinta —su hermana—, la primera se estaba viendo directamente discriminada por tal circunstancia[503].

Si extrapolamos estas situaciones al marco de la extinción indemnizada, resultaría viable accionar por la vía del art. 50.1.c) ET ante un supuesto en el que, por razón de género, se derivara una discriminación directa o refleja frente a una trabajadora, aunque albergo mis dudas sobre la viabilidad de la acción en caso de una discriminación indirecta en los términos mencionados, derivado de la inexistencia de incumplimiento por parte del empresario. Si el art. 4.2.c) ET recoge como derecho laboral el no ser discriminado por razón de sexo y se constata la existencia de una discriminación en los términos expuestos, no puede aceptarse la posibilidad de que la trabajadora deba resignarse a abandonar su puesto de trabajo, sino que procede solicitar la exención cautelar de la obligación de prestar servicios con mantenimiento del empleo y de las cotizaciones a fin de salvaguardar su integridad e instar la resolución indemnizada por la vía judicial.

En sede de suplicación podemos encontrar diversos supuestos en los que se extingue la relación laboral. Así, podemos citar un supuesto en el que la discriminación se materializa en falta de ocupación efectiva, privación de medios laborales y disminución salarial como consecuencia de baja por embarazo y posterior reducción de jornada por lactancia[504], también en un supuesto en el que se le impide la promoción profesional por su condición de mujer y madre de tres hijos que queda evidenciada en una grabación de conversación telefónica[505], o la modificación sustancial de condiciones de trabajo tras reincorporación por maternidad y solicitud de reducción de jornada por cuidado de hijo, asignándole tareas de inferior categoría y suprimiendo el plus salarial de incentivos[506]. De igual modo, la reparación de la vulneración de un derecho fundamental no se repara únicamente con la concesión de la extinción indemnizada, sino que deberá acumularse la acción de reparación contenida en el art. 183.3 LRJS.

[503] Vid. STC 71/2020, de 29 de junio y, más concretamente, el análisis que de manera brillante se realiza sobre la misma por parte de SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen. "La hospitalización por parto como causa de permiso. Comentario a la STC 71/220, de 29 de junio de 2020". *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Madrid: Thompson Reuters Aranzadi, 2021, 239, pp. 247-256. ISSN 2444-3476.
[504] Vid. STSJ Galicia 4520/2009, de 23 de octubre (Rec. 2454/2009).
[505] Vid. STSJ País Vasco 2437/2018, de 11 de diciembre (Rec. 2204/2018).
[506] Vid. STSJ Cataluña 4471/2011, de 23 de junio (Rec. 1727/2011).

2.4. Por creencias religiosas

La discriminación por creencias religiosas en las relaciones laborales es un problema que socava los principios de igualdad y diversidad en el entorno de trabajo. Se puede manifestar desde una fase previa —limitando las posibilidades de acceso al puesto de trabajo—, una vez iniciada la misma o tras su extinción. No obstante, en lo que aquí interesa, haremos especial referencia a la fase intermedia. Entre las conductas posibles, hay empleados que pueden enfrentarse a barreras en su desarrollo profesional debido a prejuicios basados en su religión, limitándose la posibilidad de acceder a determinadas promociones y ascensos. De igual modo, pueden verse envueltos en un entorno laboral hostil o impedidos a desarrollar con plenitud y compatibilidad su actividad laboral y sus creencias religiosas, citándose a modo de ejemplo aquellos supuestos en los que no se les permite determinados tiempos de oración o la imposibilidad de llevar vestimenta de carácter religioso.

A la hora de hablar de las creencias religiosas, entre sus múltiples acepciones parece adecuado aclarar que nos estamos refiriendo, según la RAE, a esa «virtud que mueve a dar a dios el culto debido» o, como ya ha sostenido algún autor al «Conjunto de creencias o dogmas acerca de la divinidad, de sentimientos de veneración y temor hacia ella, de normas morales para la conducta individual y social y de prácticas rituales, principalmente la oración y el sacrificio para darle culto»[507].

En cuanto a su andamiaje jurídico, la principal referencia a libertad del individuo para manifestar su religión o su creencia individual en el ámbito internacional viene recogido en el art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el mismo artículo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratificado por el Estado español[508]. En el contexto europeo, la pieza fundamental se encuentra en el art. 9 del Convenio de Roma, del año 1950, y en los arts. 1 y 2 de la ya mencionada Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre del 2000.

En el ámbito interno, son tres las principales referencias: en primer lugar, los arts. 14 y 16 de la Constitución Española, en segundo lugar, los arts. 1 y 2 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa y, finalmente, los arts. 4.2.c) y 17 del Estatuto

[507] GARCÍA MURCIA, Joaquín y RODRÍGUEZ CARDO, Iván. "Signos religiosos en la indumentaria de trabajo y principio de no discriminación: las primeras aportaciones del Tribunal de Justicia". *Diario La Ley*. Madrid: La Ley, 2017, 49, pp. 1-23. ISSN 1989-6913.

[508] Como se sabe, la DUDH no es legalmente vinculante dado su estatus de Declaración. Sin embargo, al estar incluido el artículo dentro del PIDCP hace que su vinculación internacional venga dada por la ratificación de España en el año 1977.

de los Trabajadores. La jurisprudencia emanada del el TEDH y del TC resulta de especial interés ya que vinculan directamente la jurisdicción ordinaria sobre la que recaerán las acciones encaminadas a extinguir la relación contractual al amparo del art. 50.1.c) ET. Por ello, conviene hacer un repaso a los principales pronunciamientos en materia de discriminación por creencias religiosas a fin de que, a la hora de analizar la hipotética viabilidad de la acción al efecto extintiva, se tenga constancia de la interpretación constitucional, pues el mandato del art. 5.1 LOPJ aunque discutido, es claro[509].

Lo mismo ocurre con las sentencias emanadas del TEDH que, sin desconocer su carácter meramente declarativo y, por ende, la imposibilidad de ser ejecutadas directamente en territorio español, sí que obligan al Estado contratante a acatarlas y tomar las medidas internas oportunas para su ejecución ex art. 46 CEDH[510]. En relación con las primeras citamos dos supuestos abordados por el Tribunal Constitucional que mezclan elementos tan profundos en lo teórico como el derecho a la no discriminación por creencias religiosas y la modificación unilateral de las condiciones de trabajo, situado en el contexto del ámbito de organización y dirección del empresario. Como cualquier otro derecho fundamental, no podemos olvidar que no es un derecho absoluto, puesto que deberá prestarse observancia al orden público, los demás derechos y libertades fundamentales, el límite genérico del art. 10.1 CE y, en un caso como el aquí tratado, el art. 35.2 de la Carta Magna.

La primera Sentencia del Tribunal Constitucional aborda la posibilidad de que exista una discriminación en base a las creencias religiosas de una trabajadora que, durante el transcurso de la relación laboral, decide cambiar sus creencias religiosas y pasar a profesarle culto a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, una confesión que, entre sus particularidades, impone el descanso absoluto los sábados[511]. La trabajadora, para cumplir dicha exigencia, solicita a la empresa un cambio de turno o un permiso no retribuido que le es denegado, por lo que la empleada decide no acudir dichos días al trabajo y es despedida. El TC deniega el amparo solicitado so pretexto de que, entre otros

[509] El meritado precepto señala: «Todos los jueces y tribunales, incluido el Tribunal Supremo, interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

[510] A fin de ahondar sobre la cuestión y las diferencias entre «ejecutividad» y «obligatoriedad» en lo relativo a las sentencias dictadas por el TEDH se recomienda la lectura de LÓPEZ GARRIDO, Diego. "El carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de las sentencias judiciales firmes". *Parlamento y Constitución. Anuario.* Toledo: Cortes de Castilla-La Mancha, 2017, 18, pp. 55-78. ISSN 1139-0026.

[511] STC 19/1985, de 13 de febrero.

motivos, resulta contrario al principio constitucional de seguridad jurídica el hecho de que cambio de las creencias religiosas implique la modificación unilateral de un contrato suscrito, por lo que mientras que el empresario demuestre en su conducta una estricta neutralidad, no puede verse constreñido a establecer un régimen de descanso semanal excepcional y alternativo al domingo[512].

Extrapolando el supuesto anterior al marco de la resolución indemnizada, cabe preguntarse si sería viable entablar una acción al amparo del art. 50.1.c) ET por incumplimiento grave y culpable del empresario para el caso en que la trabajadora, en lugar de dictar su propio derecho y dejar de asistir al puesto de trabajo, hubiera optado por cumplir las instrucciones del empresario y solicitar la extinción indemnizada.

Lo que parece claro es que, en el marco de las relaciones laborales, la opción de actuar por voluntad propia no suele dar buenos resultado, por lo que debe optarse por solicitar una medida cautelar que otorgue cobertura jurídica a dicho comportamiento y te blinde frente a un despido disciplinario del empresario, como aquí ha ocurrido. Seguidamente, sin negar que los cambios de doctrina jurisprudencial son una posibilidad —aunque minoritaria—, resulta prudente considerar que, si en un supuesto igual el Tribunal Constitucional dio el visto bueno a la conducta empresarial, no resultan muy halagüeñas aquellas predicciones, en términos jurídicos, que prevean que tal comportamiento empresarial puede ser tachado de incumplimiento grave y culpable.

La segunda sentencia del Tribunal Constitucional es un supuesto muy parecido al anterior pero con una salvedad, y es que el trabajador, tras convertirse a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, solicitó a la empresa la posibilidad de sustituir los sábados por los domingos y esta accedió, pero al ingresar un nuevo director, se modificaron las condiciones unilateralmente, volviendo a tener que prestar servicios los sábados[513]. En este supuesto la clave definitoria reside en que, al haber accedido a modificar previamente los días de prestación de servicios de mutuo acuerdo, ya no es una conducta negativa de la empresa frente a un beneficio que nunca ingresó en el patrimonio de derechos del trabajador, sino una verdadera y auténtica novación contractual cuya modificación posterior constituyó una discriminación por razón de las creencias religiosas.

[512] Se recomienda la lectura de POQUET CATALÁ, Raquel. "El despido ideológico en empresas de tendencia". *Revista Aranzadi Doctrinal.* Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2015, 8, pp. 9-25. ISSN 1889-4380.
[513] STC 19/1985, de 13 de febrero.

Finalmente, en lo que al TEDH se refiere, una única sentencia que resolvió cuatro demandas distintas, interpuestas por la asociación inglesa Christian Concern, constituye la base fundamental a la hora de abordar la temática de la discriminación por creencias religiosas en el marco europeo[514]. En ella se discuten cuatro supuestos distintos (Eweida, Chaplin, Ladele y McFarlane)[515] donde la clave gira en torno a determinar si las interferencias que sufrió la libertad de religión de cada sujeto en estos casos quebraron, o no, las garantías del art. 9.2 CEDH.

En el caso de Nadia Eweida, una azafata cristiana de British Airways a quien le prohibieron utilizar una cruz colgada al cuello debido a reglamentos internos de la empresa, el Tribunal consideró que dicha cruz era discreta y no deterioraba su aspecto profesional, por lo que primaba su derecho a manifestar su religión (máxime cuando a otros empleados se les había permitido adaptar turbantes y *hijabs*)[516]. Shirley Chaplin era una enfermera cristiana empleada en un hospital público que utilizaba una cruz en su cuello desde su confirmación en 1971. Con motivo de razones de prevención sanitaria, se cambió el uniforme por uno con escote en forma de «V» que tornaba visible la cruz, solicitándole que la quitara de su vestimenta. En este caso, el Tribunal, sin negar la importancia de la libertad religiosa de la Sra. Chaplin, consideró que debían primar las razones alegadas por el hospital en tanto que persiguen el fin último de garantizar la protección de la salud y seguridad en un lugar tan delicado como una sala de hospital. Además, considero que el hecho de que se ofreciera a la Sra. Chaplin la posibilidad de llevar la cruz en su uniforme a modo de broche, o escondido en una camiseta de cuello alto por debajo de su túnica, fue una medida razonable de acomodación de ambos intereses, pero la trabajadora se negó.

En tercer lugar, en el caso de Lillian Ladele, una cristiana ortodoxa que trabaja como oficial del Registro Civil del distrito Islington (Londres) que, tras aprobarse la posibilidad de llevarse a cabo matrimonios entre personas mismo sexo, se negó a llevar a cabo dichas inscripciones por motivos religiosos. La Sala considera que no asistente la razón a la recurrente en tanto que la restricción de su libertad de creencia se encontraba justificada

[514] STEDH de 15 de enero de 2013 (Eweida y otros c. Reino Unido).
[515] Demandas número 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10 respectivamente.
[516] A fin de ahondar sobre la cuestión, nos remitimos al exhaustivo análisis llevado a cabo por CÁMARA BOTÍA, Alberto. "La libertad de vestir del trabajador". *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. Madrid: Thompson Reuters Aranzadi, 2013, 6, pp. 01-44. ISSN 1889-1209.

dado que se buscaba un fin legítimo y estaba orientada a promover la igualdad de oportunidades, por lo que resultaba plenamente proporcionada[517].

En el último de los supuestos, el caso de Gary McFarlane, se trata de un *counsellor* cristiano de Bristol, empleado en una compañía de servicios de *counselling* llamada Relate Avon Limited, que forma parte de Relate Federation, integrante de la British Association for Sexual and Relationship Therapy (BASRT). McFarlane se negó a realizar consejería psicosexual para parejas del mismo sexo con fundamento en sus creencias religiosas. En este caso, muy parecido al de la Sra. Ladele, la Sala mantuvo su posición sobre la proporcionalidad de la medida habida cuenta de que la acción del empleador procuró asegurar la implementación de su política de brindar un servicio sin discriminación.

Retomando el marco de la extinción indemnizada del art. 50.1.c) ET, de las anteriores lecturas podemos sacar una serie de conclusiones extrapolables al ámbito que nos ocupa y que no van a resultar en gran medida novedosas. La jurisprudencia del TEDH se apoya siempre en la proporcionalidad. En el caso de Nadia Eweida, el mantenimiento de la cruz en el uniforme no generaba ningún tipo de injerencia en el ámbito empresarial y, por ello, obtuvo el beneplácito de la Sala. En cambio, en el caso de Chaplin, la misma cruz podría generar problemas de seguridad con los pacientes, y ello decantó la balanza para el lado empresarial. En definitiva, a la hora de valorar si se está produciendo un incumplimiento grave en la conducta del empresario que pueda fundamentar el recurso a la extinción indemnizada, será necesario hacer una ponderación que debe tener en cuenta aspectos como:

a) Naturaleza empresarial: la ponderación puede verse afectada cuando nos encontremos en el contexto de una empresa neutra o de tendencia[518], así como en casos en los que se exijan determinados requisitos para comprobar la capacidad de desarrollo del puesto de trabajo.

b) Acomodación razonable: como se desprende del análisis de los supuestos juzgados por el TEDH, resulta crucial la posibilidad de acudir a medios

[517] Como muy oportunamente se señala en LAFFERRIERE, J. Nicolás y RANIERI DE CECHINI, Débora. "La religión a juicio. Algunas notas sobre "Eweida and others vs. Royaume-Uni". *Prudentia Iuris.* Buenos Aires: Pontificia Universidad Católica Argentina, 2013, 75, pp. 195-200. ISSN 0326-2774, los votos particulares de los jueces Nebojša Vučinić y Vincent A. de Gaetano sostuvieron que en este caso, en su opinión, si había existido vulneración pero no de libertad de religión, sino de libertad de conciencia.

[518] Sobre las empresas neutras y las de sentencia, nos remitimos a la brillante contextualización de cada una de ellas en POQUET CATALÁ, Bibl. cit.

alternativos u ofrecer otras posibilidades que permitan acomodar las exigencias defendidas por los sujetos firmantes del contrato de trabajo[519]. Resulta crucial analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida de manera individualizada[520].

Como ya ha defendido el Tribunal Constitucional en su «doctrina del equilibrio de los derechos constitucionales»[521], la prevalencia o jerarquización de los derechos fundamentales sobre los demás no viene a ser tal, sino que debe prevalecer el equilibrio y la proporcionalidad, por lo tanto, en un contexto de diversidad cultural donde se producen fricciones derivadas de las diferencias religiosas de los sujetos principales de la relación laboral, conviene romper una lanza en favor de las alternativas, las posiciones eclécticas y la no imposición de puntos de vista personales en materia religiosa. En caso de que ello no sea posible, y si hay una negativa del empresario a ofrecer ningún tipo de alternativa, sí que estaríamos ante un incumplimiento claro del art. 4.2.c) ET y ante una conducta indiciariamente discriminatoria que posibilitaría el ejercicio de la acción judicial al efecto acompañada de la reparación de los daños y perjuicios derivados de la misma en los términos del art. 183 LRJS.

2.5. Por convicción u opinión

Las relaciones laborales son un aspecto fundamental de la vida en sociedad, donde se entrelazan derechos, deberes y expectativas de empleadores y empleados. En este contexto, la libertad de expresión, como derecho humano fundamental, tiene un papel crucial. Este derecho permite a los individuos comunicar sus ideas, opiniones y sentimientos sin temor a represalias, y es esencial para el desarrollo personal y profesional. La arquitectura legal que protege la libertad de opinión en el marco internacional se sustenta, fundamentalmente, en el art. 19 de la DUDH y en el art. 19 del PIDCP. En el ámbito europeo, por su parte, destaca principalmente el art. 10 del CEDH y el art. 11 de la CDFUE. En el ámbito interno, encontramos el art. 20 de la CE, el art. 4.2.e) del ET y el art. 48 de la LOI.

[519] A la vista de lo interesante de la cuestión y de la necesidad de un análisis pormenorizado de la misma, se recomienda la lectura de PANIZO ROMO DE ARCE, Alberto. "Relación laboral y discriminación religiosa". *Revista Española de Derecho del Trabajo.* Madrid: Thompson Reuters Aranzadi, 2015, 177, pp. 73-106. ISSN 1889-4380.

[520] Los requisitos han sido analizados en diversas sentencias del Tribunal Constitucional, pudiéndose citar, por todas, la STC 99/1994, de 11 de abril.

[521] Como exponente de dicha doctrina, se puede citar la STC 11/1981, de 08 de abril.

Para entablar con ciertas garantías una acción resolutoria en virtud del art. 50.1.c) ET fundada en un incumplimiento grave y culpable del empresario relativa a la libertad de expresión e información[522], conviene hacer un breve repaso sobre los principales pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a fin de analizar similitudes o diferencias que nos permitan adelantar el pronunciamiento al respecto del tribunal de instancia —o, en su caso, del Tribunal Superior de Justicia— que resuelva el recurso frente a la misma.

En términos generales, resulta doctrina consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el hecho de que la libertad de expresión «constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada una»[523]. Dicha doctrina continúa afirmando que «[el art. 10.2] es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una «sociedad democrática». A la hora de delimitar su ámbito de aplicación, señala: Esto significa especialmente que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue»[524].

Por lo tanto, estos son los contornos de la libertad de expresión en el TEDH y, por añadidura, en el TC. Sin embargo, el hecho de que nos encontremos en el marco de las relaciones labores hace que deba descenderse a un análisis más individualizado de los pronunciamientos jurisprudenciales para limitar lo admisible de lo injustificado en el binomio empleador-empleado[525]. Antes de establecer una delimitación de la libertad de expresión cabe señalar que los límites constituyen la esencia de la institución, pues pese

[522] El apartado a) del art. 20 hace referencia, de manera expresa, a la libertad de expresión, entendida ésta como el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. Por otro lado, el apartado d) garantiza el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La diferenciación entre ambos conceptos viene delimitada de manera clara en la STC 6/1988, de 21 de enero.

[523] Vid. STEDH Handside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976.

[524] Esta misma interpretación ha sido adoptada, como no podría ser de otra manera, por el Tribunal Constitucional y se expresa entre su doctrina más consolidada, pudiéndose citar, a modo ejemplificativo, la STC 107/1988, de 08 de junio; STC 110/2000, de 05 de mayo o la STC 108/2008, de 22 de septiembre.

[525] En tal sentido se pronuncia la STC 106/1996, de 11 de junio, cuando señala: «Cuando nos situamos en el ámbito de una relación laboral las manifestaciones de una parte respecto de otra deben enmarcarse en las pautas de comportamiento que se derivan de la existencia de tal relación, pues el contrato entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas, no tienen por qué serlo necesariamente en el ámbito de dicha relación».

a estar dentro del núcleo duro de derechos fundamentales, no hay pautas generales y cada supuesto deberá ser abordado dentro de su propia idiosincrasia.

Si a lo anterior sumamos que la extinción indemnizada es, *per se*, manifiestamente casuística, y ello dificulta enormemente su acceso a la casación, encontramos la imposibilidad de otorgar, desde el plano teórico, nada que vaya más allá de unas pautas orientativas tendentes a evaluar una hipotética viabilidad de la acción por similitud a los supuestos enjuiciados por el Tribunal del Garantías, pues ningún derecho es absoluto, como tampoco lo es ninguna limitación[526]. Para una mejor sistematización, se establecen dos categorías: por un lado, limitaciones generales de la libertad de expresión y, por otro, límites estrictamente laborales.

Respecto los primeros, la libertad de expresión debe cohonestar y ejercitarse siempre conforme a los principios de la buena fe, si bien tal exigencia no debe confundirse con la existencia de un genérico deber de lealtad a la empresa que fuera omnicomprensivo de una situación de sujeción al interés empresarial[527]. Igualmente, tampoco protege el ataque a la dignidad de colectivos especialmente vulnerables a través de expresiones racistas y antisemitas[528], ni aquellos ejercicios de la libertad de expresión que sean contrarios a la moral pública[529], o las que tienen por fin último el lesionar o menospreciar la competencia profesional de un juez en ejercicio[530].

Respecto a los segundos, la libertad de expresión no puede justificar que el comportamiento laboral de un trabajador se dirija a la realización de ataques abiertos o solapados contra el ideario de un centro docente privado, en un claro supuesto de empresas de tendencia[531], ni tampoco ampara las modificaciones contractuales escudadas en la libertad de expresión en su vertiente de la exteriorización de ideas religiosas que pretenden encubrir una modificación unilateral de las condiciones de trabajo, como ya ha mencionado.

---

[526] Una manifestación expresamente contenida en la STC 179/1986.
[527] Por todas, STC 1/1998, de 12 de enero y STC 120/1983, de 15 de diciembre.
[528] Más concretamente, la STC 214/1991, de 11 de noviembre, en apoyo de lo referenciado señala lo siguiente: «En un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social».
[529] Vid. STC 62/1982, de 15 de octubre.
[530] Vid. STC 46/1998, de 02 de marzo.
[531] Vid. STC 47/1985, de 27 de marzo, más concretamente, la Sala dispone: «podemos concluir que una actividad docente hostil o contraria al ideario de un centro docente privado puede ser causa legítima de despido del Profesor al que se le impute tal conducta o tal hecho singular».

Trasladado lo anterior al marco del art. 50.1.c) ET, nos lleva a colegir que aquellos comportamientos del empresario tendentes a evitar la realización de comentarios o expresiones racistas y antisemitas, además de ser calificados de bastante oportunos en términos morales, no parece del todo claro que vaya a ser considerado como una vulneración de del derecho fundamental a la libertad de expresión consignada, entre otros textos, en el art. 4.2.e) del ET y, sin dicha premisa, se hace inviable la acción extintiva.

No obstante, en el análisis de estas sentencias se encuentra que, a veces, la diferencia entre unos y otros supuestos se reduce a matice. A modo de ejemplo, ante la imposibilidad de llevar a cabo ataques contra el ideario de un centro docente privado, el propio TC establece que no es menos cierto que el derecho a establecer un ideario educativo no es ilimitado ni lo consagraba como tal el art. 34.1 de la derogada LOECE. Por tanto, habrá que atender el caso concreto y además tratar de sostener una argumentación procesal que maximice las similitudes con las denegaciones de amparo en el caso de que nos encontremos en la posición empresarial o, viceversa, si dirigimos la defensa del trabajador.

2.6. Por razón de edad

La discriminación por edad o «edadismo»[532] puede ser descrita como aquella forma de discriminación que tiene por objeto un trato desigual y razonablemente más gravoso para determinadas personas o grupos sociales debido su edad. Las manifestaciones más comunes se materializan a través de actitudes negativas, estereotipos y/o comportamientos ciertamente peyorativos. Generalmente se tiende a enfocar la discriminación por razón de edad en las personas mayores, dado que se sostiene la idea de que una edad más avanzada conlleva una pérdida de aptitud que repercute negativamente en la productividad del operario. Sin embargo, aunque con menor intensidad, el edadismo también puede proyectarse sobre las personas jóvenes, a las que no se les achaca una falta de aptitud psíquica, sino que se les reprocha su falta de experiencia para enfrentarse a determinadas situaciones.

Respecto a la normativa sobre la que se sustenta la protección frente a dicha tipología de discriminación, se organiza en internacional, europea e interna. En el primer caso podemos comprobar que es exigua. En otros supuestos hemos citado notorios textos legales como el CEDH o el PIDCP, sin embargo, para encontrar una referencia a la edad,

[532] Término acuñado por el médico gerontólogo, psiquiatra y autor ganador de un Premio Pulitzer Robert. N. Butler en Estados Unidos, en el año 1969, para hacer referencia a la discriminación que recae sobre las personas mayores en la sociedad (*ageism*).

debemos acudir al Convenio 111 OIT, ratificado por España en 1967, así como a la Recomendación 111 sobre la discriminación en el empleo. En sede comunitaria, la normativa es más prolija. Podemos citar el art. 19.1 TFUE, el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y la ya citada Directiva 2000/78/CE en sus arts. 2 y 6. A nivel interno, en la Constitución Española no se recoge de manera expresa la referencia a la edad entre los motivos contenidos en el art. 14, por lo que generalmente se suele reconducir la cláusula abierta contenida *in fine*, una forma de proceder que cuenta con el visto bueno del Tribunal Constitucional[533]. Sin embargo, el Estatuto de los Trabajadores, en sus arts. 4.2.c) ET y 17, sí hace mención expresa a la discriminación por razón de edad.

El problema de este tipo de discriminación es la dificultad para identificarla y no tratarla como una medida razonable o justificada ya que, dado que se trata de un estereotipo profundamente impregnado en la sociedad, en ocasiones no se reacciona frente a este tipo de comportamientos empresariales y se asumen como válidos. Igualmente, dicho acervo social también implica la parte empresarial y de su comportamiento no se deduce una voluntad real y decidida de menoscabar un derecho fundamental del trabajador, sino que lo asume como algo natural y propio del ciclo vital de cualquier persona. Sin embargo, ello no puede servir —en términos penales— de excusa absolutoria, en tanto en cuanto el precepto extintivo estatuario únicamente pide gravedad, que no culpabilidad, habiéndose superado dichas teorías —tratadas en el apartado relativo al supuesto b del art. 50.1 ET.

Resultan interesantes dos sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que analizan la cuestión de la discriminación por razón de la edad de la normativa de dos Estados: una de ellas sobre la edad cercana a la jubilación y otra relativa a la edad de comienzo de la actividad laboral remunerada. La primera, conocida como «Caso Mangold»[534], analiza la posibilidad de que una norma alemana, que permitía la concatenación indefinida de contratos laborales sin ningún tipo de límite en aquellos trabajadores mayores de 52 años, se opusiera a la interpretación del art. 6 de la Directiva 2000/78/CE. A pesar de que la intención real del legislador alemán era la de facilitar el acceso al empleo de este colectivo, a su vez les vedaba la posibilidad de obtener

[533] Vid. STC 66/2015, de 13 de abril, cuando señala: «Por lo que se refiere en concreto a la edad como factor de discriminación, este Tribunal ha considerado que se trata de una de las condiciones o circunstancias incluidas en la fórmula abierta con la que se cierra la regla de prohibición de discriminación establecida en el art. 14 CE, con la consecuencia de someter su utilización como factor de diferenciación al canon de constitucionalidad más estricto».
[534] Vid. STJUE de 22 de noviembre de 2011.

estabilidad en el empleo, lo que afloraba una discriminación por razón de edad incompatible con la interpretación del meritado artículo.

El segundo supuesto, conocido como «Caso Abercrombie & Fitch»,[535] analiza la posible existencia de discriminación en una norma italiana que permitía una modalidad contractual para menores de 25 con carácter fijo discontinuo pero que se extinguía al llegar a esa edad. El TJUE señaló que ya había aceptado con anterioridad[536] que las diferencias de trato basadas en un objetivo legítimo, en materia de política de empleo, incluye la promoción de la contratación de algunos colectivos, entre ellos los jóvenes —más exactamente, facilitar su contratación—, por lo tanto, la medida no se opone a la Directiva al resultar idónea y conveniente con el fin de promover el empleo juvenil[537].

Por lo tanto, si extrapolamos las conductas anteriormente descritas al marco de la extinción indemnizada, se puede concluir que los perjuicios de entidad suficiente que recaigan sobre la persona del trabajador a consecuencia de su edad pueden ser catalogados como un incumplimiento empresarial susceptible de activar el mecanismo de la extinción indemnizada mayormente cuando se trate de personas de una edad cercana a la jubilación y no tanto en aquellos que acaban de superar la mayoría de edad.

2.7. Por discapacidad

La inclusión de personas con discapacidad en el ámbito laboral es un aspecto fundamental para la creación de una sociedad equitativa y diversa. En las relaciones laborales, esto implica no solo la contratación de personas con discapacidad, sino también la creación de un entorno de trabajo accesible y de apoyo que permita su pleno desarrollo profesional. Las personas con discapacidad a menudo enfrentan discriminación y estereotipos negativos que limitan sus oportunidades laborales, una barrera que debe ser eliminada, desempeñando un papel fundamental los empresarios, que tienen la obligación de crear un entorno de trabajo inclusivo, accesible y justo.

A la hora de definir concepto de «discapacidad», resulta de interés la interpretación que se hace en la CDPD cuando señala: «El concepto de discapacidad debe entenderse

[535] Vid. STJUE de 19 de julio de 2007.
[536] Vid. STJUE de 19 de enero de 2010 (Caso Kucukdeveci).
[537] A fin de abordar la cuestión con mayor profundidad e incluso indagar en las conclusiones del Abogado General del TJUE se recomienda el comentario realizado por ROJO TORRECILLA, Eduardo. Jóvenes y "contrato de trabajo intermitente". ¿Acceso al (primer) empleo, política formativa, o simplemente un coste laboral fácil de suprimir? Nota crítica a la sentencia del TJUE de 19 de julio de 2017 (asunto C-143/16). En: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales* [en línea]. 2017 [fecha de consulta 2 julio 2024]. Disponible en: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/07/jovenes-y-contrato-de-trabajo.html

referido a una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores»[538]. Junto a la anterior, podemos citar la LGDPD: «Es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»[539].

En cuanto a la normativa internacional que regula la cuestión y que ha sido ratificada por España encontramos la ya referida CDPD y su Protocolo Facultativo, ratificada el 03 de diciembre de 2007, así como el Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas)[540]. En el marco europeo hay dos normativas de referencia: la Carta Social Europea, revisada, ratificada la original el 23 de octubre de 1980 y su revisión el 29 de abril de 1991, así como la Directiva 2000/78/CE del Consejo. En el contexto nacional destacan principalmente los arts. 14 y 39 de la CE, los arts. 4.2.e), 17, 20 y concordantes del ET, así como el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

El TJUE ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre las distintas cuestiones prejudiciales que le han ido elevando los Tribunales de los Estados Miembros en relación con el concepto de «discriminación» y sus límites. La primera sentencia útil para situar el estado de la cuestión es la de Ring y Werge. En ella se aborda la situación de una trabajadora que, tras llevar cinco meses en situación de incapacidad temporal, se determina que no está capacitada para desarrollar una jornada laboral completa aunque sí parcial. El empresario procede a su despido y el TJUE concluye: i) que una duración prolongada de la enfermedad puede ser subsumida dentro de los contornos de la discapacidad, y ii) que una reducción del tiempo de trabajo puede entenderse como un «ajuste razonable» pues la Directiva 2000/78/CE no contiene un listado taxativo al efecto. En consecuencia, la directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una

[538] Art. 1 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).
[539] Art. 2.a) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGDPD).
[540] Ciertamente también habría que incluir la Declaración de los Niños con Discapacidad, sin embargo, no está ratificado por ningún Estado dada su na1turaleza jurídica.

disposición de carácter nacional que establezca la posibilidad de que un empleador pueda finalizar un contrato de trabajo cuando las bajas implican que este no adoptó las medidas apropiadas[541].

La segunda sentencia hace referencia al asunto Kaltoft. En ella se plantea la posibilidad de que el derecho de la unión ampare un principio general de no discriminación por razón de obesidad. Esta posibilidad fue desechada parcialmente por parte del Tribunal, pues si bien niega que exista tal principio, considera que ello no es óbice para que la obesidad de un trabajador pueda considerarse discapacidad cuando de ella se deriven limitaciones a consecuencia de dolencias físicas, mentales o psíquicas que pueda impedir la participación plena y efectiva en igualdad de condiciones que el resto de trabajadores[542].

La tercera y última de las sentencias a las que queremos hacer referencia es la relativa al caso Daouidi. El planteamiento es relativamente sencillo: un trabajador que tras un accidente de trabajo y un periodo de incapacidad temporal es despedido por bajo rendimiento. Al TJUE se le plantea el interrogante de que, si entrara en el concepto de discriminación directa por discapacidad —como motivo de discriminación contemplado en los artículos 1, 2 y 3 de la Directiva 2000/78— la decisión empresarial de despedir a un trabajador, hasta aquel momento bien conceptuado profesionalmente, por el solo hecho de estar en situación de incapacidad temporal.

El Tribunal concluye que el hecho de que el trabajador se encuentre en situación de IT, de duración incierta, a causa de un accidente de trabajo, no significa por sí solo que la limitación pueda ser calificada de duradera a los efectos de la definición de «discapacidad» contenida en la Directiva. Ahora bien, considera que puede tratarse de un poderoso indicio y remite su enjuiciamiento al Juez nacional[543].

[541] A fin de producir sobre la cuestión, resulta de indudable interés el comentario realizado sobre la STJUE de 18 de enero de 2024 (Asunto 631/2022) en RIVAS VALLEJO, María Pilar. "La negativa a aplicar ajustes razonables tras la declaración de incapacidad permanente convierte en discriminatoria la extinción del contrato". *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*. 2004, pp. 1-9. ISSN-e 2659-787X, donde se analiza la posibilidad de recolocar a un trabajador que ha sido declarado en situación de incapacidad permanente. A pesar de que el supuesto de hecho no trate sobre el despido, se analiza con detalle la institución del ajuste razonable.

[542] Se recomienda la lectura de BAILE AYENSA, José Ignacio y HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel "Discriminación por obesidad en el ámbito laboral". *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*. Madrid: La Ley, 2021, 74, pp. 01-26. ISSN 2386-8090, artículo en el cual se trata de manera pormenorizada la interrelación entre obesidad y discapacidad de la mano no solo de la normativa europea sino también nacional.

[543] A fin de ahondar con mayor detenimiento en la sentencia relativa al Caso Daouidi, se recomienda AGUSTÍ MARAGALL, Joan. "Discriminación por obesidad en el ámbito laboral". *Revista Trabajo y Derecho*. Madrid: La Ley, 2021, 74, pp. 1-26. ISSN 2386-8090.

En definitiva, a la vista de los pronunciamientos anteriormente descritos y que se enmarcan dentro de una serie de fallos por parte del TJUE para delimitar la cuestión de la discriminación por discapacidad —pasando por la sentencia dictada en el caso Nobel Plastiques Ibérica S.A., donde además se hace un esfuerzo argumental considerable sobre la cuestión del trabajador especialmente sensible a los riesgos laborales[544]—, podemos considerar contextualizada la cuestión para poder determinar qué comportamientos del empresario son susceptibles de activar el mecanismo de la extinción indemnizada en el marco de la relación laboral por incumplimiento de lo dispuesto en el art. 4.2.e) ET.

2.8. Por orientación, identidad sexual o expresión de género

La orientación sexual, la identidad de género y las relaciones laborales son cuestiones interrelacionadas que abordan cómo las personas pueden experimentar discriminación y desigualdad en el lugar de trabajo. Conviene matizar qué se entiende por sexo, género, identidad sexual o expresión de género a la luz de la jurisprudencia constitucional, dado que con frecuencia se entremezclan dichos conceptos y una correcta determinación de resulta imprescindible para delimitar con precisión su encaje en el marco del art. 14 CE[545].

A la hora de hablar de «sexo» se hace referencia a aquellos atributos que permite identificar a las personas como seres vivos femeninos, masculinos o intersexuales. Vienen dados por una compleja serie de características morfológicas, hormonales y genéticas a las que se asocian determinadas características y potencialidades físicas que nos definen. Cuando nos referimos a «género», se habla de la identidad social de una persona basada en las construcciones sociales, educativas y culturales de los roles, los rasgos de la personalidad, las actitudes, los comportamientos y los valores que se asocian o atribuyen, de forma diferencial, a hombres y mujeres, y que incluyen normas, comportamientos, apariencia externa, imagen y expectativas. La «orientación sexual» hace referencia a la preferencia por establecer relaciones afectivas con personas de uno u otro sexo, mientras que la «identidad de género» está enfocada en la identificación de una persona con caracteres definitorios del género que pueden coincidir o no hacerlo con el sexo que se le

[544] Cfr. STJUE de 11 de julio de 2016 (Asunto C13/2005) conocido como caso CHACÓN NAVAS; STJUE 11 de abril de 2013 (Asunto C335/2011) más conocido como caso HK DENNMARK y STJUE 18 de enero de 2018 (Asunto C270/2016) también conocido caso Ruiz Conejero.
[545] Es el propio Tribunal Constitucional en su STC 159/2016, de 22 de septiembre, quien da cuenta de la intercambiabilidad de dichos conceptos.

atribuye, en virtud de los caracteres biológicos predominantes que presenta desde su nacimiento[546].

En cuanto a su fundamento legal, en sede internacional encontramos, esencialmente, el art. 2 DUDH, los arts. 2 y 26 del PIDCP y el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[547]. En el plano comunitario destaca el art. 21 de la CDFUE, las Directivas 2000/78/CE, de 27 de noviembre del 2000 y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 06 de julio de 2006. Asimismo, cabe citar el art. 14 del CEDH y su Protocolo N.º 12[548]. En lo referente al derecho interno, se parte de lo dispuesto en el art. 14 CE y diversos cuerpos normativos de carácter legal, pudiendo citar la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres y la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. En cualquier caso, no podemos obviar la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el art. 4.2 del Estatuto de los Trabajadores.

La correcta denominación de la situación tiene una trascendencia notoria, ya que abarcará una serie de circunstancias concurrentes íntimamente ligadas. Por ello, como ya ha señalado algún autor[549], resulta curioso que, tratando materias similares o muy parecidas, el TEDH, el TC, la legislación nacional e, incluso, la autonómica, no utilicen una misma determinación para tratar la discriminación basada en el sexo, el género, la orientación sexual o la identidad de género[550].

[546] Vid. STC 67/2022, de 02 de junio de 2022, de la que se extraen las definiciones expuestas en los párrafos citados.
[547] En apoyo de la aplicación anteriormente citada encontramos la declaración de Principios de Yogyakarta del año 2006 que, sin ser propiamente un tratado internacional, sirve de guía para la aplicación de los derechos humanos en relación con orientación sexual e identidad de género, habiéndose mostrado España como proclive a la aplicación de la misma.
[548] Junto a la precitada normativa, cabe mencionar la Recomendación CM/Rec 5 (2010) del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.
[549] CANO GALÁN, Yolanda. "Discriminación por transexualidad en el empleo: ¿nueva causa, condición o estado objeto de protección tras la Ley 15/2022, de 12 de julio?". *Revista Aranzadi Doctrinal*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2022, 9. ISSN 1889-4380.
[550] Cfr. STEDH de 19 de enero de 2021 (Asunto X e Y c. Rumanía) cuando hace referencia al término «identidad de género», STEDH de 11 de junio de 2022 (Asunto I c. Reino Unido) refiriéndose a «identidad sexual» o la STEDH de 11 de octubre de 2018 (Asunto S.V c. Italia) donde se utiliza de manera novedosa el término «transgénero».

2.9. Por lengua. España y sus modalidades lingüísticas

La discriminación lingüística en el ámbito laboral se refiere a la discriminación basada en el idioma o dialecto que una persona habla. Puede manifestarse de diversas maneras, incluyendo la negación de empleo o de oportunidades de promoción, asignación de tareas y el trato desigual en el lugar de trabajo debido al idioma que habla el empleado. En un mundo globalizado y multicultural, la lengua es un componente esencial de la identidad cultural y personal de los individuos. Sin embargo, en muchas ocasiones, el uso de una lengua minoritaria o regional puede convertirse en un factor de exclusión y discriminación dentro del entorno laboral.

En el plano internacional, el Estado español ha mostrado una voluntad tendente a la erradicación de la discriminación por razón de lengua conforme a lo dispuesto en el art. 2 de la DUDH y, de manera vinculante, por lo establecido en los arts. 2, 26 y 27 del PIDCP. De igual modo, el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales obliga a los Estados a garantizar los derechos reconocidos en dicho pacto sin discriminación alguna, incluyendo por motivos de idioma. En el marco europeo destaca el art. 14 y el Protocolo 12 del CEDH, la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias (ratificada por España en 2001), el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales (ratificado en 1995), los arts. 21 y 22 CDFUE y como la Directiva 2000/43/CE. La normativa española ofrece un marco robusto para proteger contra la discriminación por razón de lengua, garantizando el derecho a la igualdad y a la no discriminación en diversos ámbitos, incluido el laboral. Como pieza fundamental encontramos la sección 1, 2 y 3 del art. 3 de la CE en relación con el art. 14 de la Carta Magna. Descendiendo al marco legal, resultan de interés la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, así como los ya mencionados arts. 4.2 y 17 el Estatuto de los Trabajadores[551].

[551] En el marco propio de la Administración, cabe citar esencialmente la Ley 19/1983, de 16 de noviembre, sobre el Uso de la Lengua en la Administración del Estado, y la Ley 4/1999, de 13 de enero, de Modificación de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que se centran en respetar, garantizar y reforzar el respeto y el uso de las lenguas oficiales en las comunidades autónomas.

3. Supuestos no encuadrables en los apartados a) y b) del art. 50.1 ET por carecer de algún elemento esencial.

3.1. Falta de ocupación efectiva; especial referencia a los ERTES

Como ya indicábamos en el apartado relativo a las aperturas causales del apartado a) del art. 50.1 ET, la falta de ocupación efectiva no es solamente integrable en tal apartado, sino que también se puede enmarcar dentro de la cláusula general contenida en el apartado c), referida a cualquier otro incumplimiento grave por parte del empresario[552], siempre y cuando se analice cada caso concreto para determinar un mejor encaje, puesto que la concurrencia —o no— de menoscabo de la dignidad determinará un papel fundamental en su subsunción jurídica[553]. En cuanto al plano teórico y conceptual nos remitimos a lo expuesto en dicho apartado.

El derecho a la ocupación efectiva está estrechamente vinculado con la dignidad, recogida constitucionalmente en el art. 10 CE y en el plano legal en el art. 4.2.e) ET lo que supone un claro límite a la discrecionalidad del empresario y su protección podrá articularse por la vía del art. 50.1.c) ET[554].

Como se ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones, la extinción indemnizada tiene un difícil acceso a la casación, puesto que su carácter eminentemente casuístico limita las posibilidades de pasar el filtro de la contradicción. Por eso, no es frecuente encontrar pronunciamientos novedosos por parte de la Sala IV. Sin embargo, ello no es óbice para que la doctrina de suplicación aborde cuestiones relativas a la institución extintiva y, en los últimos años, se haya enfrentado a la irrupción de la problemática emanada de los ERTES.

A consecuencia de la crisis sanitaria derivada del COVID-19 y del confinamiento domiciliario debido al estado de alarma decretado por el Gobierno, se propugnó el recurso a los ERTES como medida de flexibilización laboral que permitiera mitigar los efectos económicos y sociales de la pandemia[555]. Aunque muchos ERTES fueron aprobados y

[552] Por todas, STS 17398/1990, de 10 de octubre.
[553] Vid. STS 2492/2010, de 28 de abril (Rec. 238/2008).
[554] SIERRA HERNÁIZ, Elisa. La extinción de la relación laboral vía artículo 50 et por menoscabo de la dignidad del trabajador. En: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. El Estatuto de los Trabajadores 40 años después. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajado y de la Seguridad Social. 1.ª Ed. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones, 2023, pp. 1595-1596. ISBN 978-84-8417-556-8.
[555] En cuanto a la regulación jurídica de los mismos, resulta capital el art. 47 del ET y el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. No obstante, a consecuencia de la pandemia

proporcionaron un alivio crucial para las empresas y trabajadores, pues permitían a los primeros exonerarse total o parcialmente de las cuotas de Seguridad Social y a los segundos el cobro de prestaciones por desempleo, algunos fueron denegados por diversas razones, lo que implicaba la obligación de la empresa de volver a dar ocupación efectiva a los trabajadores[556]. Por ello, conviene hacer referencia a una serie de sentencias dictadas por determinados Tribunales Superiores de Justicia, pues la colisión entre ocupación efectiva y ERTES supone una irrupción en cierta medida novedosa frente a los tradicionales supuestos relativos a cierres de centros de trabajo, falta de recolocación, despido tácito o vaciamiento de funciones, aunque sobre este último se realice alguna breve mención.

En el año 2023, resulta interesante la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, en el que estima la pretensión de dos trabajadoras que estuvieron durante seis meses sin ocupación efectiva y sin percibo de salarios so pretexto de que habían sido incluidas en una prórroga de un ERTE que finalmente no fue aprobado. Lo curioso es que, inicialmente, el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) comenzó a abonar a las trabajadoras la prestación por desempleo inherente a la concesión del ERTE, pero tan pronto como este comunicó les comunicó que tales prestaciones debían ser devueltas al no concurrir la causa de fuerza mayor alegada por la empresa, la obligación del pago del salario y de dar ocupación efectiva volvía a recaer sobre la empresa. La empresa, en lugar de recurrir dicha resolución o cumplir con su obligación derivada del art. 4.2 ET en tanto en cuanto recayera sentencia firme al respecto, decidió no afrontar sus responsabilidades, aquietarse, y ello derivó en la estimación de la pretensión extintiva en instancia y la confirmación en suplicación[557].

En el año 2022 y nuevamente en el marco de los ERTES, cabe mencionar la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que aborda un supuesto de

---

se promulgó una prolija normativa que no contribuyó a la seguridad jurídica. En tal sentido, podemos citar los siguientes: i) Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19; ii) Real Decreto-Ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19; iii) Real Decreto-Ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo; iv) Real Decreto-Ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial; v) Real Decreto-Ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo; y el vi) Real Decreto-Ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo, recoge, en su Título I, el IV Acuerdo Social en Defensa del Empleo.

[556] Entre las razones más comunes por las que se denegaban los ERTES inicialmente aprobados podríamos citar i) la falta de justificación adecuada, ii) errores en la solicitud, iii) sectores no elegibles, iv) abuso o fraude, v) problemas con la inscripción y afiliación de trabajadores, vi) condiciones especiales de transparencia, o vii) falta de información y transparencia.

[557] Vid STSJ Andalucía 819/2023, de 26 de abril (Rec. 1726/2022).

extinción indemnizada basado en el grado de afectación del expediente de regulación al que se anuda una reclamación de cantidad, en concepto de reparación de daños morales, derivados de la vulneración de un derecho fundamental. La cuestión a dilucidar, como expresamente señala la Sala en su fundamento jurídico séptimo, consiste en determinar si había habido una justificación objetiva, razonable y proporcionada en virtud de la cual el trabajador demandante hubiera sido afectado en mayor entidad que sus compañeros por el ERTE, ya que sus jornadas habían sido manifiestamente superiores a las de aquel con tareas similares.

La resolución es de importancia vital, pues en caso de que la empresa probara esa justificación objetiva, razonable y proporcionada, la acción extintiva y la discriminación alegada serían desestimadas, pero en caso contrario, la empresa se enfrentaría al pago de la indemnización equivalente al despido improcedente y a la indemnización reparadora derivada de los daños morales inherentes a la vulneración de un derecho fundamental. Finalmente la Sala, basándose en que sus tareas habían sido encomendadas a otros empleados, y ante la falta de pruebas que justificara ese trato desigual, acabó estimando la pretensión extintiva y, además, condenó a la empresa al pago de la cantidad de 20.561,92 € por a la discriminación sufrida por el trabajador[558].

Por otro lado, resulta interesante una sentencia de ese mismo año dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la que se aborda el supuesto de un trabajador que anuncia con cuatro meses de antelación su intención de abandonar la empresa para irse a la competencia y, bajo el pretexto de una restructuración de funciones, se vacía de funciones su puesto. El vaciamiento es tal que consta como hecho probado que el trabajador se encontraba situado diariamente en un despacho vacío jugando con el móvil o leyendo un libro delante del director general. Entiende la Sala que es razonable que las funciones de un trabajador que va a abandonar la empresa pasen a ser más de tutela sobre aquellos otros empleados que van a ocupar su puesto o, en cierto modo, de transición, pero bajo ningún concepto puede aceptarse que se le vacíe totalmente de funciones.

El elemento clave de dicha sentencia que, a nuestro juicio, decanta la balanza reside en el hecho de que, si bien el 100 % de la plantilla se encontraba en situación ERTE ETOP y fue llamada el 21 de abril de 2021, este trabajador fue requerido para reincorporarse el 10 de marzo de 2021 —solo este trabajador y cuando la actividad del hotel se encontraba cerrada—. El trabajador no acude a su puesto de trabajo y la empresa procede a un despido

[558] Vid. STSJ Cataluña 2781/2022, de 5 de mayo (Rec. 1008/2022).

disciplinario por ausencias injustificadas mientras que el trabajador acciona por la vía del art. 50.1.c) ET y obtiene el favor de la instancia y de la Sala de Suplicación.

Finalmente, cabe traer a colación una sentencia del año 2001, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (con sede en Valladolid) en la que se analiza la posible falta de ocupación efectiva por ausencia de rotación de un trabajador incluido en un ERTE durante más de dos años a pesar de que se había pactado con la representación de los trabajadores que ningún empleado superaría dicho límite temporal. La Sala confirma la sentencia de instancia en la que se estima la falta de ocupación efectiva, pues el trabajador debería haber sido incluido en la actividad de la empresa y no prorrogar por más de dos años su afectación al ERTE, dado que genera una incertidumbre en el trabajador ciertamente reprochable[559].

Como podemos comprobar, aunque en este apartado únicamente se han expuesto supuestos en los que ha prosperado la pretensión extintiva, el auge de los ERTES en el contexto expuesto anteriormente supuso un nuevo enfoque desde el punto de vista de la extinción indemnizada por la vía del apartado c) del art. 50 ET en su vertiente a la ocupación efectiva[560].

3.2. Menoscabo de la intimidad o dignidad del trabajador

3.2.1. Acoso moral en el trabajo o mobbing

El acoso laboral, también conocido como *mobbing*, es un fenómeno caracterizado por conductas hostiles y repetitivas dirigidas hacia un trabajador por parte de compañeros, superiores o subordinados, con el objetivo de minar su autoestima, dignidad y rendimiento laboral. Estas conductas pueden incluir humillaciones, críticas constantes, aislamiento social, difusión de rumores, asignación de tareas humillantes o imposibles de cumplir, y otras formas de maltrato psicológico.

En el plano internacional, el Estado español ha ratificado, en el año 2022, el Convenio 190 sobre la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo; el Convenio 111 sobre la Discriminación (empleo y ocupación), ratificado en 1967; y el Convenio 155 sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores. Asimismo, no podemos obviar la adhesión de

[559] Vid. STSJ 1493/2021, de 11 de octubre (Rec. 1761/2021).

[560] A modo ejemplificativo podemos citar la STSJ Cataluña 2460/2023, de 19 de abril de 2023 (Rec. 7101/2022), en la que la Sala revoca el pronunciamiento de instancia y entiende que no hay falta de ocupación efectiva del trabajador demandante, pues su inclusión en el ERTE atendió a razones objetivas y razonables asociadas a su categoría profesional.

España a la DUDH y la ratificación en el año 1977 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)[561]. En el ámbito europeo destacan la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, así como la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 05 de julio de 2006. En el contexto interno, destacan los arts. 15 y 18 de la CE junto el art. 4 y 54 del ET, así como los arts. 14, 22 y 25 de la LPRL, 48 y 62 de la LOI. De igual modo, hay que tener en cuenta el Real Decreto 901/2020 y el Real Decreto 902/2020, que desarrollan aspectos relacionados con el acoso laboral, aunque ciertamente más dirigido a razones de género[562].

Una vez establecido el marco normativo, procede determinar cómo ha perfilado conceptualmente el Tribunal Constitucional el comportamiento de acoso laboral, pues la concurrencia de esas notas podrá adelantar la hipotética viabilidad de la acción extintiva al amparo del art. 50.1.c) ET. Como señala el Tribunal de Garantías: «El concepto de acoso laboral surgió en la psicología para abordar conjuntamente desde el punto de vista terapéutico situaciones o conductas muy diversas de estrés laboral que tienen de común que, por su reiteración en el tiempo, su carácter degradante de las condiciones del trabajo o la hostilidad que conllevan, tienen por finalidad o como resultado atentar o poner en peligro la integridad personal del empleado»[563].

En sede conceptual, también conviene traer a colación la referencia doctrinal que se recoge en una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias del año 2022 cuando señala: «La agresión del empresario o de alguno de sus empleados a un trabajador, con el consentimiento y tolerancia de aquél, mediante hechos, órdenes, o palabras, conducta repetida y duradera en el tiempo, con el fin de desacreditar, desconsiderar y aislar al trabajador, lo que puede llegar a deteriorar la salud de este»[564].

Sobre la delimitación conceptual se ha discutido con fundamento en la aplicación analógica de la definición de la normativa comunitaria, estudios realizados por instituciones europeas o incluso ordenamientos jurídicos extranjeros, así como desde la

[561] En relación con el Convenio 111 sobre la Discriminación (empleo y ocupación), cabe señalar que no hace una mención específica al acoso laboral, pero sí trata distintos tipos de supuestos de acoso que pueden darse en el marco laboral.
[562] Extramuros del ordenamiento jurídico laboral, también podemos citar los arts. 173.1 y 314 del Código Penal, que sancionan tanto el trato degradante que menoscaba la integridad moral como la discriminación laboral.
[563] Vid. STC 56/2019, de 06 de mayo (Rec. 901/2018).
[564] Vid. STSJ Asturias 698/2022, de 08 de marzo (Rec. 2838/2021).

propia etimología o el análisis lingüístico del término[565]. La doctrina jurisprudencial del TC resume las conductas de acoso laboral a través de las siguientes notas. En primer lugar, debe constatarse la existencia de conductas lesivas no deseadas, susceptibles de producir un daño, tales como aislar a la víctima, desprestigiarla personal o profesionalmente, así como proferirle ofensas verbales o físicas.

Respecto a la conducta de aislamiento, resulta especialmente ilustrativo un supuesto analizado por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en 2014 que confirma la sentencia de instancia, donde se aprecia una conducta de acoso laboral basada en el aislamiento a través de conductas tales como no facilitarse el uniforme de empresa únicamente a una persona, la asignación de tareas que no realizaban trabajadores de su mismo cargo y labores de seguimiento y vigilancia únicamente contra ella[566]. Sobre las ofensas verbales o físicas, resulta idóneo el asunto resuelto por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en 2007, donde confirma la sentencia de instancia sobre extinción indemnizada a consecuencia de una agresión del empresario al trabajador en el marco de una discusión sobre el periodo de vacaciones[567].

En segundo lugar, se debe producir un menoscabo de la dignidad personal, sin perjuicio de que concurran vulneraciones de otros derechos fundamentales, pudiéndose citar a modo ejemplificativo el relativo a la integridad física o al honor. Una muestra la encontramos en el supuesto abordado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en 2023, donde estima parcialmente un recurso de suplicación interpuesto por el trabajador y señala que la conducta empresarial consistente en recolocarle, en su condición de conserje, a trabajar en la zona de los retretes, constituye un trato vejatorio y denigrante por parte de superior jerárquico, máxime cuando ello acontecía tras el cumplimiento de una sanción consistente en la suspensión de empleo y sueldo por parte del trabajador[568].

En tercer lugar, debe concurrir cierta habitualidad o reiteración, tratándose más bien un proceso o pluralidad de acciones que una conducta aislada. No cabe citar de manera objetivo un lapso temporal a partir del cual se pueda considerar concurrente la reiteración, por lo que habrá que atender a cada caso concreto. A modo ejemplificativo, podemos citar el asunto abordado por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en 2008, que entiende

[565] AYALA DEL PINO, Cristina. "Acoso moral en el trabajo (mobbing): concepto y elementos". *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*. San Lorenzo de El Escorial: Real Centro Universitario Escorial-María Cristina, 2019, 52, pp. 149-178. ISSN 1133-3677.
[566] Vid. STSJ Galicia 5089/2014, de 20 de octubre (Rec. 2878/2014).
[567] Vid. STSJ País Vasco 2520/2007, de 2 de octubre (Rec. 1727/2007).
[568] Vid. STSJ Madrid 668/2023, de 7 de julio (Rec. 384/2023).

concurrente la habitualidad cuando señala, de manera literal, que: «La integridad moral ha sido atacada de modo reiterado y de forma sistemática y recurrente a través de la conducta permanentemente agresiva del empresario hacia la trabajadora demandante que no solo la insultó en alguna ocasión llamándole "sinvergüenza", sino que además duda de sus capacidades o las pone en entredicho al afirmar que sólo servía para tratar con viejas, que cuando llegara otra trabajadora se marcharía, que no servía para nada y que quería que se marchara»[569].

Sin embargo, como ha señalado algún autor, el Convenio OIT ha relajado las exigencias sobre la reiteración de las conductas, al considerar inaceptables las conductas que causen —o sean susceptibles de causar— un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género aunque se manifiesten una sola vez, lo que puede derivar de la decisión de definir «violencia» y «acoso» de manera conjunta[570].

En cuarto lugar, la conducta acosadora debe producirse en el lugar de trabajo o con ocasión del mismo y, lógicamente, por personal de la empresa en sentido amplio, tanto en su vertiente de acoso vertical como horizontal. El hecho de que deba producirse en el lugar de trabajo no plantea mayores interrogantes, dado que por eso hablamos de acoso laboral. Si excluyéramos los supuestos generados en el centro de trabajo nos encontraríamos entonces ante un acoso moral —o de cualquier otra índole— sin el componente laboral. Sin embargo, resulta interesante la expresión «con ocasión del mismo», ya que implica que las conductas del empresario lesivas, que menoscaban la dignidad del trabajador de manera constante y que se realizan fuera del centro o del horario de trabajo son susceptibles de activar el mecanismo de la extinción indemnizada.

Un elemento clave del hostigamiento típico en las conductas acosadoras es que, en ocasiones, vas más allá de la mera jornada laboral. Comportamientos como llamadas telefónicas fuera de horario, contactos personales o por redes sociales, así como en eventos sociales —aunque no tengan relación directa con el trabajo— pueden ser subsumidos dentro de la expresión «con ocasión del mismo» si concurre algún elemento, aunque sea tangencial, que permita asociarlo a la actividad laboral.

[569] Vid. STSJ Galicia 855/2008, de 3 de marzo (Rec. 200/2008).
[570] SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen. La adhesión de España al Convenio OIT 190 sobre eliminación de la violencia y acoso en el mundo del trabajo. 2024, p. 17.

En el año 2022, apoyado en diversa normativa pero fundamentalmente en el art. 20.*2 in fine* del ET, la Sala IV remarcó que determinadas conductas son sancionables para el trabajador en el ámbito laboral aunque se realicen fuera del centro de trabajo o del horario laboral[571]. En aquel caso confirmaba la sanción impuesta a un trabajador por ofensas verbales al empresario en una cena de navidad, pero dicho precepto estatuario es aplicable a la inversa —esto es, cuando las conductas susceptibles de calificadas como acoso laboral se sitúan extramuros del lugar y tiempo de trabajo—.

Respecto a lo anterior —y propiciado en gran parte gracias a la proliferación de nuevas modalidades de prestación de servicios, como el trabajo a distancia o en remoto—, ha surgido una modalidad de acoso que se basa en conductas tradicionales pero que se sirve de las TIC para crear un ambiente de trabajo hostil hasta hacerlo insoportable. Se trata del «ciberacoso», definido como: «una estrategia múltiple de violencia en la que la persona acosada es víctima de conductas agresivas y humillantes, cometidas a través de las redes sociales o diferentes herramientas informáticas que amplifican el elemento de menosprecio o discriminación»[572].

En quinto lugar, se ha exigido como requisito constitutivo del acoso moral la finalidad del agresor tendente a atentar contra la dignidad del agredido, no obstante, dicho elemento finalista no es exigido por la doctrina constitucional en la actualidad. Predomina una vertiente más objetiva donde lo primordial es la acreditación de la existencia de unas conductas que atenten contra la dignidad del trabajador o creen un entorno humillante, siendo indiferente la voluntad empresarial al respecto, sin perjuicio de tener que acreditar un nexo causal entre el comportamiento patronal y el resultado prohibido por la norma[573]. Esto significa que no se requiere la producción de un daño concreto, aunque se debe acreditar la concurrencia de una entidad suficiente para causarlo: nos situaríamos más en el ámbito de una conducta de peligro concreto y no tanto de resultado[574].

En último lugar, no es reconocido como acoso el mero ejercicio arbitrario del poder directivo del empresario ni cualquier situación de tensión o conflicto derivada del contexto laboral. Para que se produzca acoso laboral deben darse los rasgos que se han mencionado anteriormente, y se excluyen aquellas situaciones de tensión que, en

[571] Vid. STS 2240/2022, de 31 de mayo (Rec. 1819/2020).
[572] GALLEGO MOYA, Fermín. El ciberacoso como forma de violencia laboral, 2024, p. 4.
[573] Vid. STC 11/1998, de 13 de enero (Rec. 2.264/1996).
[574] Vid. STC 220/205, de 12 de septiembre (Rec. 1221/2002).

ocasiones, generan una sobrecarga de trabajo, un ambiente no del todo idóneo o una dificultad para conciliar la vida laboral y personal.

Las disensiones entre el trabajador y sus superiores son una patología típica del derecho del trabajo, ciertamente a extinguir, pero que en ningún caso pueden confundirse con un acoso laboral, pues este último comporta un inaceptable grado adicional de gravedad completamente proscrito por el ordenamiento jurídico y que, en caso de no erradicarse a tiempo o superar determinados límites, puede derivar incluso en responsabilidades penales. Sin embargo, es útil contrastar los requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional, la jurisprudencia de la Sala IV y la doctrina de suplicación para identificar apriorísticamente si nos encontramos ante un supuesto de acoso laboral que nos permita activar el mecanismo de la extinción indemnizada del art. 50.1.c) ET. Cuando una conducta de acoso laboral atente contra derechos fundamentales recogidos en los arts. 15 y 18 de la CE será viable acumular la acción del art. 183.3 LRJS e indemnización por daños morales que le resarza y le restablezca, en la medida de lo posible, a su situación anterior[575].

3.2.2. Acoso sexual

A la hora de abordar una posible conceptualización del acoso sexual en el marco del derecho del trabajo, se hace aconsejable acudir al art. 7 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que afirma: «[…] constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo»[576]. Esta definición debe complementarse con lo establecido en el art. 2 del Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo: «Un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez

[575] Los mecanismos que el ordenamiento jurídico pone a disposición de las víctimas de acoso son diversas y de una gran profundidad, razón por la cual recomendamos la lectura capítulo al efecto contenido en GALLEGO MOYA, Fermín. La tutela "reparadora" del acoso moral. En: SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen, dir. Los riesgos psicosociales. Teoría y práctica. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2009, pp. 119-141. ISBN: 978-84-8355-822-9.

[576] Cabe señalar que la definición contenida en la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, hace suya la definición contenida en el artículo 2 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación que se trasponía al efecto.

o de manera repetida que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico».

La lucha contra el acoso en el ámbito laboral ha sido el núcleo de una producción normativa prolífica que abarca el ámbito nacional, el europeo y el internacional. Sin embargo, el Estatuto de los Trabajadores carece de una mención específica a la posibilidad de extinguir la relación laboral a consecuencia de la existencia de una conducta que colme las exigencias del acoso sexual, debiendo ser incardinado dentro de la cláusula general que suponen los contornos del art. 50.1.c) ET[577]. La concreta infracción o incumplimiento que se produce es el relativa a los derechos laborales del trabajador recogidos en el art. 4.2.e) del ET que, además de proclamar el respeto a su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, señala específicamente el respeto frente al acoso sexual y por razón de sexo[578]. También se puede situar el incumplimiento en la normativa de prevención de riesgos laborales y, más concretamente, en el art. 14 de la LPRL, que recoge la deuda de seguridad que ostenta el empresario para con el trabajador.

A la hora de valorar si nos encontramos ante una conducta proscrita por el ordenamiento jurídico laboral se han de ponderar una serie de circunstancias, pues no todo comportamiento reprobable o desafortunado constituye un acoso sexual susceptible de ser incardinado en el art. 50.1.c) ET. Según la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 27 de noviembre de 1991, la conducta de un superior o de compañeros resultará inaceptable cuando concurran las siguientes circunstancias.

En primer lugar, cuando dicha conducta es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma. Tal circunstancia concurrirá cuando la trabajadora muestre su negativa o exteriorice, aunque no necesariamente deba ser de manera inmediata, su rechazo sobre las mismas. Como ejemplo, podemos diferenciar entre conductas de carácter verbal —es decir, flirteos ofensivos, contactos por redes sociales

[577] En el ámbito internacional destacan principalmente el Convenio número 111 de la OIT relativo a la Discriminación en materia de empleo y ocupación en 1958, y el reciente Convenio 190 de la OIT sobre la Violencia y el acoso, ratificado por España en 2023. En el plano europeo se encuentran los artículos 21 y 23 de la CEDH, el artículo 2 del TUE y los artículos 8, 10, 151 y 153 del TFUE, además de la ya mencionada Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006. Por su parte, en el plano nacional, es la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la que ocupa una posición central, que bebe de los artículos 10, 15 y 18 de la CE y se complementa con el artículo 4 del ET.

[578] Para ahondar sobre la diferencia entre acoso sexual y acoso por razón de género, se recomienda SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen. "La violencia de género en el ámbito laboral". *Revista de Derecho.* Piura: Universidad de Piura, 15 (15), 2019, pp. 17-19. ISSN 1608-1714.

indeseados o insinuaciones sexuales molestas— y conductas no verbales, como la exhibición de fotos sexualmente sugestivas o pornográficas, miradas impúdicas o comportamientos físicos que pueden ir desde el contacto físico deliberado y no solicitado hasta abrazos o besos no deseados.

En segundo lugar, si la negativa o el sometimiento de una persona a tal conducta por parte de empresarios o trabajadores se utiliza de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional y al empleo, sobre la continuación del mismo, los ascensos, el salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo. Este tipo de casos también se conocen como *quid pro quo* o chantaje sexual, que consiste esencialmente en forzar a la víctima a someterse a los requerimientos sexuales so pena de perder o ver perjudicados ciertos beneficios o condiciones de trabajo. En tercer y último lugar, si dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma. Esto se puede ver reflejado, por ejemplo, en supuestos en que la persona acosada deba rendir cuentas ante aquellas personas que, precisamente, son las que han originado la situación. Esto ha sido también denominado «acoso sexual ambiental»[579].

Una vez determinada la conducta propia de los supuestos de acoso sexual que pueden ser incardinados dentro de los incumplimientos del art. 50.1.c) ET, conviene abordar una cuestión no exenta de importancia, tanto teórica como procesalmente: determinar la interrelación entre el sujeto activo de la conducta y la extinción indemnizada. Dicho de otro modo, el art. 50 ET sanciona los incumplimientos graves del empresario, pero los supuestos de acoso sexual expuestos anteriormente incluyen situaciones que no son realizadas por la empresa, sino por compañeros de trabajo en igualdad —o no— de rango jerárquico. Por lo tanto, ¿quedarían fuera del ámbito de aplicación de dicho artículo todas aquellas conductas no llevadas a cabo por parte del empresario? La respuesta es evidentemente negativa.

Como se ha adelantado, en virtud del art. 4.2.d) ET y 14 de la LPRL, el empresario debe garantizar la protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales, y ello implica que puede ser corresponsable de las situaciones de acoso sexual que tengan lugar en su empresa, pese a que no hayan sido directamente llevadas a cabo por él. La responsabilidad

[579] En tal sentido, resulta ilustrativa la STSJ Madrid 3471/2016, de 08 de abril (Rec. 804/2015), en la que es el propio acosador, autor de las agresiones a los derechos fundamentales de las empleadas, quien se encarga de recoger los partes de baja de las trabajadoras enfermas precisamente como consecuencia de su actuación y la de la empresa.

puede ser indirecta o *ex ante*, y dentro de este grupo podemos incluir todos aquellos supuestos en los que la empresa no ha propuesto, facilitado o llevado a cabo actividades preventivas tendentes a evitar o aminorar el daño que puedan producir en la persona perjudicada la posible concurrencia de comportamientos reconducibles o marcadamente calificables como constitutivos de acoso sexual. Es de vital importancia la adopción por la parte empresarial de un protocolo contra el acoso sexual donde se recoja su compromiso frente al mismo y se articulen medidas conducentes a erradicar dichos comportamientos y poner a disposición de las afectadas los mecanismos oportunos para gestionar las denuncias que se puedan plantear[580].

Una posible línea de defensa empresarial frente a una acción en materia de extinción indemnizada puede ser la acreditación de que se han tomado todas las medidas para prevenir el acoso sexual pero que, aun así, ha ocurrido, y tal circunstancia ha escapado de su campo de acción o, directamente, no se ha tenido conocimiento de ella. Por otro lado, una hipotética línea argumental que sostenga la pretensión por parte de la trabajadora puede ser que difícilmente se puede garantizar la no concurrencia de comportamientos susceptibles de ser calificados de acoso cuando, a pesar del mandato legal, el empleador no ha puesto en marcha medidas para evitarlo. Igualmente, la responsabilidad puede ser directa o *ex post*, y en este grupo se incluyen las situaciones en las que, teniendo conocimiento directo de la existencia de conductas nocivas, no se lleva a cabo ninguna actuación tendente a la inmediata cesación de todas aquellas circunstancias que estén ocasionado dicha contingencia, lo que agrava los padecimientos de la perjudicada[581].

Finalmente, conviene hacer una breve mención a dos aspectos a considerar para analizar la pretensión extintiva del art. 50.1.c) ET. La primera es la «especialidad probatoria» en materia de acoso sexual y la posibilidad de acumular una pretensión tendente al resarcimiento propio tras una vulneración de derechos fundamentales. Sobre la primera cuestión, resulta lógico plantearse que la mayoría de conductas de carácter sexual no gozan de una publicidad que permita acudir a la versión de unos hipotéticos testigos para

[580] A tal respecto, se recomienda la lectura de INSTITUTO DE LAS MUJERES. Ministerio de Igualdad. *Protocolo para la prevención y actuación frente al acoso sexual y acoso por razón de sexo en el ámbito laboral: manual de referencia* [en línea]. 2021 [fecha de consulta 8 junio 2024]. NIPO 050-21-029-8. Disponible en: https://cpage.mpr.gob.es/producto/protocolo-para-la-prevencion-y-actuacion-frente-al-acoso-sexual-y-acoso-por-razon-de-sexo-en-el-ambito-laboral/.

[581] Vid. STSJ Galicia 1533/2018, de 16 de marzo (Rec. 5398/2017), donde se recoge un supuesto que cuadra con lo expuesto. La empresa había tenido conocimiento, a través de un informe de la Comisión Instructora para el Tratamiento e Investigación de Situaciones de Acoso (CITSA), de la existencia de un caso de acoso sexual entre una trabajadora y el jefe de su departamento y, en lugar de tomar medidas tales como la separación del departamento, ascendió al acosador y, además, lo mantuvo como responsable de departamento en el que coincidía con la trabajadora, contribuyendo a la producción del resultado lesivo.

corroborar el relato fáctico sino que, más bien, se desarrollan en entornos de clandestinidad y alejados de posibles fuentes de prueba. Por eso, en más ocasiones de las deseables la fina línea que divide el éxito de la constatación de una conducta de acoso sexual —o su desestimación— se basa única y exclusivamente en la verosimilitud objetiva y subjetiva del testimonio de la perjudicada o afirmada víctima[582].

La acumulación de acción indemnizatoria en concepto de reparación por vulneración de sus derechos fundamentales es perfectamente viable en tanto que las conductas de acoso sexual pueden lesionar derechos como el de no discriminación (art. 14 CE), o a la integridad física y psicológica (art. 15 CE), siendo graduadas conforme a lo dispuesto en el art. 40.1c) LISOS y permitiendo al juzgado recorrer la banda punitiva en virtud de lo preceptuado en el 39.1 del mismo cuerpo legal[583].

3.3. Obligaciones en materia de Seguridad Social

3.3.1. Falta de alta y cotización

El alta y cotización en la Seguridad Social proporcionan una red de protección fundamental para los trabajadores y sus familias. Esta incluye asistencia sanitaria, prestaciones económicas por incapacidad, desempleo, jubilación, muerte y supervivencia, y situaciones familiares específicas, así como cobertura en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. La cotización no solo genera derechos a estas prestaciones contributivas, sino que también contribuye a la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, asegurando su capacidad para ofrecer beneficios en el futuro.

La obligación de los empresarios de afiliar, dar de alta y cotizar viene recogida principalmente en los arts. 15 y siguientes, así como en el art. 18 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS)[584]. También tiene especial importancia el art. 4.2.h) del ET, que dispone que el trabajador tiene derecho a cuantos otros derechos se

[582] Los requisitos han sido ampliamente abordados por parte de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en tanto que en dicha sede se enfrentan a la cuestión de enervar la presunción de inocencia (art. 24 CE) con base y fundamento en el testimonio de la afirmada víctima, algo que debe ser siempre tratado con una cautela extrema.

[583] En tal sentido, cabe mencionar la STC 247/2006, de 24 de julio, que recuerda que es válido y razonable tomar como referencia para cuantificar la indemnización debida el montante de la sanción establecida para la infracción del derecho fundamental en cuestión por la LISOS.

[584] Como normativa complementaria, conviene citar el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, así como el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social.

deriven del contrato de trabajo, por lo tanto, siendo imperativo legal que todo trabajador por cuenta ajena deba estar dado de alta, su incumplimiento supone una quiebra de los derechos del trabajador por la vía del citado artículo y no un mero incumplimiento de las obligaciones para con la Administración. En consecuencia, queda habilitada la vía de la extinción indemnizada para aquellos supuestos en los que el empresario incumpla la obligación de afiliar, dar de alta y cotizar en base al art. 50.1.c) ET.

Sentado lo anterior y centrándonos en el plano práctico, la doctrina de suplicación que estima las acciones interpuestas por falta de cotización normalmente viene acompañada de falta de pagos o retrasos en el abono del salario pactado por la vía del art. 50.1.b) ET. En consonancia con lo dispuesto por algún sector doctrinal, consideramos que una mejor vía para reclamar tal contingencia suele ser l ante la TGSS para que proceda a dar el alta de oficio[585]. Como excepción a la norma general de acumulación de supuestos del apartado b) y c) encontramos una sentencia dictada en el año 2008 por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias donde señala de manera claramente que: «Es una obligación del empresario dar de alta al trabajador y cotizar por él a la Seguridad Social. Dicha obligación legal viene establecida en la legislación de Seguridad Social y se conecta directamente con el contrato de trabajo, de ahí que se pueda afirmar que el hecho de no dar de alta o de no cotizar constituye el incumplimiento de una obligación del empresario, en los términos expresados por el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores»[586].

Cabe preguntarse si los supuestos donde sí se cotiza pero no en la cuantía total se podría activar el recurso a la extinción indemnizada. Desde un plano conceptual, parece claro que se trata de un caso de infracotización. En cualquier caso, como viene siendo una constante al hablar de la extinción indemnizada, será necesario que concurran las notas de gravedad, que no de culpabilidad, necesarias para romper la relación laboral. Uno de los supuestos de infracotización más común es aquel en el que parte del salario se paga conforme a lo dispuesto en la nómina y con el oportuno justificante de pago y la otra parte se paga en mano, sin dejar ningún tipo de justificante. Al margen de las múltiples consecuencias que puede tener este proceder[587], constituye un incumplimiento grave del

[585] Vid. ÁLVAREZ GIMENO, Rafael. "La extinción del contrato de trabajo por incumplimientos empresariales en materia de seguridad social". *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. Madrid: Thompson Reuters Aranzadi, 2010, 10, pp. 72-72. ISSN 1889-1209.
[586] Vid. STSJ Canarias 1139/2008, de 31 de julio (Rec. 437/2008).
[587] Incumplimiento de la básica obligación de cotizar (art. 15 y ss. del TRLGSS), incumplimiento de la obligación administrativa derivada del art. 23.b) LISOS, quebranto de la base reguladora del trabajador que servirá de guía para el cálculo de prestaciones futuras, recargos de prestaciones o pagos del FOGASA.

empresario y ello puede habilitar al trabajador a solicitar la extinción indemnizada por la vía del art. 50.1.c) ET.

En tal sentido se pronuncia una sentencia dictada en unificación de doctrina por parte de la Sala IV del Tribunal Supremo, que abordaba el supuesto de unos trabajadores con la categoría de peón agrícola que percibían una parte del salario en nómina y otra por medio de un sobre, además de expedirse finiquitos que nunca se llegaban a abonar[588]. La Sala concluye que constituye un incumplimiento grave del empresario el hecho de ocultar la documentación de una parte del salario a lo largo de un periodo muy dilatado, el incumplimiento del deber de cotizar a la Seguridad Social con arreglo a lo previsto legalmente, y la obtención de documentos de finiquito firmados pero que no se abonan, por lo que anula la sentencia recurrida y fija la doctrina jurisprudencial expuesta.

3.3.2. Falta de pago delegado del subsidio de incapacidad temporal

Cuando hablamos de incapacidad temporal (o incapacidad laboral transitoria) hacemos referencia a aquella situación en la que un trabajador no puede realizar su trabajo habitual temporalmente debido a una enfermedad —común o profesional— y a accidente, sea o no de trabajo[589]. Durante este período, el trabajador tiene derecho a recibir una prestación económica por parte de la Seguridad Social, que compensa la pérdida de ingresos durante el tiempo que dure la incapacidad para trabajar. Sin embargo, mientras el vínculo laboral permanezca vivo, no es la Seguridad Social quien paga directamente la prestación, sino que la empresa lo adelanta y posteriormente se lo descuenta de las cotizaciones debidas a la TGSS[590].

Cabe preguntarse si el impago o el retraso en el abono de subsidio de incapacidad temporal se corresponde con una justa causa para activar la vía extintiva del art. 50.1 ET. La cuestión es afirmativa en tanto que, en su condición de obligada al pago por mandato legal, el trabajador es acreedor de la misma como si del propio salario se tratara, sin perjuicio de que la empresa posteriormente pueda repercutir el pago al verdadero obligado, la Entidad Gestora, tal y como inspira el art. 1728 del Código Civil. Sin

[588] Vid. STS 48/2020, de 18 de junio (Rec. 893/2018).
[589] Art. 169.1 TRLGSS, debiéndose hacer expresa referencia a las particulares contenidas en caso de mujeres, donde se reconoce expresamente la menstruación incapacitante secundaria, así como la interrupción del embarazo, voluntaria o no.
[590] La función de pago delegado impuesta a las empresas como colaboración obligatoria con el Sistema de la Seguridad Social se encuentra recogida en los arts. 16 y siguientes de la Orden de 25 de noviembre de 1966, por la que se regula la colaboración de las Empresas en la gestión del Régimen General de la Seguridad Social.

embargo, se plantea la duda de si su encaje debe darse en el apartado b) por su condición salarial o c) al tratarse de un concepto extrasalarial. Como dicha prestación no retribuye directamente el trabajo prestado, es marcado su carácter extrasalarial y, por ende, debe encuadrarse dentro del apartado c). A pesar de lo anterior, no se puede negar que busca experimentar un efecto reflejo[591] como si del propio salario se tratara, por lo que la jurisprudencia viene aplicando unos criterios similares, en el marco temporal, con el fin de entender como concurrente la gravedad suficiente para extinguir la relación laboral[592].

3.3.3. Falta de pago del complemento de incapacidad temporal

El complemento de incapacidad recibe, técnicamente, el nombre de «mejora voluntaria» y su régimen jurídico deriva originariamente del art. 41 de la CE, cuando señala que: «Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres». En cuanto a su regulación legal, la encontramos principalmente en el art. 43 del TRLGSS, así como en el art. 238 y siguientes del mismo cuerpo normativo. En ellas se encuentra el sustrato que habilita su posterior inclusión por la vía de convenio colectivo, contrato de trabajo o condición más beneficiosa, deviniendo obligatoria.

La importancia del complemento salarial en la economía del trabajador es notoria, pues dependiendo de la contingencia que origine la incapacidad temporal, se producen mermas significativas en los ingresos del trabajador que, en caso de existir un complemento de incapacidad temporal, quedarían ciertamente reparados pero, *a sensu contrario*, su impago genera unos perjuicios relevantes, máxime si se extiende durante varias mensualidades. A modo ejemplificativo, en un supuesto de baja por contingencias comunes (enfermedad común o un accidente no laboral), durante los primeros tres días de baja el trabajador no cobra nada. Y luego, desde el día cuarto al día vigésimo (20º), cobra el 60 % de la base reguladora y a partir del día vigesimoprimero (21º), se cobra el 75 %.

[591] Vid. STS 2867/1995, de 22 de mayo.
[592] Vid. STS 1802/2014, de 25 de marzo (Rec. 1268/2013), donde se confirma por parte de la Sala IV que procede la extinción del contrato cuando hay un incumplimiento grave por impago que excede de los tres meses sin que, en este caso, los pagos ulteriores empresariales puedan dejar sin efecto el dato objetivo de gravedad del incumplimiento empresarial.

Un complemento de incapacidad temporal recogido en el convenio colectivo, contrato de trabajo o condición más beneficiosa significaría que el empresario se haría cargo del abono de las diferencias existentes entre el mínimo legal impuesto por la normativa al efecto y citado anteriormente, hasta el 100 % de la base reguladora o parámetro cuantitativo fijado[593]. La forma en la que se materialice dicho complemento puede quedar determinada según lo pactado en la negociación colectiva individual y constituye una obligación susceptible de activar el mecanismo de la extinción indemnizada cuando el incumplimiento alcance las cotas de gravedad necesarias.

Junto a ello, cabe señalar que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 20.4 ET: «El empresario podrá verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por este para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico. La negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones». Esta facultad empresarial puede tener una eficacia enervadora de la pretensión extintiva deducida en contra del empleador, pues no podrá ser exigible el complemento de incapacidad temporal cuando el trabajador no acuda los reconocimientos médicos acordados por la empresa.

4. Análisis de la gravedad y la culpabilidad de los supuestos

4.1. La gravedad del incumplimiento

A la hora de enfocar el requisito de la gravedad del incumplimiento, el apartado c) del art. 50.1 ET va a seguir una línea continuista respecto a lo indicado en los anteriores supuestos; a modo de recapitulación podemos señalar que, pese a la generalidad del precepto en cuanto a las conductas en él subsumibles, la intensidad del incumplimiento debe ser lo suficientemente alta como para justificar una medida tan drástica como la ruptura del vínculo contractual.

La particularidad del meritado apartado reside en el hecho de que, pese a ser consabido que la gravedad es un elemento inherente a la extinción indemnizada, este es el único que lo incluye específicamente en su tenor literal. Como se ha tenido ocasión de reseñar con

[593] Vid. STS 6041/1996, de 02 de noviembre (Rec. 1176/1996), la importancia de dicha sentencia radica en que fue la pieza fundamental sobre la que se ha asentado la jurisprudencia de los TSJ para reconocer el incumplimiento de la mejora voluntaria de IT como causa de resolución del art. 50.1.c) ET y, además, reconocer como obligación del empresario aquellas que no se deriven directamente del contrato de trabajo, incluyéndose mandatos legales, pactos en sede de negociación colectiva, cláusulas contractuales o liberalidades del empleador.

anterioridad, la gravedad implica que el incumplimiento recaiga sobre una obligación principal —lo que excluye la posibilidad de extinguir ante meros incumplimientos testimoniales o accesorios—.

Una vez determinado el objeto del incumplimiento; es decir, las obligaciones principales, cabe señalar que un elemento de vital importancia a tener en cuenta será la intensidad del incumplimiento, pues no basta únicamente con que este recaiga sobre una obligación capital sino que, además, el grado de incumplimiento deberá ser lo suficientemente vehemente. A modo ejemplificativo, podemos señalar como el incumplimiento del pago de una obligación de naturaleza extrasalarial, como puede ser el complemento de incapacidad temporal, por materia será susceptible de activar el mecanismo de la extinción indemnizada pero requerirá de una cierta persistencia en el tiempo para que se entienda que concurra un intensidad suficiente que lo permita calificar como verdaderamente grave.

En cualquier caso, a la hora de apreciar la existencia de gravedad, siempre que se trate de una cuantía económica, con independencia de su salariedad por la vía del apartado b) o su extrasalariedad por el apartado c), los tribunales suelen recurrir al triple criterio objetivo, temporal y cuantitativo de manera que, en base al resultado que arroje la situación fáctica en contraste con dicho criterio, podrá deducirse la existencia de gravedad y por ende el acceso del caso enjuiciado a la extinción indemnizada[594].

4.2. La culpabilidad

4.2.1. Interrelación entre fuerza mayor y culpabilidad

En el marco del derecho del trabajo, y más concretamente en el art. 50.1.c) ET, la fuerza mayor ocupa un papel excluyente de la responsabilidad del empresario. Es una suerte de eximente o vía de escape que permite dejar impunes determinadas conductas graves del empresario pese a que se cumplan los requisitos para materializar una extinción indemnizada en los términos del citado artículo. Para dar una aproximación breve y superficial a la cuestión, la fuerza mayor implica la inexistencia de culpabilidad del empresario, y ahí subyace el valor liberatorio de la institución. Sin embargo, como ya se

[594] Cfr. STS 312/1999, de 25 de enero (Rec. 4275/1991). Prueba de ello, vid. STSJ Andalucía 12475/2021, de 27 de octubre (Rec. 107/2020); STSJ Madrid 13000/2020, de 20 de noviembre (Rec. 652/2020); STSJ Cataluña 10402/2019, de 17 de diciembre (Rec. 5134/2019).

ha visto en apartados anteriores, el art. 50.1 ET exige que las conductas sean graves y no culpables, por lo tanto, hay una quiebra de la tesis sostenida anteriormente.

¿Quiere ello decir que en este apartado concreto la culpabilidad si es un requisito necesario? Pese a la posición sostenida por algún autor de solvencia más que acreditada[595], entendemos que de una interpretación literal y sistemática de la norma no se deriva dicha exigencia, es decir el precepto, como tal, no hace referencia alguna expresa a la culpabilidad, y el resto de supuestos son enjuiciados desde una perspectiva marcadamente objetiva. Como han señalado otros autores con apoyo en la normativa civil y, más concretamente el art. 1.105 CC, fuerza mayor no es antónimo de culpabilidad en el sentido de omisión de la diligencia debida, sino como un hecho propio o imputable[596]. Por esta razón, cuando concurran circunstancias de carácter imprevisible, inevitables y que van a impedir la continuidad del desarrollo de la actividad laboral de una forma irreversible, nos encontraremos ante un supuesto de fuerza mayor y no podrá acudirse al mecanismo de la extinción indemnizada, pues surtirá plenos efectos la exención contenida en el art. 50.1.c) ET.

A modo ejemplificativo, podemos citar supuestos en los que se ha desestimado la pretensión extintiva en base a una pretendida falta de ocupación efectiva, porque se ha entendido que la falta de acuerdo entre las empresas sobre el presupuesto a pagar por la realización de una obra es una causa de fuerza mayor por la que los trabajadores no han podido empezar a realizar sus tareas, sumado al hecho de que mientras que han estado a la espera de comenzar, la empresa ha seguido abonando sus nóminas[597]. Asimismo, se ha considerado que concurre causa de fuerza mayor y no falta de ocupación efectiva ante la finalización de una concesión administrativa y el cierre de las instalaciones, máxime cuando la empresa le había ofrecido a la trabajadora la recolocación en otro centro de trabajo y la había rechazado[598]. Finalmente, cabe hacer referencia a una pretérita sentencia de la Sala IV en la que se determinó que la suspensión de pagos no es considerada como una causa de fuerza mayor, pues implica, de manera indisoluble, una conducta ajena a la voluntad empresarial[599].

---

[595] ALBIOL MONTESINOS, Ignacio. Extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor. En: La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad y despidos colectivos. En: Efrén BORRAJO DACRUZ. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad y despidos colectivos*, vol. 2. 1.ª Ed. Madrid: Edersa, 1983, pp. 215-264. ISBN 978-84-7130-618-2.
[596] GONZÁLEZ DE PATTO, Bibl. cit., p. 333.
[597] Vid. STSJ Madrid 807/2001, de 13 de noviembre (Rec. 4000/2001).
[598] Vid. STSJ Castilla y León de 06 de julio de 1993 (Rec. 1330/1993).
[599] Vid. STS de 20 de septiembre de 1983.

4.2.2. Fuerza mayor, caso fortuito y culpabilidad: juicio de imputabilidad

El texto del art. 50.1.c) ET excluye expresamente aquellos incumplimientos graves del empresario que tengan su origen en un supuesto de fuerza mayor, sin embargo, si acudimos a la normativa civil —lo cual en ocasiones es recomendable antes de indagar sobre determinadas instituciones jurídicas en sede laboral—, encontramos que, en ocasiones, se utiliza la fuerza mayor de manera omnicomprensiva junto con el caso fortuito[600].

La fuerza mayor viene recogida en los arts. 457, 1.777, 1,784, 1905 y 1.908 del Código Civil, mientras que el caso fortuito se reconoce en los arts. 1.136, 1.183, 1.744, 1.745 y 1.836 del mismo cuerpo legal. Respecto a su diferenciación, el elemento diferenciador reside, principalmente, en la evitabilidad mediante la previsión. Es decir, cuando hablemos de fuerza mayor, el núcleo estará constituido por un obstáculo invencible mientras que el caso fortuito conllevará un impedimento no previsible pero no absolutamente insuperable.

Así, la fuerza mayor se puede definir como: «Un hecho del todo independiente de quien lo alega, de modo que actúa imponiendo inevitablemente el resultado dañoso ocasionado, es decir, ha de tratarse de una fuerza superior a todo control o previsión, y que excluya toda intervención de culpa»[601]. Por su parte, el caso fortuito puede ser conceptualizado en sentido negativo como: «El acaecimiento debido a incumplimiento del deber relevante de previsibilidad, puesto que, con ese actuar, falta la adecuada diligencia por omisión de la atención y cuidado requerido con arreglo a las circunstancias del caso, denotando una conducta interferente frente al deber de prudencia y cautela exigibles, excluyente de la situación de excepción que contempla el art. 1105 CC»[602].

En definitiva, en el ámbito contractual, el deudor quedará liberado de su obligación de cumplimiento si esta no se puede materializar a consecuencia de un suceso calificable como de fuerza mayor o caso fortuito[603]. Sin embargo, si volvemos a la legislación laboral encontramos que en esta sede existe una diferenciación también marcada entre los supuestos de fuerza mayor y caso fortuito. En apoyo del primero encontramos el art. 30

[600] A modo ejemplificativo, podemos citar el art. 1105 del Código Civil cuando dispone que, fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que, previstos, fueran inevitables.
[601] STS 767/2000, de 20 de julio.
[602] STS 217/2004, de 27 de marzo de 2004.
[603] ARIÑO MAFRALLÉ, Bárbara y FAUS PUJOL, Manuel. "Caso fortuito y la fuerza mayor". *Práctico Obligaciones y contratos.* 2024, pp. 1-8 [fecha de consulta 1 julio 2024]. ISSN 8444-08628. Disponible en: https://vlex.es/vid/caso-fortuito-fuerza-mayor-844408628

ET donde, como señala De Patto: «El caso fortuito recibiría una regulación expresa y diversa a la fuerza mayor […] poniendo, sensu contrario, a cargo del empresario el riesgo de la imposibilidad sobrevenida fortuita de cumplimiento de su obligación contractual, entiendo que la imposibilidad deviene aquí de un impedimento imprevisible o inevitable pero acaecido en su esfera de control, razón por la cual se le considera imputable»[604]. En el mismo sentido, en referencia al art. 115.4 TRLGSS, la autora señala: «Que al no considerar accidente de trabajo el debido a fuerza mayor extraña al trabajo, debe interpretarse, sensu contrario, que establece la responsabilidad empresarial cuando este se deba a un suceso excepcional acaecido en su círculo interior».

Por lo tanto, debe concluirse que únicamente surtirán efectos liberatorios para el empresario los supuestos de fuerza mayor *stricto sensu* contenidos en el art. 50.1.c) ET y no aquellos supuestos que sean calificados como caso fortuito. Para diferenciar cuando nos encontramos ante uno u otro habrá que atender al concepto de previsibilidad: cuando se trate de situaciones imprevisibles o inevitables ajenos a las partes del contrato y al contenido del mismo, procederá exonerar de los efectos inherentes a la extinción indemnizada al empresario. Sin embargo, cuando estemos ante un suceso de las mismas características pero inherente a la esfera de riesgo del empresario, se tratará de un caso fortuito que no evitará el recurso a la resolución indemnizada.

5. Negativa a la readmisión tras la suspensión del contrato de trabajo. Análisis de los supuestos de excedencia voluntaria y forzosa.

La suspensión del contrato de trabajo implica una interrupción temporal de las obligaciones laborales y salariales, pero no pone fin a la relación laboral, tal y como ocurre con la extinción. Durante el periodo de suspensión, el trabajador no presta servicios y el empleador no está obligado a pagar el salario, de conformidad con lo dispuesto en el art. 45.2 *in fine* del Estatuto de los Trabajadores aunque, en algunos casos, puede haber prestaciones sociales o subsidios que intervengan[605].

[604] DE PATTO, Bibl. cit. p. 334.

[605] El ejemplo tradicional suele ser la prestación por incapacidad temporal mientras que el trabajador se encuentra impedido para desarrollar su trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 169 TRLGSS. Asimismo, también podemos citar las prestaciones por nacimiento y cuidado del menor, prestación por riesgo durante el embarazo o prestación por riesgo durante la lactancia natural, contenidos en los arts. 177, 186 y 188 respectivamente del TRLGSS.

Al finalizar el periodo de suspensión, en un plano teórico ideal se deberían restablecer las obligaciones contractuales recíprocas al estado anterior y continuar con las prestaciones sinalagmáticas propias del contrato de trabajo; sin embargo, en fase de reincorporación se produce un contexto especialmente problemático donde intervienen aspectos como el tipo de excedencia y el derecho sobre el puesto de trabajo que ostente el trabajador. Junto con lo anterior, el Tribunal Supremo ha entendido procedente extinguir el contrato de trabajo con fundamento en el meritado apartado del art. 50.1 ET en casos donde la empresa se ha negado a readmitir a un trabajador tras serle revocada la declaración de incapacidad permanente[606].

Una institución jurídica especialmente conflictiva es la relativa a la excedencia, ya sea en su modalidad voluntaria o forzosa. Antes de analizar la correlación entre la institución suspensiva con la resolutoria contenida en el art. 50.1. ET conviene hacer un breve repaso de las diferencias fundamentales, pues la regulación jurídica será diferente dependiendo del ámbito de aplicación de cada una[607] y de si nos encontramos en el ámbito del personal laboral que presta servicios en el sector público[608].

La principal distinción reside en la necesidad de cobertura jurídica previa de las excedencias forzosas frente a la libertad de negociación de las excedencias voluntarias: si bien las excedencias forzosas están tasadas legalmente, las voluntarias quedan a la libre conveniencia de las partes, ya sea a través de la negociación colectiva o a través de la forma más adecuada a su intereses[609]. La segunda cuestión es la reserva del puesto de trabajo propio de la excedencias forzosas frente al derecho preferente de reingreso, en la vacantes de igual o similar categoría, típico de las excedencias voluntarias, aunque con excepciones[610].

---

[606] Vid. STS de 15 de octubre de 1987.

[607] Sobre la justificación del tratamiento jurídico diferenciado, especialmente en lo relativo a la reserva del puesto de trabajo, resulta de especial interés la STS 5074/2016, de 26 de octubre (Rec. 581/2015), cuando señala que: «En la base de la situación de excedencia voluntaria común es genéricamente el interés personal o profesional del trabajador excedente voluntario, muy digno de consideración, pero que, de acuerdo con el criterio del legislador, no justifica conservar para él un puesto de trabajo, a costa de la estabilidad en el empleo del trabajador que lo sustituya o del propio interés de la empresa».

[608] Sobre la cuestión, dado que quedará fuera de nuestro análisis debido a que la riqueza de la cuestión excede el objeto del trabajo, recomendamos el pormenorizado análisis llevado a cabo en GALLEGO MOYA, Fermín. Modificación de las condiciones de trabajo del personal laboral, vicisitudes suspensivas y excedencias. En: MONTOYA MEDINA, David, dir. Relaciones de trabajo en el sector público. Madrid: Editorial La Ley, 2024, pp. 334-363. ISBN: 978-84-7052-963-4, pp. 334-363.

[609] Las excedencias forzosas actualmente reguladas en el ET ex arts. 46.1 y 46.3, así como art. 9.1 LOLS, son las siguientes: i) Por la designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo, ii) Por cuidado de hijos o familiares, y iii) Para el ejercicio de funciones sindicales de ámbito provincial o superior mientras dure el ejercicio de su cargo representativo.

[610] En el caso de la excedencia por cuidado de hijos, la reserva se extiende durante el primer año (15 meses si se trata de una familia numerosa de categoría general o 18 meses si es de categoría especial). Transcurrido

En tercer lugar, un aspecto sobre el que no se suele incidir mucho en la práctica es la posibilidad de que el periodo de excedencia compute como antigüedad, así como la posibilidad de que el trabajador siga acudiendo a los cursos de formación que imparta o facilite la empresa, algo que únicamente se reconoce en los supuestos de excedencia forzosa y que se excluye en la excedencia voluntaria, de conformidad con el párrafo cuarto del art. 46.3 ET. En cuarto lugar, se plantea una distancia entre la necesidad de acuerdo o intercambio de voluntades propio de la excedencia voluntaria, donde se necesita el consenso de ambas partes para llevar a efecto la suspensión del contrato de trabajo, frente a la obligatoriedad en la concesión inherente a las excedencias forzosas[611]. En quinto lugar, encontramos lo que puede llamarse «periodo de carencia necesario» para el acceso a la posibilidad de la excedencia: mientras que las excedencias voluntarias requieren un periodo de antigüedad de un año, en el caso de las excedencias forzosas este no es exigible —lo que guarda cierta lógica—.

En sexto lugar, una vez tratado el lapso temporal previo, hay que preguntarse por el posterior, en otras palabras, la duración de la excedencia en sus distintas modalidades. En el caso de la excedencia voluntaria, ex art. 46.2 ET, la duración será de no menos de cuatro meses y no más de cinco años, mientras que en la excedencia forzosa será de tres años para el cuidado de hijos, de dos años para atender al cuidado de familiares y de tiempo ilimitado mientras dure el cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo[612]. Finalmente, respecto al periodo de preaviso, en la excedencia voluntaria no se exige plazo alguno, mientras que en la excedencia forzosa relativa al ejercicio del cargo público debe hacerse antes del mes siguiente al cese efectivo en la prestación de servicios en dicha tarea.

---

este plazo, la reserva se refiere a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente. En el caso de excedencia por cuidado de familiares, durante el primer año el trabajador tiene derecho a la reserva de su puesto de trabajo y, transcurrido este plazo, la reserva se refiere a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente. En el supuesto de violencia de género, la reserva del puesto de trabajo se extenderá durante los primeros seis meses. Este periodo puede ser prorrogado por periodos de tres meses, con un máximo de 18 meses, cuando las actuaciones de tutela judicial así lo exijan para garantizar la efectividad del derecho de protección.

[611] Vid. STS 17387/1990, de 3 de octubre, cuando, en relación con la concesión por parte de la empresa, se establece la posibilidad de denegación cuando haya concurrencia con la empresa: «Es cierto que el derecho a la excedencia voluntaria debe ser calificado como derecho necesario tal y como el recurso propugna, pero no por ello es, como pretende el recurrente, un derecho absoluto, sino que ha de ser cohonestado con los otros derechos y deberes de carácter básico con los que pueda concurrir. El derecho pues a la excedencia voluntaria ha de armonizarse con el deber básico del trabajador de no concurrir con la actividad de la empresa».

[612] Vid. STS 11656/1987, de 22 de septiembre, cuando en relación con la reincorporación establece: «Una vez concedida no puede revocar "per se" y "ante sí" su concesión y pretender cambiar los términos en que ésta fue realizada […] y es claro que estando en situación de excedencia, que a tenor del art. 45 ET, suspende el contrato de trabajo […] no cabe requerimiento de reincorporación mientras la suspensión subsista».

Una vez solicitado conforme a derecho el reingreso en la empresa, esta puede actuar de diferentes maneras y, en base a ellas, habrá posibilidad de optar entre una acción por despido o por resolución del contrato de trabajo. Cuando, frente a la petición de reincorporación, el empresario se oponga de manera abierta, clara y terminante, haciéndolo en términos equivalentes a un rechazo del derecho del trabajador excedente a un actual —o futuro— reingreso, dicha actitud debe hacerse equivaler a un despido y el trabajador deberá actuar en consecuencia[613]. Sin embargo, cuando el empresario dé por supuesto o sobreentendido el derecho del trabajador, pero le niegue la reincorporación so pretexto de que no existe vacante, el trabajador deberá accionar, si considera que el argumento es falsario, en el plazo de un año, ejerciendo la denominada «acción de reingreso»[614]. Es importante destacar, como ya ha señalado recientemente algún autor, que en caso de que se opte por la modalidad procesal inadecuada, el tribunal no podrá reconducirla de oficio al encontrarse vinculado por la petición[615].

Si ejercitada la acción de reingreso y obtenida una sentencia favorable al trabajador la empresa se niega a darle ocupación efectiva y readmitirlo, podrá solicitar la extinción en base al art. c) del art. 50.1 ET, al tratarse de un incumplimiento grave del empresario por no darle ocupación efectiva conforme al art. 4.2.a) ET, una fórmula que en la actualidad se está dando entre la doctrina de suplicación[616]. Si analizamos la situación del trabajador, entendemos que se dan los presupuestos claros: concurre pervivencia de la relación laboral y la obligación de dar ocupación efectiva por parte del empresario en virtud de la sentencia favorable a la pretensión de reingreso, e incumplimiento grave del empresario al no atender a dicha exigencia legal.

Finalmente, dado que la pretensión extintiva va indisolublemente anudada al derecho a la indemnización equivalente al despido improcedente ex art. 50.2 ET, cabe hacer una delimitación terminológica, ya que no es lo mismo la antigüedad que el tiempo de prestación de servicios, pues para el cómputo de la indemnización por despido se parte de este y no de aquella, lo que implica que, pese a que se computen los tiempos de excedencia forzosa a la antigüedad, esta no tendrá su reflejo económico en la

[613] Vid. STS 3830/2022, de 07 de octubre (Rec. 293/2020).
[614] Vid. STS 1203/2023, de 22 de marzo (Rec. 1822/2020).
[615] LASAOSA IRIGOYEN, Elena. Interacción entre las situaciones de excedencia y el derecho a la prestación por desempleo. En: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. *Comunicaciones del XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 1.ª Ed. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones, 2023, pp. 679. ISBN 978-84-8417-620-6.
[616] Vid. STSJ Castilla y León 1917/2015, de 18 de noviembre (Rec. 1953/2015).

indemnización que eventualmente pudiera reconocerse por despido o por la acción resolutoria a instancias del trabajador[617].

6. Negativa a reintegrar al trabajador en los supuestos de los artículos 40 y 41 ET cuando una sentencia judicial los haya declarado injustificados

En el apartado relativo al supuesto a) del art. 50.1 ET analizábamos las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 y que redundaban en menoscabo de la dignidad del trabajador, para concluir que facultaban al trabajador para resolver el contrato de trabajo en virtud de dicho precepto. Para abordar la cuestión central de este apartado debemos hacer nuestras las referencias conceptuales y jurisprudenciales referidas a las MSCT allí expuestas, pero debemos desechar la necesidad de que exista un menoscabo de la dignidad del trabajador y todo lo que de ello se derive.

Es decir, procesalmente tenemos una resolución judicial en virtud de la cual se reconoce el derecho del trabajador a ser repuesto en las condiciones que venía disfrutando con carácter previo a la MSCT que sirvió como fundamento para entablar un procedimiento judicial por tal concepto, bien sea por sentencia judicial, conciliación judicial o por auto homologando un acuerdo extrajudicial entre las partes[618]. Sin embargo, si la empresa, bien de manera inmediata o tras el transcurso de cierto lapso temporal, no se aquieta al cumplimiento de la resolución judicial y mantiene al trabajador en unas condiciones que previamente han sido declaradas injustificadas o nulas por parte del juzgador, habrá que ver los mecanismos que nos facilita el ordenamiento jurídico para poner remedio a dicha situación por parte del empleado.

La respuesta viene en el art. 138.8 LRJS al señalar: «Cuando el empresario no procediere a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo o lo hiciere de modo

[617] Vid. STS 7212/2001, de 26 de septiembre (Rec. 4414/2000), cuando delimita conceptualmente la diferencia entre antigüedad y periodo de prestación de servicios al señalar que: «Esta doctrina, es lógica consecuencia de los términos en que se expresan los artículos 56.1.a) y 46.1 del Estatuto de los Trabajadores, en donde, el primero […] establece la indemnización a tenor de los "periodos de tiempo de servicio" y no de antigüedad, como también se hace en los artículos del mismo texto legal 53.1.b) (extinción del contrato por causas objetivas) y 51.8 (despido colectivo) y, el segundo (artículo 46.1 del Estatuto de los Trabajadores) determina los derechos inherentes a la excedencia forzosa, que son conservación del puesto y cómputo de antigüedad y no de "tiempo de servicio", conceptos distintos como reiteradamente y desde antiguo matizó nuestra jurisprudencia».

[618] Aunque se hace referencia a resoluciones judiciales, también incluye laudos arbitrales, acuerdos de mediación y acuerdos adoptados en sede de conciliación administrativa ex art. 68 LRJS, cuando reconoce la posibilidad de llevarse a efecto por los trámites previstos en el Libro Cuarto de dicho texto legal.

irregular, el trabajador podrá solicitar la ejecución del fallo ante el Juzgado de lo Social y la extinción del contrato por causa de lo previsto en la letra c) del apartado 1 del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, conforme a lo establecido en los artículos 279, 280 y 281». Como podemos comprobar, dicho precepto faculta al trabajador para que acuda a la vía ejecutiva y, por medio del incidente de no readmisión —prototípico de la modalidad procesal de despido—, solicite al Juez que acuerde la extinción indemnizada por la vía del art. 50.1.c) ET.

Cabe señalar que el uso de la conjunción «y» puede dejar abierta la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento declarativo donde se pida la pretensión extintiva mencionada, pero no parece lógico ni en términos temporales ni de economía procesal iniciar un nuevo procedimiento cuando se puede acudir directamente a la vía ejecutiva. Sin perjuicio de lo anterior, la práctica habitual recoge supuestos donde se insta el procedimiento declarativo en lugar de hacer uso de la vía ejecutiva. En tal sentido, en el año 2003 se dictó una sentencia por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña donde una trabajadora que tenía a su favor una resolución administrativa suscrita en el acto conciliatorio previo donde la empresa se comprometía a no llevar a cabo una movilidad geográfica vio como dicho contrato de transacción se incumplía y la empresa le imponía la referida movilidad geográfica[619].

El mismo Tribunal, en el año 2008, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión en el marco de un recurso de suplicación interpuesto frente a un auto dictado en fase de ejecución de sentencia firme, en el que se declara extinguida la relación laboral de los demandantes porque la empleadora no les ha repuesto en las mismas circunstancias laborales existentes con anterioridad a la modificación sustancial de condiciones de trabajo que la sentencia ha dejado sin efecto. En tal sentido, respecto a las diversas alegaciones llevadas a cabo por la empresa, la Sala concluye que: «La extinción de la relación laboral es una posibilidad que se abre a favor de los demandantes si la empresa no les repone en sus anteriores condiciones de trabajo en la fase de ejecución de la sentencia, pudiendo por lo tanto solicitarse inicialmente dicha ejecución y pedir luego la

[619] Vid. STSJ Cataluña 5711/2003, de 25 de septiembre (Rec. 4404/2003) donde la propia Sala señala: «Con independencia de que la actora, ante el incumplimiento por la empresa de lo acordado en conciliación, disponía conforme al artículo 68 LPL de acción ejecutiva para exigir el cumplimiento de lo pactado y, en consecuencia, reclamar ser reintegrada a sus anteriores condiciones de trabajo, entendemos no obstante que nada impide que ésta pueda acudir al procedimiento ordinario para reclamar la rescisión del contrato de trabajo, en tanto que la última decisión de traslado adoptada por la empresa en 10-12-2002 supone un incumplimiento palmario, grave y culpable de las obligaciones que asumió la empresa para con su trabajadora en el acto de conciliación extrajudicial».

extinción a la vista de la posición mantenida por la empresa, tal y como así sucede en el caso de autos como es de ver en la comparecencia celebrada en el incidente de ejecución suscitado por los demandantes»[620].

En lo referente a la gravedad de la conducta empresarial, se entiende que la desobediencia de lo ordenado en la resolución judicial implica *per se* una conducta con la gravedad suficiente como para ser tributaria de activar el mecanismo a la extinción indemnizada. En definitiva, no podemos olvidar la obligación de que las resoluciones judiciales sean cumplidas en sus justos términos[621]. En lo referente a la culpabilidad y como mecanismo de defensa por la parte empresarial, hay pronunciamientos por parte de determinados Tribunales Superiores de Justicia que señalan que si la reposición irregular o la falta de reposición del trabajador a sus condiciones laborales originales escapa al ánimo consciente del empresario, no se constituirá el incumplimiento sancionado por la vía del art. 50.1. c) ET[622].

7. Valoración crítica

El apartado c) del art. 50.1 ET se constituye como una suerte de cláusula abierta en virtud de la cual pueden subsumirse dentro de sus contornos todos aquellos incumplimientos graves llevados a cabo por el empresario que no encuentran su acomodo en ninguno de sus apartados precedentes.

Esta redacción abierta y su falta de concreción en ocasiones nos ha llevado a considerar que se trata de un supuesto de menor importancia o interés, sin embargo, nada más lejos de la realidad; el apartado c) en su tenor literal hace referencia a los incumplimientos empresariales, lo cual nos remite, indefectiblemente, al art. 4 ET donde se recoge el elenco de derechos laborales propio de todo trabajador y es allí donde engarza con un elenco de derechos fundamentales objeto de protección cuya relevancia dista mucho de ser meramente testimonial. Una vez resaltada la especial relevancia constitucional del precepto, es preciso indicar que la modalidad procesal por la que debe hacerse valer, incluso tras la reforma del año 2011, es el procedimiento ordinario. El hecho de que se anude una pretensión resarcitoria de derechos fundamentales no altera su configuración

[620] Vid. STSJ Cataluña 7091/2008, de 29 de septiembre (Rec. 1834/2007).
[621] Art. 18.2 LOPJ cuando señala: «Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno».
[622] Vid. SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. *El Artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. 1.ª Ed. Pamplona: Aranzadi, 2001. ISBN 978-84-8410-540-4.

procedimental, en tanto en cuanto, la norma impone la prevalencia de la modalidad procesal específica frente a aquella destinada a la vulneración de derechos fundamentales.

Asimismo, el instituto de la acumulación no es el único que puede concurrir a la hora de abordar la pretensión resolutoria; junto a ella pueden surgir interrogantes procesales tales como la litispendencia o la cosa juzgada, debiéndose atender a la triple identidad subjetiva, objetiva y causal a fin de que nos permita inferir la posibilidad de estar ante alguno de los meritados supuestos; con los relevantes efectos que de ello se derivan en términos de suspensión o de imposibilidad de entrar a juzgar nuevamente una situación ya resuelta por medio de resolución judicial firme.

Los supuestos de acoso, en su vertiente sexual y moral, también pueden fundamentar el recurso a la extinción indemnizada cuando tengan lugar en el trabajo o con ocasión del mismo, debiéndose citar las nuevas modalidades de acoso que la irrupción de las TICs ha potenciado en los últimos años, como puede ser la modalidad relativa al ciberacoso.

En lo referente al objeto de la reclamación, como decíamos, nos encontramos ante una cláusula abierta caracterizada por una gran amplitud en lo referente a la casuística. Sin embargo, cabe hacer una especial mención a aquellos supuestos en los que el incumplimiento recae sobre una obligación cuya naturaleza es extrasalarial, ya que, por contraposición a lo expuesto al tratar el apartado b), aquí si tendría encaje, ya que se prescinde del requisito necesario de salariedad a la hora de proceder a la reclamación. Por ello la regla general suele resumirse en: cuando la cuantía es salarial, deberá sustanciarse por la vía del apartado b), mientras que cuando se trate de una cuantía extrasalarial, se sustanciará por la vía del apartado c).

Finalmente, como medios de defensa del empresario, siempre podrá acudir a la falta de gravedad de la conducta enjuiciada o a la concurrencia de un caso de fuerza mayor, que no de causa fortuita, al estar únicamente exentos de responsabilidad los primeros en detrimento de los segundos. Ello no implica una vuelta a las tesis subjetivistas donde la conducta del empresario puede ser necesaria para apreciar la causa extintiva, sino que nos encontramos más ante un juicio de imputabilidad; donde aquellos sucesos ajenos a la esfera de control del empresario, quedarán carentes de responsabilidad laboral mientras que, aquellos imprevisibles pero dentro de su esfera de control, no correrán la misma suerte.

En definitiva, el apartado c) del art. 50.1 ET se constituye como una norma perfectamente capacitada para adaptarse a la realidad social del tiempo en el que ha de ser aplicada,

pudiendo ser hábil para dar respuesta a los incumplimientos por parte del empresario de muy distinta tipología y en contextos muy diferentes. Su configuración abierta no está reñida con la concreción de la conducta, su intensidad y aquellos supuestos que deben quedar ajenos a su ámbito de aplicación, por lo que, a nuestro juicio, en términos de técnica legislativa constituye un modelo de redacción ciertamente óptimo.

TÍTULO V: ASPECTOS PROCESALES E INDEMNIZACIÓN

1. Modalidad procesal y plazo

A la hora de entablar la acción del art. 50.1 ET y solicitar al juzgador que extinga el contrato de trabajo con derecho al percibo de la indemnización equivalente al despido improcedente, deberán acatarse una serie de cuestiones procesales de indudable interés: modalidad procesal, plazo, necesidad de pervivencia de la relación laboral, excepciones a la regla general, posibilidad de resolución unilateral o adopción de medidas cautelares. Sin embargo, a pesar de que todas pueden ser analizadas pormenorizadamente, para sistematizar, las dividiremos en dos grupos: las de carácter más pacífico, como pueden ser las relativas a la modalidad procesal y el plazo para entablar la pretensión extintiva; y, de manera individualizada y en los apartados siguientes, las que han generado mayor conflictividad en los tribunales.

Los procedimientos de extinción indemnizada del contrato de trabajo no tienen señalado un cauce específico en términos procesales, por lo que, como ocurría con todos los supuestos en la misma situación, la sustanciación de los mismos se llevaba a cabo a través del cauce procesal ordinario conforme al art. 102 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Por lo tanto, cuando se ejercite la acción de manera individualizada, su encaje procesal no tendrá mayor relevancia; sin embargo, cuando quieran acumularse aspectos de legalidad ordinaria o vulneración de derechos fundamentales, habrá que atender a las reglas contenidas en el art. 26.3 y 184 LRJS.

En cuanto al plazo para accionar, al tratarse de una acción derivada del contrato de trabajo, encuentra encaje dentro de los contornos del art. 59 del ET, pues en el art. 50 ET no se recoge plazo especial señalado al respecto y por lo tanto debe primar el general de un año de prescripción[623].

2. El mantenimiento del vínculo laboral

2.1. Cese anticipado: protocolo rescisorio vs. protocolo dimisionario

Como ya han puesto de relieve algunos autores, a pesar de que la cuestión en sede de unificación de doctrina se encuentra meridianamente clara, ha existido un profundo debate doctrinal sobre el nivel de autotutela del trabajador a la hora de apreciar la

[623] Vid. STSJ 2545/2013, de 10 de abril (Rec. 1026/2013).

concurrencia de las circunstancias contenidas en el art. 50.1.a) ET. La cuestión clave gira en torno a la posibilidad de que el trabajador extinga su relación laboral con el empresario de manera extrajudicial cuando se produce una MSCT cualificada del art. 50.1.a) ET o si, necesariamente, debe acudir a la vía judicial para lograr dicha extinción indemnizada, lo que indudablemente supone la espera hasta el dictado de la sentencia firme que ponga fin a la controversia.

Existen dos corrientes bien diferenciadas: la proclive a la posibilidad de la extinción indemnizada autónoma y extrajudicial (protocolo dimisionario), y aquella más partícipe de sostener que la única vía para llegar a dicho fin es mediante la judicialización de la extinción (protocolo rescisorio). Más allá de las discrepancias doctrinales, en nuestro ordenamiento laboral la única posibilidad de resolver de manera extrajudicial una modificación sustancial de las condiciones de trabajo es cuando se produce en el marco de los arts. 39.4, 40.1 y 41 del ET. Es decir, propuesta la movilidad geográfica, movilidad funcional o MSCT y no estando conforme con ella el trabajador, podrá extinguir su contrato de trabajo de manera extrajudicial con una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses (o 12, si se trata de movilidad geográfica).

Sin embargo, cuando lo que se pretende es la extinción contractual con base y fundamento en el art. 50.1.a) ET no podrá llevarse a cabo de manera extrajudicial. Esto se debe a que es contrario al propio texto literal, que utiliza el verbo «solicitar» —lo cual implica, de manera indisociable, que el poder o la faculta de conceder se encuentra en otra persona, en este caso el juez o la empresa—, por lo que quedaría vedada la posibilidad de extinguir unilateralmente, ya que resulta bastante ilusorio plantearse la posibilidad de que la empresa aceptara la vulneración de un derecho fundamental exponiéndose a las sanciones que de ello puedan derivarse conforme al art. 8.11 L.I.S.O.S en relación con el art. 40.1 del mismo cuerpo legal. En conclusión, cabe señalar que la extinción indemnizada conforme al art. 50.1.a) ET únicamente será viable procesalmente por medio de la judicialización del asunto, y será la sentencia firme declarando la concurrencia de los requisitos exigidos por el referido artículo la que, con efectos constitutivos, pueda extinguir la relación laboral con la indemnización equivalente al despido improcedente.

En caso de no optar por esa vía y resolver extrajudicialmente, el trabajador se expone a que se desestime su pretensión por no haber mantenido la pervivencia de la relación laboral o, en caso de que se entre al fondo del asunto por tratarse de un caso excepcional, la desestimación de la pretensión puede llevar aparejada la consecuencia de que el cese

se equipare a un abandono del puesto de trabajo, con todas las consecuencias negativas inherentes a tal circunstancia que se tratan más adelante.

2.2. Necesidad de pervivencia de la relación laboral

La primera cuestión en términos procesales consiste en determinar si es necesario que la relación laboral se mantenga viva en el momento que el juez entre a conocer de la pretensión extintiva. La motivación que subyace es que se le está pidiendo al juez que acuerde romper una relación jurídica que une a dos partes, por lo tanto, podría sostenerse perfectamente la tesis de que, si la misma ha sido previamente rota, se podría excepcionar una falta de acción por parte del trabajador[624]. Dicha cuestión ha sido analizada en unificación de doctrina por parte de la Sala IV y se ha confirmado que la regla general debe ser la del mantenimiento de la relación laboral so pretexto de que la sentencia por la cual se extingue el contrato de trabajo tiene carácter constitutivo y no meramente declarativo, por lo tanto, si al momento de dictar sentencia la relación laboral no pervive, existirá falta de acción[625].

La doctrina jurisprudencial se ha mantenido prácticamente incólume desde los primeros planteamientos de la década de los ochenta y se ha reconocido plenamente válida en distintos supuestos que transcurren tanto desde la disolución de la empresa hasta la dimisión por parte del trabajador, lo que evidencia que subsiste con independencia del sujeto que protagonice la fractura de la relación contractual[626]. La casuística ha sido suficientemente abundante a la vista de la materia, pues no es especialmente susceptible de ser analizada en sede de casación. Sin embargo, el Alto Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre distintos supuestos de indudable interés y utilidad práctica, especialmente para los operadores jurídicos. Así, encontramos pronunciamientos favorables a la tesis de la necesidad del mantenimiento de la relación laboral hasta el dictado de la sentencia en supuestos de despido tácito, de previa extinción por ERE empresarial, de despido expreso y de abandono del puesto de trabajo por parte del trabajador, sin olvidar los supuestos de extinción previa por inactividad, entre otros tantos.

Una de las cuestiones que mayor conflictividad genera reside en las interacciones que la misma tiene con la institución del despido, pues se analiza con frecuencia el supuesto en el que sea el trabajador quien abandone y cese en la prestación laboral, pero no podemos

[624] Vid. STS 330/2020, de 14 de mayo de 2020 (Rec. 4282/2017).
[625] Vid. STS de 22 de octubre de 1986.
[626] Por todas, STS de 26 de octubre de 2010 (Rec. 471/2010).

obviar que la empresa puede buscar, intencionadamente, dicha vicisitud a fin de poner en entredicho la subsistencia de la relación laboral. Concretamente, del análisis surgen tres situaciones distintas: a) la influencia que tiene la interposición de una papeleta de conciliación con fundamento en el art. 50.1 ET con carácter previo, b) con carácter posterior al despido, y c) las consecuencias derivadas del aquietamiento del trabajador ante la extinción empresarial.

En primer lugar, cabe preguntarse qué ocurre en aquellos casos en los que se produce un despido con carácter posterior a la presentación de la papeleta de conciliación, pero antes del juicio que resuelva la cuestión. Es decir, cuando se despide tras accionar por la vía del art. 50.1 ET. Es posible que se entienda como no cumplido el requisito del mantenimiento de la relación laboral, pues si han realizado actos que merecen la sanción del despido, no sería lógico sostener que el trabajador pudiera quedar exento de cualquier tipo de responsabilidad y, por tanto, procedería desestimar la meritada pretensión al no haberse acreditado la pervivencia de la relación laboral[627]. No parecería lógico otorgar al trabajador una suerte de blindaje ficticio frente al despido, carente de todo sustento legal y/o jurisprudencial, por el simple hecho de haber solicitado la extinción indemnizada más allá de que concurra una hipotética vulneración de la tutela judicial efectiva en su vertiente a la garantía de indemnidad[628].

Sin embargo, dicho razonamiento también puede prestarse a comportamientos espurios por la parte empresarial consistentes en efectuar un despido completa o parcialmente acausal con la intención de romper la relación laboral y, por tanto, hacer que el trabajador no pudiera dar por cumplido el requisito de mantener viva la relación laboral. El legislador, consciente de dicha circunstancia, modificó la Ley de Procedimiento Laboral del año 1990 para evitar actuaciones fraudulentas y estableció el deber de resolver de manera conjunta cuando concurra extinción por parte del trabajador y despido empresarial[629]. Hoy en día, en el actual art. 32 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se recoge el mandato relativo a la resolución conjunta de ambas cuestiones, extinción y despido, bien sea de oficio o a instancia de alguna de las partes.

---

[627] Vid. STS de 22 de mayo de 2000, Rec. 2180/1990.

[628] Especialmente interesante a efectos de ahondar sobre la garantía de indemnidad en el marco de las actuaciones previa preceptivas resulta FOLGOSO OLMO, Antonio y MONTOYA MELGAR, Alfredo. *La garantía de indemnidad.* 1.ª Ed. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2021. ISBN 978-84-340-2710-7, pp. 216-217.

[629] VICEDO CAÑADA, Luisa. "La acumulación de acciones: el despido objetivo por causas económicas y la resolución del contrato por retraso o impago en el salario". *Revista de Información Laboral*. Madrid: Lex Nova, 2015, 3, pp. 55-79. ISSN 2254-3171, p. 77.

En segundo lugar, cabe indicar que en aquellos supuestos en los que el despido se produzca antes de la interposición de la preceptiva papeleta de conciliación habrá que atender, de igual modo, a lo establecido en el art. 32 LRJS, procediéndose a la acumulación de los autos y resolviéndose sobre la procedencia —o no— del despido como requisito para proceder a analizar la pretensión del art. 50.1 ET[630]. Sin perjuicio de lo anterior, es preciso aclarar que en los supuestos en los que el trabajador se aquiete al despido y no reaccione impugnándolo, la pretensión extintiva resultará inevitablemente abocada al fracaso[631].

Finalmente, en el marco de los procedimientos colectivos, tampoco se entenderán dadas las condiciones exigidas en los supuestos en los que el contrato del trabajador accionante haya sido extinguido en base a un ERE negociado con los representantes de los trabajadores. Resulta indiferente que la papeleta de conciliación se interpusiera con anterioridad, pues, en el momento de que el juzgador se pronunciara al respecto, la relación laboral estaría rota[632].

En definitiva, la pervivencia de la relación laboral se constituye como un auténtico presupuesto condicionante de la viabilidad de la acción, una condición indispensable para que el juez admita la resolución judicial[633]. Y, sin perjuicio de las excepciones que se expondrán en el apartado siguiente, se hace necesario articular un mecanismo que permita afrontar con garantías un procedimiento de resolución contractual al amparo del art. 50.1 ET pero sin que suponga exponer al trabajador a situaciones manifiestamente degradantes o perjudiciales en el marco de la relación laboral, entendiéndose por tales las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo acompañadas del menoscabo de su dignidad, la falta de pago o retrasos continuados y cualquier otro incumplimiento grave por parte del empresario. De ahí la importancia de las medidas cautelares y de otorgar al trabajador una salvaguarda como la exención de la prestación de servicios y el mantenimiento del pago del salario y cotización que propugna el art. 79.7 LRJS, para que no se vean afectados sus derechos económicos y profesionales, además de los estrictamente procesales, en lo que se produce el dictado de la sentencia al efecto.

---

630 SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, Carolina. *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores.* 1.ª Ed. Pamplona: Aranzadi, 2001. ISBN 978-84-8410-540-4, p. 120.
631 Vid. STS 3844/2019, de 10 de octubre de 2017 (Rec. 3684/2015).
632 Vid. STS 7640/2010. de 26 de octubre de 2010 (Rec. 471/2010).
633 RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda . *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo.* 1.ª Ed. Madrid: La Ley, 1998, ISBN 978-84-7695-582-0, p. 208.

2.2. Irrupción de la corriente flexibilizadora y excepciones a la regla general

La doctrina jurisprudencial tradicional que exigía el mantenimiento de la relación laboral hasta el dictado de la sentencia que analizara la concurrencia de una causa susceptible de activar el mecanismo de la extinción indemnizada sufrió un importante cambio a raíz de la resolución de un recurso de casación para la unificación de doctrina en el año 2012 que dividió a la Sala IV del Tribunal Supremo[634]. El Alto Tribunal consideró que era necesario introducir una mayor flexibilidad en cuanto a la forma de proceder del trabajador so pretexto de que la obligación del mantenimiento de la relación laboral podría llevar implícito un grave perjuicio patrimonial o la pérdida de opciones profesionales.

En tal sentido, como indica la Sala, parece lógico inferir una situación bastante complicada para aquel trabajador que tiene que seguir cumpliendo con sus obligaciones profesionales ex art. 5 E.T pero que, sin embargo, encuentra gravemente lesionado su derecho a la percepción puntual de la remuneración pactada por mor del art. 4.1.f) del mismo cuerpo legal, pues no podemos obviar el carácter cuasi alimenticio del salario [635]. Si analizamos ambas posiciones al respecto, tanto la voluntad mayoritaria de la Sala como los magistrados firmantes del voto particular coinciden en el diagnóstico pero discrepan en la solución.

Mientras que la tesis flexibilizadora del primero opta por dejar a la elección del trabajador la posibilidad de frenar la prestación de servicios de manera voluntaria en tanto que se sustancia su pretensión en sede judicial, la postura más conservadora y tradicionalista del criterio discrepante considera dicha cuestión resuelta en base a la posibilidad excepcional de no exigir el mantenimiento de la relación laboral en aquellos supuestos que atenten contra la dignidad, la integridad personal o, en general, a aquellos derechos fundamentales que corresponden al hombre por el solo hecho de su nacimiento[636].

A nuestro juicio, ninguno de los dos puntos de vista colma las exigencias necesarias en orden a otorgar una protección eficaz al trabajador sin apartarse del tenor literal de la ley y ello es así por las razones que se exponen a continuación. La corriente flexibilizadora, que constituye el criterio mayoritario de la Sala, se aparta de la dicción literal de la norma,

[634] Vid. STS 6207/2012, de 20 de julio de 2012 (Rec. 1601/2011), en la misma se produjo una división de la Sala pues frente al criterio flexibilizador sostenido por la mayoría y cuya ponencia correspondió al Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete, se incluyó un voto particular formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernández al que se adhirieron 5 Magistrados más.
[635] RÍOS SALMERÓN, Bartolomé. Inembargabilidad del salario. En: Antonio MONTOYA MELGAR, dir. *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III. Madrid: Civitas, 1995, p. 3549. ISBN 84-470-0471-6.
[636] Vid. STS 8112/2000, de 08 de noviembre del 2000 (Rec. 970/2000).

pues no podemos obviar el hecho de que el artículo 50 del ET señale, de manera clara, que el trabajador ha de solicitar la extinción del contrato de trabajo, lo sitúa fuera de su esfera de decisión, pues basta una mera revisión gramatical para extraer la conclusión de que el que solicita está pidiendo, porque el que puede hacerlo lo hace o no, pero no necesita de la aprobación de ningún tercero[637].

No se desconocen los razonamientos de algunos autores que justifican la posibilidad de que la sola voluntad del trabajador sea suficiente para extinguir el contrato de trabajo viene dada por la literalidad que otorga el art. 49.1.j) del ET[638]. Nos encontramos ante una antinomia, pues en ambos artículos se trata la misma cuestión, pero de las expresiones utilizadas se llegan a distintas soluciones. Como la antinomia se produce dentro del mismo cuerpo legal, no podremos acudir al criterio cronológico ni jerárquico, pero sí al de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*), y aquí es donde se encuentra el quid de la cuestión[639].

La tesis que permite que el trabajador deje de prestar servicios por su propia voluntad claudica desde el mismo momento en el que se interpretan las normas conforme al criterio de especialidad, pues el art. 49.1.j) ET tiene una naturaleza manifiestamente genérica, llegándose a enunciar hasta 13 posibilidades distintas de extinción, mientras que el art. 50 ET enuncia y desarrolla únicamente aquella relativa a la extinción por voluntad del trabajador, señalando la necesidad de solicitarla.

La corriente más rígida, reflejada en el voto particular, a nuestro juicio yerra en el planteamiento al justificar que no es necesario flexibilizar las conductas que puede llevar a cabo el trabajador, puesto que ya se articula una mecanismo excepcional para aquellas circunstancias que sean contrarias a la dignidad, la integridad personal o los derechos fundamentales en general. Sin embargo, la aplicación práctica de dicha premisa dista mucho de ser la adecuada, en tanto en cuanto que el incumplimiento empresarial consistente en la falta de pago del salario es, *per se*, objetivamente contrario a la dignidad y a la integridad personal del trabajador y, por extensión, de su unidad familiar, por lo tanto, cualquier impago debe ser calificado como extraordinario.

---

[637] Según la RAE, se entiende por solicitar: «pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado» por lo tanto es incompatible tal definición con la posibilidad de permitir al trabajador dictarse su propio derecho, tal y como se defiende en la meritada sentencia.

[638] En dicho precepto se utiliza la expresión «se extinguirá» en lugar de lugar de «podrá solicitar» como, por su parte, hace el art. 50 ET.

[639] PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de teoría del Derecho.* 7.ª Ed. Madrid: Trotta Editorial, 2014. ISBN 978-84-8164-776-1, p. 143.

Como ya ha resaltado algún autor, el impago del salario tiene una afectación directa en distintas esferas de la vida del trabajador, pues la interrupción de los ingresos salariales en la economía familiar puede generar un efecto dominó en el cumplimiento de obligaciones financieras relativas a hipotecas o préstamos personales, así como sobre aspectos tan esenciales e inherentes a la dignidad humana como la vestimenta, la alimentación o la vivienda[640]. Por lo tanto, siendo un hecho notorio y teniendo en cuenta los recientes estudios del Instituto Nacional de Estadística (INE), donde se acredita que el gasto medio por hogar sigue estando destinado, principalmente, al pago de renta, suministros y alimentación, parece oportuno sostener que el criterio general pivota en torno a una presunción *iuris tantum* de que el impago del salario afecta a la dignidad y a la integridad personal[641].

La imposibilidad de hacer frente a los gastos ordinarios de un proyecto vital básico a consecuencia de un incumplimiento empresarial genera una serie de daños morales en la persona que sí ha cumplido con sus obligaciones contractuales que, por su afectación psicológica, se caracterizan por extraordinarios. En consecuencia, debe encontrarse un mecanismo para que siga primando la necesidad de pervivencia de la relación laboral —que constituye un elemento insoslayable del precepto legal— y, por otro lado, debe ofrecerse otra alternativa a circunscribir las excepciones a la regla general en supuestos extraordinarios que conlleven una lesión de la dignidad de la persona. Como se desarrollará en el apartado correspondiente, entendemos que ni puede obligarse al trabajador a mantenerse en una relación laboral por la que no percibe contraprestación económica, ni tampoco puede otorgársele, *contra legem*, la posibilidad de dictar su propio derecho permitiéndole abandonar la misma cuando él quiera, por lo tanto, la única vía que garantiza una armonía es la solicitud de medidas cautelares en los términos del art. 79.7 de la LRJS.

2.3. Análisis de la posibilidad de resolución extrajudicial

La cuestión controvertida reside en determinar si el trabajador goza de la posibilidad de cesar de manera voluntaria la prestación de servicios de manera ordinaria, es decir, sin que concurra una circunstancia de carácter extraordinario que lo justifique o sin solicitar la adopción de medidas cautelares en los términos del art. 79.7 LRJS. Las posiciones

[640] GONZÁLEZ DE PATTO, Rosa M.ª. *La dimisión provocada. Configuración y régimen jurídico del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores.* 1.ª Ed. Granada: Comares, 2009, p. 246. ISBN 9788498365993.
[641] INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. Gasto medio por hogar, gasto medio por persona y distribución del gasto [en línea]. 2023 [fecha de consulta 22 noviembre 2023]. Disponible en: https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=49144#_tabs-grafico

enfrentadas giran en torno a dos tesis principales. Por un lado, so pretexto de que el art. 50 ET es el trasunto laboral del art. 1.124 CC y en dicho precepto se permite que la facultad resolutoria puede ejercitarse de manera extrajudicial, se defiende la posibilidad de extinguir la relación laboral mediante una simple declaración, no sujeta a forma y dirigida a la otra parte, sin perjuicio de la revisión judicial de la misma en caso de impugnación por la contraparte con eficacia *ex tunc*[642].

Sin embargo, no podemos obviar que dicha mecánica civilista, además de llevarse a cabo desde un prisma individualista basado en un código del siglo XIX, está concebida principalmente para contratos de tracto único, como un contrato de arrendamiento, y no para los de tracto sucesivo, es decir, que no se agotan y se ejecutan a lo largo del tiempo (como ocurre con el contrato laboral), lo que descartaría su aplicación. Entendemos que dicha posibilidad debe reservarse para los casos de mayor gravedad, por ejemplo, ante un supuesto de impagos de salarios y una oferta de trabajo que pudiera frustrarse por esperar al dictado de la sentencia o, habiendo solicitado la adopción de medidas cautelares, que la misma se produzca mientras se resuelven.

Además, mientras que en el art. 50 ET se mantenga el término «solicitar» no debería permitirse la resolución extrajudicial salvo excepciones de gran calibre, como las expuestas previamente, o en los casos más extremos, como el acoso sexual en el trabajo[643]. Sostenemos dicha solución basados en el hecho de que el legislador ha otorgado la posibilidad de afrontar dicha contingencia a través de las medidas cautelares y habiendo un cauce legal al respecto, que además otorga mayores garantías al trabajador, la resolución extrajudicial carece de cobertura legal.

Por otro lado, apoyados en la interpretación jurisprudencia tradicional y con tintes manifiestamente tuitivos, está la postura que propugna la declaración judicial como única vía para que el trabajador cese en la prestación de servicios bajo la premisa de que se trata de protegerlo frente a solicitudes de reconocimiento de indemnización que no prosperan, y el trabajador se ve en situación de baja voluntaria, sin derecho a prestación por desempleo y sin lucrar indemnización de ningún tipo —de ahí la necesidad de que la sentencia judicial tenga carácter constitutiva y eficacia *ex nunc*[644]—. Es loable la voluntad

[642] AZAGRA SOLANO, Miguel. "Extinción del contrato de trabajo por incumplimientos del empresario ¿es necesaria una resolución judicial?". *Revista Aranzadi Doctrinal*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2013, 11, pp. 95-104. ISSN 1889-4380.
[643] PUMAR BELTRÁN, Nuria. La violencia de género en el trabajo: prevención, tutela judicial y responsabilidades. En: *Derechos@género*, vol. 1. Albacete: Bomarzo, 2019, p. 208. ISBN 978-84-17310-69-1.
[644] LÓPEZ JIMÉNEZ, José M., Bibl. Cit, 2022, p. 137.

protectora de dicha tesis, sin embargo, discrepamos de la solución. Si se quiere proteger al trabajador frente a solicitud de extinción del contrato de trabajo precipitada y abocada al fracaso, con la inherente pérdida de posibles indemnizaciones, está claro que se le debe otorgar al mismo una cobertura para reaccionar en casos de extraordinaria necesidad, pero no se le puede exponer a permanecer en un puesto de trabajo donde se le están generando unos perjuicios económicos de considerable índole.

Por ello, sin caer en la teoría de la posibilidad de la resolución unilateral del contrato de trabajo, que no consideramos que tenga cabida, entendemos que la medida más adecuada es la de solicitud de medidas cautelares. Esto se debe a que se somete la decisión inicial al control judicial, pudiéndose solicitar la exención de la obligación de prestar servicios con mantenimiento del deber de abonar salarios y cotizaciones al trabajador y, además, se cumple el requisito tradicional de pervivencia de la relación laboral.

Si la resolución de las medidas cautelares resulta favorable, ya no habrá que preocuparse por la posible pérdida de derechos tales como indemnización o prestaciones por desempleo: estaremos ante una pervivencia de la relación laboral y una pretensión extintiva con visos de prosperabilidad desde el punto de vista procesal. En cambio, si la resolución es negativa, el trabajador estará obligado a mantenerse en su puesto de trabajo y no estará cumplido el requisito de la pervivencia de la relación laboral pues, sometida su casuística al control judicial, el juzgador lo ha considerado fuera de los supuestos extraordinarios que facultan el cese anticipado. En tal supuesto, si el trabajador considera que la prestación de servicios en dichas condiciones le está generando una afectación en su estado de salud y se encuentra imposibilitado para acudir a su puesto de trabajo, siempre podrá acudir a su médico de atención primaria para que valore la posibilidad de tramitar una incapacidad temporal. Así, cesará de manera inmediata su exposición y, procesalmente, seguirá cumpliendo el requisito de la pervivencia de la relación laboral[645].

3. Justificación de la necesidad del recurso a las medidas cautelares

Hablar de la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24.1 de la Constitución española implica hablar de las medidas cautelares pues, junto con la tutela declarativa y ejecutiva,

[645] El hecho de estar sometido a un entorno laboral donde se incumplen de manera grave las obligaciones derivadas del contrato de trabajo puede derivar en un «síndrome de burnout» que como brillantemente se desarrolla en GARA DURÁN, Carolina. El síndrome de "estar quemado" o de agotamiento profesional y su calificación como accidente de trabajo. *La Administración Práctica*, 2018, 12, pp. 1-2, puede desarrollar no solamente incapacidades temporales, sino también pensiones vitalicias por incapacidad permanente total o absoluta.

conforman los cimientos de dicho derecho fundamental[646]. Desde una perspectiva general, cabe señalar que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional han examinado lo fundamental de las mismas y su elevada importancia para garantizar la efectividad del pronunciamiento judicial en el momento de dictarse sentencia[647]. Entre las medidas cautelares más destacadas se encuentra el embargo preventivo de créditos a favor del demandado, el embargo de bienes, la paralización de trabajos cuando exista grave riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores, la suspensión del traslado del puesto de trabajo, la reordenación o reducción del tiempo de trabajo e incluso, con carácter más atípico, la suspensión del proceso electoral cuando se lleve a cabo la impugnación de un laudo arbitral[648].

Sin embargo, la tutela cautelar no termina con las medidas específicas recogidas anteriormente, que únicamente ejemplifican algunas de las más usuales en la práctica habitual, sino que tanto el art. 727.11º LEC como el art. 79.1 LRJS incluyen una cláusula de cierre que permite al juzgador adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial aunque no estén recogidas de manera expresa, lo que nos sitúa ante lo que la doctrina ha denominado medidas cautelares específicas e inespecíficas[649]. Hay que tener en cuenta que los trabajadores suelen tener siempre una red de seguridad en forma de Fondo de Garantía Salarial que les protege en caso de insolvencia empresarial. Ello deriva en una relajación de las exigencias previas para asegurar el cobro de crédito, pues en ocasiones se trata más de buscar la insolvencia empresarial y obtener el decreto del LAJ al efecto que de afrontar la larga travesía procesal que implica la realización de bienes[650]. Mientras que, en las empresas de reconocida solvencia, bastaría un embargo de saldos y cuentas bancarias conforme al art. 254.1 LRJS en relación con el art. 592.2.1º LEC para satisfacer el crédito.

---

[646] MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al proceso laboral.* 5.ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 435. ISBN: 978-84-7248-754-3.

[647] STC 14/1992, de 10 de febrero.

[648] En orden a profundizar sobre la cuestión, se recomienda la lectura de GONZÁLEZ CALVET, Jaume. "Aplicación de las medidas cautelares específicas del art. 727 LEC en la jurisdicción social". *Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*. Madrid: Juezas y Jueces para la Democracia, 2020, 213, pp. 15. ISSN 2695-9321.

[649] LARROSA AMANTE, Miguel Ángel. "Las cautelas indeterminadas y las medidas cautelares específicas". *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, 10, p. 148. ISSN 1134-9670.

[650] En dicho aspecto, se coincide con la opinión contenida en GUILLÉN OLCINA, Jorge Juan. "Actos preparatorios. Anticipación de la prueba y su aseguramiento. Medidas cautelares". *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*. Madrid: Thompson Reuters Aranzadi, 2012, 4, (10), p. 167. ISSN 1889-1209, en el sentido de que la falta de actividad procesal previa al acto del juicio ha empobrecido el prestigio de la jurisdicción en términos procesales.

Por otro lado, desde un punto de vista más concreto, a través de las medidas cautelares se puede poner fin a una de las cuestiones que más influye en términos de prosperabilidad procesal de la pretensión y que en el año 2012 dividió a la Sala IV: el mantenimiento o la pervivencia de la relación laboral. En contraposición a la costumbre general, consideramos que la tutela cautelar en este tipo de procedimientos constituye el núcleo esencial del proceso, pues la demanda inicial del justiciable no pasa por obtener la estimación de su pretensión en diez meses —que también—, sino que su principal preocupación a corto plazo pasa por frenar la hemorragia económica que supone llevar tres o más meses sin percibir de manera íntegra o parcial su salario.

Como es evidente, no resulta viable que un trabajador que lleva tres meses sin percibir su salario continúe prestando servicios y alargando la agonía. Y, por otro lado, si bien es cierto que se puede acoger a los supuestos extraordinarios, contemplados en la jurisprudencia flexibilizadora de la Sala IV, ello implica la posibilidad de que no se aprecie una gravedad de entidad suficiente y se frustre la pretensión principal. A nuestro juicio, los cimientos de una estrategia procesal sólida pasan por reducir al mínimo el riesgo de una desestimación de la pretensión y, en tal sentido, obtener una tutela cautelar que nos permita abandonar la prestación de servicios con garantías siempre incrementará la posibilidad de éxito frente a jugárselo todo a la apreciación por parte del juzgador de la existencia de una circunstancia extraordinaria, pues en ocasiones es demasiado subjetivo.

A partir de ese momento comienza lo que el profesor García de Enterría denominaba como «la batalla por las medidas cautelares», una gestión preventiva del riesgo de frustración del fin del proceso que en el supuesto concreto de la extinción del art. 50.1 ET se centra en la necesidad de la pervivencia de la relación laboral al momento de dictarse sentencia[651]. La justificación de la necesidad del recurso a las medidas cautelares se justifica desde tres ópticas distintas. En primer lugar, a través de las mismas el trabajador se asegura de que podrá, en caso de que sean estimadas, reorganizar con toda libertad su actividad profesional sin miedo a que una posterior decisión judicial desfavorable sea entendida como una dimisión o un abandono del puesto de trabajo, pues se halla bajo la tutela del beneplácito judicial para actuar de tal manera.

[651] MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. *Análisis de la nueva Ley de Jurisdicción Social. Nuevas reglas legales, nuevos problemas, nuevos retos.* 1.ª Ed. Madrid: La Ley, 2012, p. 7. ISBN 978-84-8126-400-5.

En segundo lugar, se manifiesta o exterioriza un ánimo de mantener la pervivencia de la relación laboral, pues no es lo mismo manifestar que no quieres seguir trabajando porque no te abonan el salario pactado, que verte obligado a cesar voluntariamente en lo que se resuelven las medidas. Esto transmite buena fe y todo ello será objeto de valoración por el juzgador al determinar si ha habido una voluntad real de romper la relación laboral o ha concurrido una necesidad extraordinaria[652]. En tercer lugar, entendemos que es la solución más adecuada frente al constante debate sobre la posibilidad de resolución unilateral por parte del trabajador: si el problema reside en la necesidad de no mantenerse en el puesto de trabajo hasta que se dicte sentencia, las medidas cautelares te otorgan esa posibilidad. Además, se seguirían devengando salarios que, en caso de impago, se podrían hacer valer a través de una conjunta reclamación de cantidad y se seguiría cotizando a la Seguridad Social, con todo lo que ello implica.

A nuestro juicio, el legislador marcó el camino con la reforma del año 2011 y remitirse a la jurisdicción civil —tan supletoria en la práctica como antagónica en espíritu— o a textos normativos anteriores, cuando la propia LRJS otorga herramientas que pueden dar un vuelco a la situación es, a nuestro modo de ver, incrementar de forma innecesaria las posibilidades de desestimación de la pretensión extintiva, pues si no se aprecia lo extraordinario de la situación, el trabajador podrá ser despedido por no acudir a su puesto de trabajo. En definitiva, si la situación es extraordinariamente grave, no quedará más remedio que agarrarse a la jurisprudencia tradicional de la Sala IV que permitía romper anticipadamente la relación laboral sin que ello frustrase la pretensión extintiva o, alternativamente, invocar el criterio más actual, tras la sentencia del año 2012 y la flexibilización de los requisitos, que permiten al trabajador el cese de manera unilateral. Esto genera el riesgo de que la causa extintiva no se acredite y la falta de asistencia al trabajo sea calificada como dimisión o abandono del puesto de trabajo[653].

Sin embargo, la posibilidad de solicitar la medida cautelar y quedar indemne de las consecuencias negativas de ambos supuestos en caso de que se estimen se erigen como el punto intermedio y más garantista. Evidentemente, habrá que tener en cuenta las circunstancias del caso concreto para valorar la idoneidad de cada mecanismo. En

[652] Vid. STS 1367/2023, de 22 de marzo (Rec. 1499/2020) cuando en su fundamento jurídico cuarto in fine señala que la diferencia fundamental entre la conducta de dos trabajadores reside en que uno de ellos avisó de que abandonaría el puesto de trabajo ante los impagos y el otro, sin aviso previo, simplemente dejó de acudir y se puso a trabajar para otra empresa.

[653] GARCÍA PAREDES, María Luz. "Extinción del contrato de trabajo por incumplimientos del empresario ¿es necesaria una resolución judicial?". *Aranzadi Social Revista Doctrinal*. Madrid: Thompson Reuters Aranzadi, 2013, 11, p. 96. ISSN 1889-4380.

ocasiones se parte de la premisa de que la jurisprudencia es algo estático e inmutable, cuando lo cierto es que, aunque en esencia tenga un ánimo de pervivencia en el tiempo, está sujeta a cambios y revisiones, máxime en un supuesto como el actual donde la división de la Sala fue tan patente. Por esta razón, pudiendo asegurar el lapso que media entre la interposición de la demanda hasta la celebración del juicio por medio de una medida cautelar, como la contenida en el art. 79.7 LRJS, que brinda la posibilidad de seguir percibiendo salarios y cotizando sin necesidad de acudir al trabajo, resulta difícil considerar otra opción como más adecuada, a excepción de aquellas que por su extrema urgencia no puedan esperar al pronunciamiento sobre las mismas.

3.1. Naturaleza y presupuestos

Las medidas cautelares en sede laboral deben ser abordadas conforme a lo dispuesto en los artículos 721 a 747 de la LEC, tal y como así dispone el artículo 79 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. En su primer apartado se constituye, en términos de técnica legislativa, como una norma remisiva que únicamente impone como criterio inspirador la observancia de las particularidades del proceso social pero que, en definitiva, se vale de los criterios generales existentes al efecto en la normativa civil[654]. Cabe recordar que la tutela jurisdiccional cautelar tiene una naturaleza autónoma e independiente de los procesos de ejecución y declaración, pues se está deduciendo una pretensión distinta a la del procedimiento principal, al que sirve en términos meramente instrumentales, ya que al tener por aseguramiento la efectividad de la resolución judicial, una vez decaída esta se producirá también el decaimiento de aquellas[655]. Esta definición encaja a la perfección con la problemática procesal propia de la extinción indemnizada, es decir, llegado el momento del dictado de la sentencia, podrá debatirse sobre la gravedad del incumplimiento empresarial, pero hasta ese momento existe una situación propia, con una problemática determinada y autónoma, que es el mantenimiento de la relación laboral hasta que se produzca la hipotética ruptura por medio de una resolución judicial de carácter constitutivo[656].

---

[654] En cuanto a las interacciones entre la normativa civil y laboral, tal y como se señala en, no puede olvidarse la singularidad propia del derecho del trabajo y, por lo tanto, la normativa civil solo entrará en juego a falta de regulación expresa y siempre con observancia de las notas propias de un ordenamiento jurídico compensador como es el social.

[655] CALVET BOTELLA, Julio. "Medidas cautelares civiles". *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2003, 57, (1935), p. 451 ISSN-e 0211-4267, Disponible en: https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ/article/view/2519

[656] En consecuencia, tomando la idea contenida en CRUZ VILLALÓN, Juan y VALDÉS DAL-RÉ Fernando. *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral.* 1.ª Ed. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, p.

En cuanto a los presupuestos básicos de las mismas, el art. 728 de la LEC ofrece aquellos elementos que deben concurrir, o acreditarse, por la parte solicitante de las mismas para que el juzgador pondere la necesidad y pertinencia de las mismas: se trata de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y el peligro de mora procesal (*periculum in mora*). El primero constituye el elemento esencial sobre el que debe construirse la solicitud de medida cautelar, se trata de ofrecer al llamado a resolver una serie de elementos de juicio que, sin prejuzgar el fondo del asunto, le permitan inferir indiciariamente la existencia de un fundamento jurídico válido. En términos de extinción indemnizada, cuando se trata, por ejemplo, de un impago de salarios, suele ser aconsejable aportar elementos de convicción como extractos de cuentas bancarias, filtrados por emisor, donde se compruebe que no existen cantidades recibidas por parte de la empleadora, capturas de *emails* o capturas de WhatsApp donde se reclame el pago o, incluso, la propia acta de conciliación o justificante de presentación de la papeleta que, a modo indiciario, acredite la concurrencia de una legítima necesidad de tutela cautelar. Como puede deducirse, se trata de un acervo probatorio que puede ser fácilmente desvirtuado si se tienen elementos para ello: imagínese que el pago ha sido en metálico y no hay justificantes de transferencia. Por esta razón se incide en el término «apariencia», porque no sometidas a contradicción, dichas pruebas son irrelevantes para resolver la cuestión, pero de vital importancia en términos de tutela cautelar.

El segundo de los presupuestos necesarios es el peligro de mora procesal. La LEC es bastante descriptiva cuando señala que se trata de evitar la producción de un daño en el justiciable durante la pendencia del proceso de no adoptarse las mismas, así como de hacer ineficaz una eventual sentencia estimatoria. Sin embargo, la doctrina clásica coincide en citar a Calamandrei a la hora de otorgar una descripción, objetivamente acertado en su definición al señalar que: «[el peligro] no es el genérico peligro de daño jurídico, el cual se puede obviar en ciertos casos con la tutela ordinaria, sino el peligro específico de aquel ulterior daño marginal que puede derivarse del retraso, consecuencia inevitable de la lentitud del proceso ordinario»[657].

El *periculum in mora* constituye una de las principales preocupaciones del justiciable al entablar la acción contenida en el art. 50 ET por razones obvias, cuando se decide a

33. ISBN 978-84-7787-213-9, las medidas cautelares están concebidas para evitar la producción de un daño irreparable en quien acciona.

[657] BLASCO PELLICER, Ángel. "La tutela cautelar laboral tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil". *Revista Aranzadi Social*. Madrid: Thompson Reuters Aranzadi, 2021, 7, p. 623. ISSN 1131-5369, haciendo expresa mención de la obra CALAMANDREI, Pierre. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: CEDAM, 1936, p. 19.

valorar las opciones jurídicas que pueden ampararle en su contencioso con el empresario, probablemente ya lleve varios meses sin percibir sus salarios y, quizá, otros tantos cobrando mal y tarde. Por lo tanto, la primera cuestión que debe afrontar el operador jurídico al que se le encomienda la dirección de un procedimiento que versa sobre los mimbres reseñados consiste en taponar la vía de agua que supone el hecho de que el trabajador siga prestando servicios pero no esté percibiendo remuneración en contrapartida, es decir, hay que poner una solución inmediata a tal contingencia y la misma, entendemos, pasa por la tutela cautelar. Como se desarrollará en un apartado específico, la medida más idónea a nuestro juicio pasa por hacer uso de la facultad contenida en el art. 79.9 LRJS, en virtud de la cual se puede solicitar al juzgador que exima al trabajador de la obligación de prestar servicios pero con mantenimiento del deber empresarial de cotizar y de abonar los salarios sin perjuicio de lo que pueda resolverse en la sentencia.

3.2. La exoneración del deber de prestar servicios por parte del trabajador con mantenimiento del deber empresarial de cotizar y abonar salarios

La transición de la pretérita Ley de Procedimiento Laboral a la actual Ley Reguladora de la Jurisdicción Social cristalizó el anhelo del legislador de realizar un ajuste íntegro de la normativa procesal social a las previsiones de la supletoria Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, así como a la interpretación efectuada de la normativa procesal social por la jurisprudencia social y constitucional[658]. Una de las novedades que supuso la promulgación de la dicha norma fue la introducción de las medidas cautelares entre su articulado y, más concretamente, en los procesos de extinción a instancias del trabajador, que quedaron incardinadas en el art. 79, que por aquel entonces se encargaba de regular únicamente la institución del embargo preventivo[659]. En su apartado 7º, el artículo contempla la posibilidad de que el trabajador solicite alguna de las medidas cautelares contenidas en el art. 180.4 LRJS, entre otras, la suspensión de la relación, o la exoneración de prestación de servicios, con el mantenimiento del deber empresarial de cotizar y de abonar los salarios sin perjuicio de lo que pueda resolverse en la sentencia.

La positivización de la posibilidad de que el trabajador cesara en la prestación de servicios, sin que se entendiera como abandonada la relación laboral, daba respuesta a

[658] Dicha afirmación viene contenida en el apartado IV de la Exposición de Motivos de la LRJS.
[659] Se mantuvo la misma rúbrica para el Libro II y el Título I pero el Capítulo I pasó de «De los actos preparatorios, de la anticipación y aseguramiento de la prueba y del embargo preventivo» a «De los actos preparatorios y diligencias preliminares, de la anticipación y aseguramiento de la prueba y de las medidas cautelares».

uno de los interrogantes más frecuentes en materia de extinción indemnizada —y que más conflictividad ha generado— como es la necesidad de pervivencia de la relación laboral. Se trata de una apuesta clara y decidida por parte del legislador de no tomar partido por aquellas voces que abogan por la posibilidad de la cesación unilateral en la prestación de servicios por parte del trabajador, que tanto se ha propugnado por parte de la Sala IV, bajo el pretexto de la necesidad de flexibilización de los requisitos para accionar por la vía del art. 50 ET.

La decisión del legislador, a nuestro juicio, debe ser calificada como manifiestamente decidida, pues no podemos perder de vista que se está produciendo una injerencia ciertamente severa en la esfera económica de la empresa en garantía del mantenimiento de los derechos del trabajador. El legislador toma cartas en el asunto y pone a disposición de los justiciables —y de los operadores jurídicos que los defiendan— las herramientas necesarias para que el requisito —recordemos, indispensable salvo extrema necesidad— de pervivencia de la relación laboral no pueda ser utilizado de manera torticera por la parte empresarial y no se obligue al trabajador a exponerse a situaciones que pueden ser manifiestamente contrarias a su dignidad. No podemos obviar que, sin una tutela judicial más que cautelar, se está obligando a una empresa a seguir cumpliendo sus obligaciones salariales a pesar de que la otra parte del contrato ha cesado en el cumplimiento de las suyas, lo cual no es irrelevante en términos económicos[660].

Desde la perspectiva del trabajador, en términos teóricos, se ataja de raíz uno de los grandes problemas, pues parece claro que mantener el derecho a la percepción de salarios, continuar con las cotizaciones sociales intactas y todo ello con la exención de tener que prestar servicios constituye una solución satisfactoria, sumado al hecho de que si la pretensión extintiva finalmente no prospera, podrá retornar a su puesto de trabajo sin que pueda entenderse como un abono o una dimisión.

Parece que el espíritu de la obligación salarial bebe de las diversas teorías doctrinales que desarrollan los denominados como «salarios de inactividad», que rompen con las tradicionales teorías contractualistas por las que la obligación salarial solo nace cuando se produce una efectiva prestación de servicios, para decantarse por aquellas teorías en

[660] Por poner en contexto la cuestión, según los datos arrojados por el Instituto Nacional de Estadística, el coste salarial medio por trabajador en el año 2022 en España fue de 25.353,22 € por lo que, en el caso de que a una empresa se le imponga la meritada medida de abono de salarios y mantenimiento de cotizaciones, el coste de la misma podría rondar esas cifras y con el agravante de que no se ha prestado servicios por parte del trabajador. Fuente: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. *Encuesta anual de coste laboral. Año 2022* [en línea]. 2022 [fecha de consulta 11 abril 2024]. Disponible en: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.ine.es/prensa/eacl_2022.pdf

las que la obligación salarial forma parte de la causa del contrato y se lucra aunque no exista ni prestación de servicios ni puesta a disposición[661]. Además, desde una perspectiva jurídico-social que busca la *desmercantilización* del salario, este no solo debe ser concebido como la contraprestación por el empeño en el trabajo, sino que también debe cumplir con la función de facilitar el ejercicio de derechos propios del ciudadano, por lo tanto, con el mantenimiento del pago del salario se estaría contribuyendo a la posibilidad de que el trabajador pueda ejercer en plenitud su derecho a la tutela judicial efectiva, sin miedo a que ello, en apariencia, le pueda suponer la pérdida del mismo[662].

No obstante, el optimismo debe ser abordado con cautela, pues no debemos olvidar que, en algunos casos, a este punto se ha llegado ante una falta de pago de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado, por lo que nada impide pensar que por mucho que se sigan devengando *por mor* de la medida cautelar, el empresario incumplidor empiece a abonarlos a raíz de la notificación del auto que la acuerde. Con suerte, aumentará el importe de la reclamación de cantidad que se accionará junto con la pretensión extintiva. Ahora bien, como se ha comentado en capítulos anteriores, las medidas cautelares están concebidas para evitar que el paso del tiempo pueda frustrar las legítimas aspiraciones de aquel que las invoca o que la sentencia que se dicte en el momento oportuno pueda carecer de efectividad por transcurso del tiempo.

Por lo tanto, dado el caso de que la resolución de las medidas cautelares se dilate en el tiempo, estará incurriendo en los mismos defectos que están llamadas a subsanar, esto es, evitar que el paso del tiempo pueda frustrar las legítimas aspiraciones de aquellos que las invocan. Y, a riesgo de sonar pesimista, lo cierto es que la incoación de las medidas cautelares —que no la adopción de las mismas, que se retrasan más en el tiempo por pura lógica procesal— adolece de los mismos defectos que busca resolver: se tramitan por el Órgano Judicial con demasiada lentitud. Sin perjuicio de lo anterior, en aquellos casos en los que la tutela cautelar se solicite respecto de los supuestos contenidos en los apartados a) y c) del art. 50 ET, sí que pueden ser una verdadera solución al conflicto generado,

[661] Algunos ejemplos de los meritados salarios de inactividad son citados en TODOLÍ SIGNES, Adrián. *Salario y productividad. Un análisis jurídico-económico de los complementos salariales variables vinculados a la productividad y a los resultados de la empresa.* 1.ª Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016, p. 233. ISBN 978-84-9119-368-5.

[662] FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio. "Los "salarios de inactividad" fundamentos y régimen jurídico". *Revista del Trabajo y Seguridad Social*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2001, 224, p. 110. ISSN 2792-8314.

pues si el pago no es un hecho conflictivo, se hará efectivo salvo voluntad deliberadamente incumplidora del empresario[663].

En relación con el contenido de la resolución judicial en forma de auto que acuerde la concesión de las medidas cautelares, cabe hacer una breve reflexión sobre su alcance y contenido. En primer lugar, habrá que determinar cuál es el mandato exacto contenido por parte del juzgador, pues no es lo mismo otorgar una exención de prestación de servicios complementada con un mantenimiento del deber empresarial de cotizar y de abonar los salarios a que solamente contenga la exención. Desde el punto de vista del trabajador, evidentemente solicitará que se mantenga la obligación empresarial y, para dotar de un verdadero contenido protector a la medida, así debería ser. Sin embargo, cabe la posibilidad de que una empresa de pequeño tamaño pueda ser incapaz de asumir el coste de dos trabajadores —aquel solicitante de medidas cautelares y el que deba incorporarse para sustituirle—, y ello pueda implicar condenar a la bancarrota y por ende a la quiebra empresarial[664].

No obstante, llegados a este punto podría surgir la pregunta de por qué debe tutelarse al supuesto incumplidor. Nuestro razonamiento pasa por ser conscientes de la fase procesal en la que nos encontramos. No podemos obviar que nos encontramos ante una tutela cautelar y que en esta fase del proceso podrá haber, como mucho, una apariencia de buen derecho, pero aún no ha habido una valoración contradictoria de la prueba como para condenar a la quiebra económica a la empresa. La problemática respecto a este punto reside en el hecho de que el auto que acuerde o deniegue las medidas cautelares no podrá ser recurrido en suplicación en virtud de lo dispuesto en el art. 191 LRJS, pues no se recoge expresamente. Esto veda la posibilidad de remediar aquellas decisiones judiciales en sede cautelar que puedan contener errores de significación (*errare humanum est)*[665]. El hecho de que dicha circunstancia venga regulada de manera expresa en la LRJS impide que pueda aplicarse supletoriamente el art. 736 LEC que sí permite recurso de apelación

[663] Imagínese que nos encontramos ante un supuesto en el cual se ha producido una degradación profesional que supone un menoscabo patrimonial del trabajador y además afecta a la esfera directa de su dignidad por cuanto le sitúa en una posición en la cual recibe órdenes de aquellos sobre los que, con anterioridad, ocupaba una posición superior en términos jerárquicos.

[664] A modo ejemplificativo, si acudimos al Texto Refundido de la Ley Concursal, cuerpo normativo por excelencia en términos de quiebras, en su art. 489.2, encontramos con que incluso cabe la posibilidad de no exonerar total o parcialmente a un deudor de buena fe cuando ello implique, o pueda implicar, la insolvencia del acreedor.

[665] Como se recoge en MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús. "La tutela cautelar en la jurisdicción social". *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Madrid: Thompson Reuters Aranzadi, 2017, 194, p.32. ISSN 2444-3476, resulta curioso que esté absolutamente vedada la posibilidad de revisión en sede de suplicación y, paradójicamente, pueda pasarse de una primera instancia como el Juzgado de lo Social al intérprete máximo de la Constitución Española ex art. 44 LOTC.

frente al auto que deniegue las medidas cautelares, aunque no parece solvente sostener una similitud entre un recurso de apelación y uno de suplicación habida cuenta del carácter extraordinario de este último.

En segundo lugar, encontramos la problemática relativa a la prestación por desempleo, ya que el art. 303.3 LRJS, cuando regula la posibilidad de que una resolución favorable para el trabajador, en el marco de un proceso de extinción indemnizada por voluntad del trabajador, sea recurrida por el empresario, aquel se encuentre en situación legal de desempleo. Sin embargo, esta posibilidad no viene recogida entre las medidas cautelares del art. 79.7 LRJS, por lo tanto, cabe preguntarse si el juzgador puede incluir el derecho del trabajador a percibir la prestación por desempleo mientras subsista la vigencia de las medidas cautelares. Nuestra opinión es claramente negativa, por la sencilla razón de que si el legislador así hubiera querido que ocurriese, lo hubiera reflejado claramente en el citado art. 79.7 LRJS y dicha cuestión no aparece en el tenor literal de la norma, cosa que sí hace en el 303.3 LRJS, por lo tanto, como diría el proverbio latino: *Roma locuta, causa finita.*

Además, si atendemos a la literalidad del precepto que regula la situación legal de desempleo (el art. 267 TRLGSS), encontramos que en ningún momento se recoge dicha posibilidad en materia cautelar, sino únicamente tras la resolución judicial ex art. 50 ET. Seguramente se sostendrán opiniones en sentido contrario so pretexto de interpretaciones sistemáticas, teleológicas o expansivas, que contribuirán a enriquecer el debate pero que deberán lidiar con el hecho de que ambas situaciones distan por un aspecto nada desdeñable. La diferencia entre la situación regulada en el art. 79.7 LRJS y el 303.3 del mismo cuerpo legal reside en que a la concesión de la situación legal de desempleo la precede ya un pronunciamiento judicial sobre el fondo, lo cual por sí solo no es poco, pero en una jurisdicción de instancia única como la Social, cobra una importancia mayúscula.

4. Aspectos procesales de interés

4.1. Interacción entre acción de despido y pretensión extintiva

Sobre la interacción entre extinción del contrato de trabajo y despido ya nos hemos detenido en apartados anteriores, pero recordamos que conforme al art. 32.1 LRJS, cuando el trabajador formule por separado demandas por alguna de las causas previstas en el artículo 50 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y por despido, la demanda que se promueva posteriormente se acumulará con la primera de

oficio o a petición de cualquiera de las partes, debiendo debatirse todas las cuestiones en un solo juicio. Debe resaltarse que, para cumplir el requisito necesario relativo a la pervivencia de la relación laboral, es preciso que el despido sea impugnado y el trabajador no se aquiete al mismo pues, de lo contrario, la pretensión extintiva quedará abocada al fracaso[666].

4.2. Acumulación de acciones: vulneración de derechos fundamentales y acceso al recurso de suplicación

Respecto a la acumulación de una vulneración de derechos fundamentales, hay que traer a colación el art. 184 LRJS, que recoge la obligación de que aquellas demandas que se tramiten en materia de despido, extinción contractual y otros[667] en las que se invoque lesión de derechos fundamentales, se sustancien conforme a la modalidad procesal relativa a la cuestión en sí y no por la vía del Capítulo XI sobre sobre la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas. Sin embargo, resulta interesante determinar si la sentencia de suplicación debe pronunciarse sobre las cuestiones de legalidad ordinaria, que en nuestra normativa tienen vedado el acceso al recurso de suplicación conforme al art. 191.2 LRJS, cuando se haya desestimado en instancia la pretendida vulneración de derechos fundamentales.

La doctrina jurisprudencial de la Sala IV, apoyada en diversas sentencias del Tribunal Constitucional, ha declarado que no procede otorgar un acceso a suplicación a aquellas materias de legalidad ordinaria que tengan acumuladas una pretendida vulneración de derechos fundamentales cuando esta sea desestimada, pues el legislador ha excluido específicamente tal posibilidad —es decir, se podrá combatir por vía de recurso lo relativo a la vulneración de derechos fundamentales, pero ese será el ámbito de cognición limitado de la sala[668]—. Cuestión distinta serán aquellas materias contenidas en el art. 191.3 LRJS que tengan, de manera autónoma, vía libre para acceder a suplicación, como es el caso de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador; en este contexto, no habrá óbice para replantear la cuestión ante la sala, pero será porque el legislador así lo explicitó

[666] Vid STSJ Granada 819/2023, de 26 de abril (Rec. 1726/2022).

[667] Los procesos que se recogen en dicho artículo son: i) modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, ii) vacaciones, iii) materia electoral, iv) impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, v) movilidad geográfica, vi) conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el artículo 139, vii) impugnación de convenios colectivos, viii) sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores.

[668] Vid. STS 3879/2022, de 19 de octubre (Rec. 1363/2019), en la que se resuelve la cuestión planteada con cita de doctrina jurisprudencial tan relevante como la contenida en la STC 42/2017, de 27 de mayo, en la que se discute la inadmisión del recurso de suplicación basada en una interpretación de la ley procesal que reduce las garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales.

en el apartado a) del citado artículo, y no por la vía *fraudulenta* de incluir una pretensión de derechos humanos para abrir una puerta cerrada por el legislador.

4.3. Extinción indemnizada, litispendencia y cosa juzgada

La extinción indemnizada del art. 50.1 del ET despliega sus efectos sobre el contrato de trabajo, lo que significa que únicamente podrá invocarse dicha institución en el marco de una relación laboral y no frente a contratos mercantiles de arrendamiento de servicios. Sin embargo, la línea divisoria entre el contrato de trabajo y otros vínculos de carácter civil o mercantil no son del todo claros: es un terreno difuso donde se deberá atender a las particularidades de cada caso, con plena observancia de la notas de ajenidad, retribución y dependencia para determinar su encaje en una u otra regulación jurídica[669]. En general, los límites poco claros suelen ser una fuente de conflictividad en el marco de las relaciones laborales, por ello, es habitual encontrar disparidad de criterios entre la subjetiva visión de la empresa, que suele apreciar claramente las notas civiles o mercantiles en sus prestaciones de servicios con terceros, y el criterio de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que, en ejercicio de sus potestades administrativas, está facultada para declarar la existencia de relación laboral en sus actas de infracción o liquidación.

En consecuencia, encontramos situaciones jurídicas que pueden tener un efecto directo sobre las relaciones laborales y en las que se puede ver afectada la institución resolutoria del art. 50.1. ET. Como ejemplo, tenemos aquellos contextos en los que se produce un impago de salarios continuado, que es judicializado por la vía del art. 50 ET, derivado de una relación laboral considerada de oficio por la ITSS y que, previamente a la demanda resolutoria, ha sido recurrida por la empresa ante la jurisdicción social. La problemática es clara: si el fallo judicial resulta favorable a la empresa, se anulará el acta al efecto y la relación considerada laboral volverá al ámbito mercantil, quedando sin objeto el ulterior procedimiento judicial resolutorio iniciado por el trabajador para extinguir su relación laboral a consecuencia de la gravedad de los incumplimientos. Por otro lado, de ser confirmada y adquirir firmeza, la relación quedará definitivamente calificada como laboral y la resolución judicial firme tendrá efectos de cosa juzgada.

[669] Vid. STS 5118/2014, de 03 de noviembre (Rec. 739/2013) cuando, específicamente, la Sala IV señala: «[…] y ello es así, porque en el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un "precio" o remuneración de los servicios, en tanto que el contrato de trabajo es una especie del género anterior, consistente en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo, pero en este caso dependiente, por cuenta ajena y a cambio de retribución garantizada».

Cabe preguntarse si no resulta conveniente esperar a la resolución del primer pleito sobre la existencia —o no— de relación laboral y, en caso de confirmarse, entonces sí extinguir la relación laboral consolidada. O dicho de otro modo, la posibilidad de invocar la excepción de litispendencia frente al juzgado que conozca de la resolución contractual en favor del juzgado que está resolviendo sobre la existencia o no de laboralidad. Dicha posibilidad ha sido descartada por la Sala IV del Tribunal Supremo sobre la base de que, para que pueda operar la institución de la litispendencia, es necesario que concurra una triple identidad en sede subjetiva, objetiva y causal. En este caso no concurre, pues puede que exista identidad entre alguno de los aspectos, pero no de todos, y ello deriva indefectiblemente a que únicamente pueda instarse la acumulación, pero no la litispendencia[670].

En apoyo de lo anterior, cabe traer a colación la reciente sentencia dictada por la Sala IV en unificación de doctrina que aborda un supuesto y señala que: «la existencia o inexistencia de relación laboral, [como] elemento de conexión, que sería susceptible de determinar un efecto positivo de cosa juzgada de la sentencia dictada en el primer pleito sobre la del segundo, no reúne las exigencias necesarias para apreciar la identidad propia de la litispendencia, pues esta requiere la completa identidad, no la parcial propia del efecto positivo, que exige sólo la identidad subjetiva y la actuación del pronunciamiento de una sentencia como un "antecedente lógico" de la otra»[671]. Viene siendo una constante jurisprudencial el que la pendencia de un procedimiento sobre la laboralidad o no de la relación de la persona trabajadora con la empresa a instancias de la ITSS no suspenda el curso de una pretensión extintiva iniciada por el trabajador con posterioridad a la misma, en base a alguna de las causas previstas en el art. 50.1 ET.

5. Breve análisis sobre las indemnización resarcitoria del art. 50.2 ET

5.1. Introducción y fundamento constitucional

El art. 50.2 del Estatuto de los Trabajadores nos señala cuáles serán las consecuencias para el empresario derivadas de la comisión de alguna de las conductas recogidas en el apartado primero del meritado artículo en caso de denuncia por parte del trabajador. Es

[670] Vid. STS 3194/2016, de 10 de mayo (Rec. 49/2015), que compendia la doctrina jurisprudencial relativa a la litispendencia.

[671] Vid. STS 344/2024, de 23 de mayo (Rec. 3716/2020), cuando casa la STSJ Castilla La Mancha 1836/2020, de 17 de julio (Rec. 304/2020), que declaró la nulidad de la sentencia de instancia que había acordado la extinción del contrato de trabajo merced de la existencia de una litispendencia, al haberse iniciado un procedimiento anterior en el que se discutía la existencia de laboralidad declarada de oficio por parte de la ITSS.

cierto que la dicción literal de la norma no reviste gran complejidad, pues se limita a remitirse a la indemnización[672] fijada para el despido improcedente regulada en el art. 56 del mismo cuerpo legal.

Sin embargo, es suficiente para cumplir su función como ariete modulador de la voluntad empresarial, recordando que la consumación de un hecho prohibido por la norma, lleva aparejado, de manera ineludible, una sanción pecuniaria. O, como diría el filósofo alemán Von Feuerbach a la hora de explicar su teoría de la coacción psicológica: «[…] que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho»[673].

La indemnización por despido tiene un carácter eminentemente legal y ello se deriva del mandato contenido en el art. 35.2 CE cuando señala que será la ley la que regulará un Estatuto de los Trabajadores. La Sala IV del Tribunal Supremo viene sosteniendo, desde antaño, su carácter tasado y resarcitorio debido a la pérdida de empleo, incidiendo claramente en que no se le puede atribuir el valor de restitución en integridad, toda vez que se trata de una compensación, como decimos, tasada y previamente fijada por la ley, no siendo posible aplicarle criterios civiles de cuantificación del daño, así como tampoco la necesidad de probanza de los daños y perjuicios irrogados[674]

Como cualquier otra normativa con rango legal, no ha sido ajena a las modificaciones que se han producido durante el transcurso de los años, siendo de vital importancia la operada por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral que modificó su importe rebajándola de 45 días de salario por año de servicio, con un máximo de 42 mensualidades, a 33 días de salario por año de servicio, con un máximo de 720 días. Como podemos comprobar, cualquier modificación normativa que afecte a la indemnización por despido afectará de manera directa al ámbito de la extinción indemnizada, pues al producirse una remisión completa, todo lo que modifique a aquella tendrá un influencia directa en ésta.

---

[672] La palabra "indemnización" proviene del latín indemnitas, que a su vez deriva de indemnis, compuesto por el prefijo in- (que significa "no") y damnum (que significa "daño" o "perjuicio"). Por lo tanto, el término originalmente hacía referencia a la ausencia de daño o perjuicio. Con el tiempo, "indemnización" pasó a referirse a la compensación o resarcimiento que se otorga a una persona por un daño, pérdida o perjuicio sufrido.

[673] Johann Paul Anselm Von Feuerbach fue un destacado jurista alemán del siglo XIX, conocido principalmente por su contribución al desarrollo del derecho penal moderno. Nació en 1775 y es famoso por su trabajo en la formulación del concepto de la teoría de la coacción psicológica —*psychologischer Zwang*—, que fue una innovación significativa en el derecho penal de su tiempo.

[674] Vid. STS 9010/1990, de 07 de diciembre.

Como viene siendo una tónica habitual, cada vez que se promulga una nueva normativa, el régimen transitorio sobre la indemnización aplicable a cada momento es una fuente de conflictos en sus inicios. Sin embargo, el legislador marcó claramente las pautas a seguir en orden a la aplicación de las mismas en su Disposición Transitoria 11ª.2 ET[675].

Al encontrarnos con una regulación normativa que era más desfavorable al trabajador, pues reducía sustancialmente el importe de la indemnización por despido y, por ende, la cuantía percibida al extinguirse su contrato por la vía del art. 50 ET, ello suscitó algunas dudas en cuanto a su constitucionalidad (art. 9.3 CE) y al encaje de la misma en relación a lo dispuesto en los arts. 2.2 y 2.3 del Código Civil.

No obstante, al tratarse de un régimen intermedio, donde los periodos trabajados en el lapso temporal previo a la norma tendrían una indemnización de 45 días de salario por año de servicio con límite de 42 mensualidades y los posteriores de 33 días de salario por año de servicios con un máximo de 24 mensualidades, se salvaba la irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales y de las sancionadoras[676].

En definitiva, es este y no otro el régimen actualmente vigente a la hora de proceder al cálculo de la indemnización relativa al art. 50.2 ET cuando parte de la relación laboral se ha prestado con anterioridad a la entrada en vigor de la norma.

5.2. Compatibilidad entre indemnización por despido y resarcitoria por vulneración de derechos fundamentales

La compatibilidad entre la indemnización por despido derivada del art. 50.2 ET y la indemnización resarcitoria derivada de la lesión de un derecho fundamental es, hoy en día, una cuestión pacífica a la vista del art. 183.3 LRJS y de la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo[677]. Esto se debe a que la indemnización equivalente al despido improcedente que regula el art. 50.2 ET resulta insuficiente en aquellos supuestos en los

[675] La cual, señalaba: «La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calculará a razón de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de treinta y tres días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los periodos de tiempo inferiores a un año».

[676] LÓPEZ BALAGUER, Mercedes. "La nueva indemnización por despido improcedente: aplicación y forma de cálculo. Auto JS Pamplona 22 de marzo de 2012". Revista Doctrinal Aranzadi Social. Madrid: Editorial Aranzadi, 2012, 8, pp. 3-4. ISSN 1889-4380.

[677] Vid. STS 344/2004, de 17 de mayo (Rec. 3764/2004), y la redacción literal de dicho artículo, que señala: «Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales».

que, además, se ha producido la vulneración de un derecho fundamental que debe ser reparado[678].

A finales de los noventa y principios de los dos mil hubo una serie de pronunciamientos contradictorios por parte de la Sala IV sobre la posibilidad de compatibilizar ambas indemnizaciones que, en resumidas cuentas, venían a sostener que la clave para su reconocimiento era la formulación del *petitum* de la demanda: si se solicitaba la indemnización del art. 50.2 ET más una reclamación genérica de daños y perjuicios con fundamento en el art. 1.101 del Código Civil, la pretensión adicional era desestimada so pretexto de que se estaría castigando dos veces el mismo hecho.

Sin embargo, si la pretensión deducida en contra de la empresa era la extinción indemnizada en la cuantía corresponde al despido improcedente conforme al art. 50.2 ET y la reparación de los daños y perjuicios derivados de la vulneración de un derecho fundamental en los términos de los arts. 181 y 182 de la LPL (vigentes en ese momento), la pretensión era viable, pues se esquivaba el obstáculo de indemnizar dos veces por el mismo hecho[679]. Este planteamiento se ha superado y en la actualidad está normalizado el fundamentar la pretensión resarcitoria en el art. 183 LRJS, no siendo necesaria la cuantificación exacta del daño moral o de los daños y perjuicios irrogados en tanto que el juzgador puede acudir, por analogía, a las sanciones impuestas por la LISOS para conductas iguales, lo que relaja las exigencias probatorias del trabajador que las alega.

5.3. Posibilidad de indemnización superior a la legalmente tasada

En nuestro ordenamiento jurídico rige un sistema indemnizatorio para el despido improcedente que se caracteriza por ser tasado, objetivo y predeterminado normativamente; es decir, que el trabajador cuyo contrato de trabajo sea extinguido, sin causa hábil, no deberá probar de manera individualizada los perjuicios que tal cese le ha provocado en su esfera a fin de que le sean indemnizados, sino que, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 56.1 del ET, así como 110.1 y 110.3 LRJS, la indemnización se encuentra previamente tasada y predeterminada en orden a su cuantificación[680].

---

[678] Tal y como de forma muy precisa se señala en LASAOSA IRIGOYEN, Elena. "*Indemnización por daños y perjuicios derivada de acoso sexual en el trabajo". Revista Doctrinal Aranzadi Social*. Madrid: Thompson Reuters Aranzadi, 2003, 18, p. 5. ISSN 889-4380.

[679] Cfr. STS 2331/1997, de 03 de abril (Rec. 3455/1996) y STS 1674/2004, de 11 de marzo (Rec. 3994/2002), en las que se mantiene la tesis de que la indemnización adicional por la vía del art. 1.101 CC es incompatible con la legalmente prevista en el art. 50.2 ET.

[680] A salvo quedan los supuestos en los que se aprecie una vulneración de derechos fundamentales, los cuales, como se ha indicado anteriormente, podrán ser resarcidos mediante una indemnización conforme a lo dispuesto en el art. 55.5 ET y 183 LRJS.

Los beneficios parecen claros; esto es, el trabajador que vea su relación laboral extinguida bien sea a través de un despido o a través de la extinción indemnizada no quedará a merced de la fortaleza de su acervo probatorio, sino que la mera constatación de la realidad fáctica llevará implícito un resarcimiento económico basado en la conjunción de salario y antigüedad con los límites legales que se recogen en la normativa legal.

En la otra cara de la moneda encontramos aquellas extinciones contractuales especialmente gravosas sobre trabajadores que, con una permanencia muy exigua en la empresa o con un salario manifiestamente reducido, les impide percibir una indemnización por despido razonable en relación a los padecimientos sufridos.

Llegados a este punto cabe preguntarse si no sería idóneo articular un mecanismo legal que posibilitara complementar la indemnización por despido improcedente en aquellos supuestos en los cuales el binomio salario/antigüedad no resulte suficiente para reparar los daños sufridos por el trabajador en base a una extinción fundamentada en un incumplimiento grave del empresario.

Por un lado encontramos la postura tradicional avalada por el Tribunal Constitucional, so pretexto de la simplificación del cálculo o de la uniformidad y predictibilidad de las decisiones judiciales al respecto que, en última instancia, contribuyen a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE)[681]. En una misma línea de principios se encuentran los pronunciamientos por parte de la Sala IV, la que además ahonda en el hecho de que los parámetros cuantificadores en materia social (objetivo, tasado y topado) son manifiestamente distintos que los establecidos para la materia civil (perjuicio real)[682].

Por otro lado cabe traer a colación una postura contraria a lo dispuesto anteriormente por parte del TSJ del País Vasco[683] quien, con apoyo en la normativa europea y en los convenios suscritos por el Estado español, así como en base a precedentes anteriores sostenidos por el TSJ de Cataluña, Navarra y Castilla y León, sostiene la posibilidad de otorgar una indemnización adicional cuando la conjunción salario/antigüedad resulte insuficiente ante situaciones manifiestamente dañinas para el trabajador[684].

[681] AATC 33/2015 y 35/2015, ambos de 17 de febrero.
[682] Vid. STS 1092/2013, de 28 de enero (Rec. 149/2012).
[683] Vid. STSJ País Vasco 75/2024, de 23 de abril (Rec. 502/2024).
[684] Cfr. STSJ Navarra 355/2021, de 24 de junio (Rec. 198/2021); STSJ Cataluña 2/2023, de 30 de enero (6219/2022); y STSJ Castilla y León 721/2021, de 01 de marzo (Rec. 103/2021) en las cuales se trata la cuestión relativa a la indemnización adicional en sentido favorable a la tesis mantenida por el TSJ del País Vasco.

Entre los argumentos en los que se basa el TSJ del País Vasco debemos destacar, a nuestro juicio, los siguientes[685]:

a) La obligación de los órganos judiciales españoles de aplicar el derecho a la protección frente al despido sin causa del art. 24 de la Carta Social Europea, que forma parte de nuestro ordenamiento interno desde su publicación en el BOE y que entró en vigor el 01 de julio de 2021.
b) La introducción por parte de la Carta Social Europea, en nuestro ordenamiento jurídico, de un renovado derecho a la protección frente al despido sin causa, máxime cuando al tratarse de una normativa internacional prevalece sobre la nacional[686].

Llegados a este punto cabe preguntarse si el razonamiento seguido por el TSJ del País Vasco puede constituir un argumento de peso susceptible de hacer replantearse a la Sala IV su tradicional doctrina sobre el carácter tasado, objetivo y topado de la indemnización por despido con base en el art. 56.1 ET. Pues bien, al respecto cabe señalar que el juicio de convencionalidad se muestra, en principio, endeble desde un inicio; ya que, para invocar la aplicación directa de un precepto supranacional por parte del Juez nacional, como se sabe, deben darse dos requisitos principalmente: (i) que la norma a aplicar sea clara y concreta y (ii) que no se remita a la legislación nacional[687].

Pues bien, del análisis del precepto en cuestión se deduce el incumplimiento de ambos requisitos; en relación al primero, la norma no es clara, ya que ventila la cuestión aludiendo a una «indemnización adecuada», lo que es manifiestamente genérico y, en segundo lugar, de una breve lectura del precepto se puede deducir que deja la cuestión en manos del legislador nacional, por lo que tampoco se cumple el segundo de los requisitos y, por ende, se confirma la primacía del art. 56.1 ET y de la postura tradicional que aboga por el carácter tasado, objetivo y topado de la indemnización por despido.

[685] A fin de ahondar sobre la cuestión, se recomienda el brillante y exhaustivo análisis contenido en CASAS BAAMONDE, María E. "Indemnización adicional por daños y perjuicios en despido sin causa y exigüidad de la indemnización legal tasada. Y sobre la aplicación directa del artículo 24 de la Carta Social Europea (revisada) y la orfandad del arbitrio judicial en la fijación de la indemnización adecuada por despido inválido". Revista de jurisprudencia laboral. Madrid: BOE, 2024, 5, pp. 01-20. ISSN 2659-787X.
[686] De conformidad con lo dispuesto en los arts. 30 y 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.
[687] Sobre el control de convencionalidad se recomienda FONDEVILA MARÓN, Manuel. "El control de convencionalidad por los jueces y tribunales españoles. A propósito de la STC 140/2018, de 20 de diciembre". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid: BOE, 2021, 2, pp. 439-458. ISSN 1138-4824.

Lo anterior nos lleva a concluir que en aquellos supuestos en los que el ejercicio de la pretensión extintiva pueda dar lugar a indemnizaciones especialmente exiguas, como en el supuesto analizado, no tendrá grandes visos de prosperabilidad la solicitud al juzgador de una indemnización adicional a la complementaria debido a dichas razones, pues el art. 50.2 ET se remite al art. 56.1 ET y las características son las que son.

Sin embargo, aunque sea en sede doctrinal, se abre un interesante debate sobre la posibilidad de modificar el art. 56.1 ET ante el reciente pronunciamiento del Comité Europeo de Derechos Sociales, en su resolución de fecha 20 de marzo de 2024, sobre la inadecuación de la indemnización por despido improcedente vigente en España en la actualidad. No obstante, dada la profundidad del asunto y de que el análisis desbordaría el objeto de este trabajo, nos abstendremos de ahondar en la cuestión.

5.4. Propuestas en términos de lege ferenda

La eficacia de la norma jurídica viene dada, en gran medida, por la consecuencia que a ella se anude; por lo que podemos sostener que una norma cuyo incumplimiento no lleva aparejado ningún tipo de sanción, o efecto patrimonial negativo para el incumplidor, no alcanzará a modular la conducta del potencial incumplidor.

Por lo tanto, parece coherente sostener que una indemnización por despido cuya cuantía sea mínima o no lo suficientemente severa como para disuadir al empresario de llevar a cabo un despido sin causa, no estará en disposición de alcanzar el fin para el que fue promulgada. Lo anterior es plenamente aplicable al marco de la extinción indemnizada, pues si un incumplimiento grave y reiterado de salarios de un trabajador que apenas lleva 6 meses en la empresa va a resultar en una cuantía económica irrisoria, casi que le conviene al empresario probar suerte e intentar que el trabajador abandone su puesto de trabajo sin derecho a indemnización; es decir, anima al incumplidor a llevar a cabo, precisamente, el efecto no buscado por la norma.

No desconocemos los pronunciamientos judiciales en torno a la naturaleza jurídica del salario que la califican como una compensación por la pérdida de empleo y no como una sanción para el empresario. Sin embargo, no sería preciso sostener que en la práctica diaria la indemnización por despido también tiene un componente coactivo o disuasorio, pues es frecuente que aquellos trabajadores con una mayor antigüedad suelan gozar de una mayor protección en atención al montante económico que supondría no llevar a cabo un despido conforme a las exigencias legales y tener que abonar la indemnización al efecto o los salarios de tramitación en caso de readmisión.

Por lo tanto, parece claro que si el art. 50 ET busca proteger al trabajador frente a incumplimientos graves del empresario y la consecuencia anudada es una indemnización ciertamente reducida cuando el trabajador lleva poco tiempo en la empresa, puede colegirse la tesis de que no se está protegiendo eficazmente frente a incumplimientos graves a los trabajadores con un recorrido profesional en la empresa menor que otros compañeros con mayor trayectoria.

En este punto de la cuestión cabe preguntarse si la solución pasa por reformar la regulación jurídica del despido improcedente en los términos propuestos por la resolución de CEDS sobre el art. 24 de la Carta Social Europea o procede articular un mecanismo indemnizatorio autónomo que cobre plena vigencia en aquellos supuestos en los que se produzca un incumplimiento grave del empresario en el marco de la extinción indemnizada. Desde nuestro punto de vista, consideramos que atendiendo a los antecedentes históricos y a la situación actual, resulta complicado que el legislador se aventure a edificar un mecanismo indemnizatorio autónomo que sustituya a la remisión al despido improcedente del art. 50.2 ET.

Por esta razón, tratando de ser pragmáticos, consideramos que sería un buen avance, un buen punto intermedio, la adaptación de la indemnización por despido a una banda indemnizatoria superior a la actual y que se acerque a la regulación existente previa a la reforma de 2012; está claro que dicha solución no ataja los problemas derivados de la escasa antigüedad en la empresa, pero sí que puede atenuar en cierto modo dicha carencia al incrementar el importe de las indemnizaciones al efecto.

En consecuencia, sostenemos la necesidad de articular un mecanismo indemnizatorio autónomo que se contenga en el apartado 2 del art. 50 ET y venga a sustituir la remisión a la indemnización por despido improcedente teniendo en cuenta las particularidades de dicha figura jurídica; padecimientos sufridos por el trabajador hasta la sentencia constitutiva que ponga fin a la relación laboral, mantenimiento de la relación laboral y cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo a pesar del incumplimiento de la contraparte, posible concurrencia de dolo en la conducta empresarial así como daños y perjuicios irrogados al trabajador y que éste pueda acreditar.

Una suerte de fórmula mixta que combine una indemnización legal tasada, objetiva y topada con una parte variable donde puedan añadirse los daños y perjuicios ocasionados al trabajador y que permitan resarcir aquellos supuestos especialmente gravosos donde la mera indemnización tasada no sea suficientemente compensatoria.

7. Valoración crítica

La vertiente procesal de la extinción indemnizada se caracteriza por tener una triple perspectiva: la vía general de pervivencia de la relación laboral; la vía legalista de cesación en la prestación de servicios con amparo en las medidas cautelares del art. 79.7 LRJS y la vía de hecho caracterizada por cesar de manera voluntaria a la espera de resolución judicial.

No compartimos la necesidad de pervivencia de la relación laboral pese a que tenga un propósito loable como es impedir que el trabajador cese de manera involuntaria creyendo tener derecho a una indemnización por la vía del art. 50 ET y que ante la desestimación judicial se entienda que ha abandonado el puesto de trabajo. Creemos que, con carácter previo a tomar esa decisión, el trabajador ha podido asesorarse en mayor o menor medida como para tener un conocimiento suficiente de la hipotética prosperabilidad de su pretensión como para asumir las consecuencias derivadas de sus acciones.

Si revisamos los países de nuestro entorno, tanto Portugal, Francia, Italia y Alemania permiten la resolución y posterior comprobación de los requisitos en sede judicial, por lo que en términos procesales el carácter constitutivo de la sentencia es una *rara avis*. Si ampliamos el análisis a los países de Iberoamérica; véase, Argentina, Brasil, Chile o Colombia, la conclusión es la misma. Tal forma de proceder se extiende incluso a EE.UU y Reino Unido, donde el sistema legal es diametralmente opuesto al nuestro, razón por la cual encontramos razones de peso para sostener la necesidad de adecuación de los requisitos procesales a las necesidades reales de los trabajadores por cuenta ajena.

En relación a las medidas cautelares, sostenemos que se trata de un avance significativo en el tratamiento de la cuestión, pues la posibilidad de percibir salarios y mantener cotizaciones en sede de justicia cautelar se erige como una respuesta contundente y temprana del ordenamiento jurídico ante conductas que sugieren la gravedad necesaria para extinguir la relación laboral. Sin embargo, el problema surge con los tiempos; pues la resolución de medidas cautelares no es todo lo ágil que debería ser y mientras tanto el trabajador sigue expuesto a una serie de riesgos psicosociales en el trabajo que pueden tener una mella irreparable en su salud.

Finalmente, la sentencia dictada en el año 2012 por la Sala IV que permite el cese unilateral en la prestación de servicios cuando las condiciones son especialmente graves y dañinas para el trabajador nuevamente reabre el debate; vaya por delante que, nuevamente, lo consideramos una solución loable y necesaria, pero el tenor literal de la

norma no permite esa posibilidad. El art. 50.1 ET permite que el trabajador «pueda solicitar», lo que es manifiestamente incompatible con que el trabajador dicte su propio derecho.

Además, reproduce el mismo defecto que la pervivencia de la relación laboral está llamada a evitar y es que la creencia de que el derecho le asiste sirva de acicate para cesar de manera voluntaria en la prestación de servicios; esto es, el mismo trabajador que no cesó de manera voluntaria porque entendió que el art. 50 ET no se lo permite, lo hará so pretexto de que una sentencia del año 2012 de la Sala IV del Tribunal Supremo avaló dicha posibilidad. Por todo ello, consideramos que la solución más adecuada pasa por modificar la norma de tal modo que se adopte un mecanismo similar al de la resolución civil; esto es, primero se resuelve y luego una sentencia declarativa por parte del Juez de lo Social valorará si la resolución es ajustada a derecho y en caso afirmativo se condenará a la empresa al abono de la indemnización equivalente al despido improcedente.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La evolución normativa en España respecto a la posibilidad de que el trabajador extinga su contrato de trabajo debido a un incumplimiento grave del empleador, tal como se establece en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, es un reflejo del desarrollo de las garantías laborales y la protección de los derechos de los trabajadores.

En las primeras etapas del derecho laboral en España, especialmente durante el siglo XIX y principios del XX, las relaciones laborales estaban marcadas por una fuerte asimetría de poder entre empleadores y trabajadores. El derecho a rescindir un contrato laboral por parte del trabajador ante incumplimientos del empleador no estaba claramente reconocido, y la protección del empleado era limitada.

Con el avance de la legislación laboral, especialmente a partir de la aprobación del Estatuto de los Trabajadores en 1980, se consolidó el derecho del trabajador a extinguir su contrato por causas imputables al empleador. El artículo 50 del ET establece de manera específica las condiciones bajo las cuales un trabajador puede solicitar la extinción del contrato de trabajo cuando el empleador incurre en incumplimientos graves, como la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario, o cualquier otra violación de las obligaciones contractuales que cause un perjuicio grave al trabajador. A lo largo de los años, la jurisprudencia ha sido clave para interpretar y ampliar el alcance de este derecho, adaptándolo a nuevas situaciones y garantizando que los trabajadores puedan acceder a una protección efectiva. La posibilidad de extinguir el contrato en estos términos ha sido fundamental para equilibrar la relación laboral, otorgando al trabajador un mecanismo de defensa frente a conductas abusivas por parte del empleador.

En las últimas décadas, la normativa ha evolucionado para abordar situaciones más complejas, como las relacionadas con el acoso laboral, la discriminación o el incumplimiento de medidas de seguridad, permitiendo que los trabajadores puedan recurrir al artículo 50 del ET en un mayor número de casos.

En conclusión, la evolución normativa sobre la extinción del contrato por parte del trabajador debido a incumplimientos graves del empleador ha sido un pilar fundamental en la protección de los derechos laborales en España. Desde su inclusión en el Estatuto de los Trabajadores, este derecho ha sido reforzado y ampliado, consolidando la posición del trabajador frente a incumplimientos contractuales que vulneren sus derechos.

SEGUNDA.- La distinción entre la resolución del contrato por voluntad del trabajador fundada en un incumplimiento grave del empresario, la dimisión voluntaria, la rescisión del contrato de trabajo por la vía de las MSCT y el abandono del puesto de trabajo se basa en varias similitudes y diferencias clave que afectan tanto a la naturaleza de cada figura como a las consecuencias legales que se derivan.

En términos de similitudes, todas estas figuras representan modos en los que la relación laboral puede finalizar a iniciativa del trabajador, con o sin intervención del empleador. Sin embargo, las diferencias son notables en cuanto a los motivos que las fundamentan, los procedimientos a seguir y las consecuencias para el trabajador:

La resolución del contrato según el artículo 50 del ET se distingue por requerir un incumplimiento grave del empresario, como el impago de salarios o la vulneración de derechos fundamentales. Es una medida protectora que necesita la intervención judicial, y si se declara procedente, otorga al trabajador una indemnización equivalente a la del despido improcedente. En contraste, la dimisión voluntaria se diferencia porque es un acto unilateral del trabajador que no requiere justificación del incumplimiento por parte del empresario. El trabajador simplemente comunica su decisión de terminar la relación laboral aunque, generalmente, con un preaviso.

La rescisión del contrato, por su parte, puede darse por mutuo acuerdo entre el trabajador y el empleador o por causas objetivas establecidas en la ley, como razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. El abandono del puesto de trabajo, aunque también implica la finalización de la relación laboral por decisión del trabajador, se diferencia claramente en que no sigue un procedimiento formal ni preaviso. Es una actuación unilateral y abrupta, que generalmente se interpreta como una dimisión tácita. Como en la dimisión voluntaria, el trabajador no tiene derecho a indemnización, y el abandono puede tener consecuencias negativas adicionales, además de las disciplinarias, como es la pérdida de derecho a prestaciones por desempleo.

En conclusión, mientras todas estas figuras implican la terminación de la relación laboral por decisión del trabajador, la resolución del contrato por incumplimiento grave del empresario destaca por su protección económica al trabajador y su justificación en la falta del empleador, contrastando con la dimisión voluntaria, la rescisión del contrato por mutuo acuerdo y el abandono del puesto, donde la iniciativa del trabajador no conlleva las mismas garantías indemnizatorias.

TERCERA.- Analizada la institución jurídica de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, fundada en un incumplimiento grave del empresario, se observa que en los sistemas legales del derecho anglosajón (EE.UU. y Reino Unido), en los países de nuestro entorno (Italia, Francia, Alemania, Portugal), así como en el derecho iberoamericano (Argentina, Brasil, Colombia y Chile), existe un consenso en cuanto a la posibilidad de que el trabajador pueda resolver unilateralmente el contrato de trabajo en caso de incumplimientos graves por parte del empleador. En todos estos ordenamientos, una vez que el trabajador toma esta decisión, la controversia puede ser sometida a revisión judicial, y, si se confirma la procedencia de la resolución, se ordena el pago de las correspondientes indemnizaciones.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico español presenta una particularidad distintiva: en lugar de permitir que la relación laboral se extinga inmediatamente tras la decisión unilateral del trabajador, se exige la pervivencia de la relación laboral hasta que un tribunal declare procedente la resolución del contrato. Esta singularidad implica que el trabajador, aun habiendo manifestado su voluntad de extinguir el contrato por incumplimiento grave del empresario, debe continuar vinculado formalmente al contrato hasta que se obtenga la resolución judicial que confirme la legalidad de su acción y determine las indemnizaciones correspondientes.

Esta característica distingue al derecho laboral español, propugnando un mayor grado de formalismo y protección judicial en comparación con los demás sistemas mencionados. Sin embargo, lejos de contribuir a la protección del trabajador, le expone a una serie de riesgos inherentes a su puesto de trabajo lo que agrava los padecimientos ya sufridos hasta la interposición de la medida extintiva.

Es cierto que en determinados contextos, cuando las situaciones son extremadamente graves, se permite la resolución unilateral, pero, al tratarse de una excepción, proporciona grandes dosis de inseguridad jurídica que contribuyen a la creación de un entorno hostil y desagradable en el iter judicial del trabajador. La intención del legislador de atajar este problema por la vía de las medidas cautelares supone un acortamiento de la agonía en el caso de que se estimen, pero no arranca el problema de raíz, pues la resolución de las medidas cautelares, según la carga de trabajo del Juzgado —y ésta no suele ser liviana debido a la falta de medios acuciante que sufren— dificulta enormemente la posibilidad de erradicar el problema.

Por su parte, por la vía impulsada en el año 2012 por parte de la Sala IV del Tribunal Supremo, permitió que de manera excepcional y cuando concurran determinadas circunstancias que hagan verdaderamente insostenible la prestación de servicios, el trabajador pueda unilateralmente cesar en la prestación de servicios, aunque ello suponga el riesgo de que, en caso de que se vea desestimada su pretensión, se asimile dicho cese al de una baja voluntaria.

CUARTA.- En el marco de la extinción indemnizada del contrato de trabajo según el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, es fundamental que el incumplimiento del empresario recaiga sobre un aspecto principal de la relación laboral, y que dicho incumplimiento tenga la suficiente gravedad e intensidad para justificar la extinción del contrato.

En cuanto a la culpabilidad, la evolución doctrinal y jurisprudencial ha superado las tesis iniciales que consideraban relevante la culpabilidad del empresario. Actualmente, predomina una tesis objetiva, centrada en la concurrencia de un triple criterio: objetivo, cuantitativo y temporal. Esto significa que lo determinante no es la intención o la culpa del empresario, sino que el incumplimiento sea objetivamente grave (criterio objetivo), que tenga un impacto considerable en la relación laboral (criterio cuantitativo), y que se mantenga en el tiempo de manera suficiente (criterio temporal) para que se considere justificada la extinción del contrato. Así, lo imprescindible es que el incumplimiento sea de tal magnitud que torne inviable la subsistencia de la relación laboral, sin necesidad de demostrar la culpabilidad subjetiva del empresario.

Complementando la conclusión anterior, cabe destacar que la excepción que confirma la regla sobre la extinción indemnizada del contrato de trabajo se encuentra en el ámbito concursal. En este contexto, cuando las extinciones se acuerdan en sede concursal, los trabajadores no perciben la indemnización ordinaria de 33 días por año trabajado, como ocurre en las extinciones derivadas de un incumplimiento grave del empresario bajo el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores. En su lugar, la indemnización se calcula conforme a las reglas del despido objetivo por causas económicas, fijándose en 20 días por año trabajado con un máximo de 12 mensualidades.

Esta excepción refleja la especial naturaleza del procedimiento concursal, donde las decisiones de extinción se fundamentan en la viabilidad económica de la empresa y no en el incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del empresario, ajustándose así a criterios de protección del empleo dentro del marco de la insolvencia empresarial.

QUINTA.- El análisis de las diversas situaciones que pueden activar el mecanismo de extinción indemnizada según el artículo 50.1.a) del Estatuto de los Trabajadores revela la necesidad de una evaluación cuidadosa de cada caso concreto. Este recurso puede ser utilizado cuando se produce una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que redunde en un perjuicio de la dignidad del trabajador.

La pérdida de confianza en un trabajador que ocupa un puesto basado en esta cualidad no constituye per se una modificación sustancial de las condiciones de trabajo (MSCT), a menos que se la degradación se produzca en el puesto originario que pasa a ocupar tras la cesación en el cargo de confianza. Asimismo, la inactividad impuesta al trabajador, puede ser encuadrada como una MSCT; esto incluye casos donde se produce vaciamiento de funciones del trabajador, afectando gravemente la percepción de sí mismo y de su posición social y profesional frente a terceros, especialmente sobre aquellos que, con anterioridad, eran sus subordinados.

La reducción unilateral de la remuneración o la eliminación de beneficios establecidos, como parte del sistema retributivo del trabajador, puede constituir una MSCT. La jurisprudencia sostiene que, cuando estas modificaciones afectan la dignidad o la estabilidad económica del trabajador, podrían justificar la extinción indemnizada. De igual modo, la movilidad funcional que degrade al trabajador a un puesto inferior, humillándolo o afectando su dignidad, es considerada una MSCT. Es especialmente relevante cuando la modificación se hace sin respetar lo dispuesto en el ET, vulnerando así los derechos fundamentales del trabajador.

Cambios en el horario de trabajo que interfieren significativamente con la vida personal del trabajador pueden ser susceptibles de fundamentar el recurso a la dimisión provocada. No obstante, debe demostrarse que el cambio es más que una simple incomodidad personal y que supone un ataque frontal a la conciliación familiar y laboral. La legislación reciente establece que la modificación de las condiciones del trabajo a distancia, incluyendo la obligación de retornar al trabajo presencial sin acuerdo, puede considerarse una MSCT. Este tipo de modificación puede activar el mecanismo extintivo si se demuestra un perjuicio en la dignidad del trabajador.

En conclusión, la activación del mecanismo de extinción indemnizada requiere una confluencia de factores, siendo crucial la existencia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que impacte negativamente en la dignidad o la estabilidad económica del trabajador. La jurisprudencia ha desarrollado criterios claros para

identificar estas situaciones, enfatizando siempre la importancia de preservar la dignidad y los derechos fundamentales en el ámbito laboral.

SEXTA.- La pretensión extintiva basada en el artículo 50 del ET, que permite al trabajador solicitar la extinción del contrato con derecho a indemnización por incumplimiento grave del empresario, puede verse frustrada por diversas causas que eximen de responsabilidad a la empresa. El artículo 50.1.b) del ET se refiere específicamente al impago o retraso en el abono del salario. Cualquier deuda que no tenga carácter salarial, como las indemnizaciones, dietas, suplidos, o cualquier otro concepto extrasalarial, no puede fundamentar la pretensión extintiva. Esta distinción excluye automáticamente estas partidas del ámbito de aplicación del artículo 50, limitando la capacidad del trabajador para invocar la extinción indemnizada.

Si existe un acuerdo, ya sea individual o colectivo, que posponga el vencimiento de la deuda salarial, la exigibilidad del pago queda diferida, lo que impide considerar la deuda como vencida y exigible. Esto, a su vez, invalida la posibilidad de recurrir a la acción extintiva, dado que no se cumple el requisito de incumplimiento del empresario en los términos establecidos por la ley. Cuando la deuda salarial es controvertida, es decir, cuando no está claramente determinada o es objeto de disputa legítima, la pretensión extintiva se debilita. El trabajador debe primero hacer valer su derecho a través de un procedimiento declarativo para establecer la existencia y cuantía de la deuda antes de recurrir al mecanismo extintivo. Esta necesidad de un juicio previo sobre la deuda implica que no puede prosperar una acción extintiva sin haber resuelto previamente la controversia sobre el importe debido. La pretensión extintiva tampoco puede prosperar si el impago es atribuible al trabajador, ya sea por negarse a recibir el salario o por cualquier otro acto que impida su cobro. En estos casos, la doctrina de los actos propios y la jurisprudencia consolidada impiden que el trabajador alegue incumplimiento empresarial cuando él mismo ha sido la causa del impago.

La jurisprudencia ha rechazado la tesis de que la tolerancia del trabajador frente a impagos o retrasos salariales por un período prolongado pueda interpretarse como una aceptación tácita que enerve su derecho a la extinción indemnizada. En conclusión, para que la pretensión extintiva basada en el artículo 50 ET sea viable, es fundamental que el impago o retraso en el abono del salario sea real, actual y no controvertido, sin la existencia de acuerdos que difieran su exigibilidad o situaciones imputables al propio trabajador. La tolerancia del trabajador no necesariamente impide la extinción, pero la falta de acción frente a incumplimientos graves puede complicar el éxito de la demanda.

SÉPTIMA.- El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores constituye un mecanismo fundamental para proteger los derechos laborales cuando el empresario incurre en un incumplimiento grave, especialmente cuando éste afecta a derechos fundamentales tales como discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, edad, discapacidad, orientación sexual, identidad de género, o cualquier otra condición personal o social. Estas formas de discriminación atentan contra la dignidad del trabajador y vulneran derechos fundamentales protegidos tanto por la Constitución Española como por normativa internacional.

La conexión entre el artículo 50 ET y los derechos fundamentales es directa y robusta. Cuando un empresario incurre en conductas discriminatorias, ya sea por acción directa o por omisión de medidas necesarias para evitar la discriminación, se configura un incumplimiento grave. Esto permite al trabajador no solo solicitar la extinción del contrato con derecho a indemnización, sino también reclamar daños y perjuicios por la vulneración de sus derechos fundamentales, en virtud del artículo 183.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. No basta con extinguir la relación laboral; es fundamental asegurar que el trabajador reciba una indemnización adecuada que repare el daño moral y material sufrido. La jurisprudencia ha reiterado la importancia de acumular la acción extintiva con la de indemnización por daños y perjuicios en casos donde se acrediten vulneraciones a derechos fundamentales.

En conclusión, la extinción indemnizada bajo el artículo 50 ET es un mecanismo crucial para proteger a los trabajadores frente a incumplimientos graves que vulneran derechos fundamentales. La acumulación de esta acción con reclamaciones por daños y perjuicios asegura una reparación integral, promoviendo un entorno laboral más justo y respetuoso con los derechos de todos los trabajadores.

OCTAVA.- La aplicación de ERTEs durante la pandemia del COVID-19 generó situaciones complejas, donde la ocupación efectiva de los trabajadores se vio comprometida. Algunos Tribunales Superiores de Justicia han reconocido la extinción indemnizada en casos donde la falta de ocupación efectiva derivada de un ERTE no aprobado causó un perjuicio significativo a los trabajadores. Estos precedentes subrayan la importancia de garantizar la efectividad de la ocupación y el respeto a las condiciones pactadas so pena de poder ver extinguidas las relaciones laborales por parte de los trabajadores con las consecuencias derivadas del tenor literal del art. 50.2 ET.

El acoso, en su vertiente laboral, sexual o ambas a la vez y la falta de alta o cotización a la Seguridad Social, son situaciones que, como no podría ser de otra forma, son susceptibles de activar la extinción indemnizada. El empresario es responsable no solo por las conductas directas de acoso, sino también por no tomar medidas preventivas adecuadas para evitar dichas situaciones. La falta de alta y cotización, que impide al trabajador acceder a sus derechos de Seguridad Social, también constituye un incumplimiento grave que justifica la extinción del contrato.

NOVENA.- El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores permite al trabajador solicitar la extinción del contrato con derecho a indemnización cuando el empresario incurre en incumplimientos graves de sus obligaciones. Sin embargo, la viabilidad de esta pretensión extintiva está condicionada por ciertos elementos jurídicos clave, como la culpabilidad del empresario y la posible existencia de fuerza mayor.

En principio, el art. 50.1 ET no requiere que el incumplimiento empresarial sea culpable, lo que implica que el trabajador puede solicitar la extinción aun cuando el empresario no haya actuado con dolo o negligencia. La fuerza mayor actúa como una eximente que libera al empresario de las consecuencias jurídicas que normalmente se derivarían de un incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales. La fuerza mayor implica la existencia de circunstancias imprevisibles e inevitables que impiden la continuidad de la relación laboral de manera irreversible. En estos casos, aunque concurra un incumplimiento grave, el empresario no será considerado responsable, y el trabajador no podrá optar a la extinción indemnizada.

Es fundamental distinguir entre la fuerza mayor y el caso fortuito, conceptos que, aunque similares, tienen implicaciones distintas en el ámbito laboral. La fuerza mayor se refiere a eventos completamente ajenos al control del empresario, mientras que el caso fortuito puede involucrar eventos imprevisibles pero dentro de la esfera de riesgo del empresario. Solo la fuerza mayor stricto sensu exime al empresario de responsabilidad, mientras que los casos fortuitos no liberan al empresario de las obligaciones derivadas del contrato, permitiendo al trabajador recurrir a la extinción indemnizada.

En conclusión, la extinción del contrato bajo el art. 50 ET depende de la existencia de un incumplimiento grave, pero la culpabilidad del empresario y la presencia de fuerza mayor son factores determinantes para evaluar la viabilidad de la extinción indemnizada. La correcta identificación de estos elementos es esencial para proteger los derechos de los trabajadores mientras se salvaguarda la justicia en la relación laboral.

DÉCIMA.- La extinción indemnizada del contrato de trabajo bajo el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores plantea desafíos procesales y doctrinales significativos, particularmente en relación con la posibilidad de que el trabajador cese unilateralmente su prestación laboral antes de la resolución judicial.

La doctrina se divide entre quienes apoyan la capacidad del trabajador para extinguir la relación de manera extrajudicial y aquellos que insisten en que la extinción solo puede ser declarada judicialmente. El texto del artículo 50 ET, que utiliza el término "solicitar", sugiere que la facultad de extinguir el contrato recae en el juez, no en el trabajador. Esto implica que el trabajador debe mantener la relación laboral hasta que una sentencia firme declare la extinción del contrato, lo que evita que su cese se considere una dimisión o abandono del puesto.

El mantenimiento de la relación laboral es, por tanto, un requisito indispensable para la viabilidad de la acción extintiva. Este requisito asegura que la sentencia tenga carácter constitutivo, es decir, que solo tras la declaración judicial se considere extinguida la relación laboral con derecho a indemnización. La falta de pervivencia de la relación laboral en el momento del fallo judicial puede llevar a la desestimación de la pretensión del trabajador, exponiéndolo a las consecuencias de un cese considerado como voluntario.

La jurisprudencia ha reconocido excepciones en casos donde el mantenimiento de la relación laboral resultaría gravemente perjudicial para el trabajador, como en situaciones de acoso laboral o impago de salarios. Sin embargo, estas excepciones son limitadas y deben estar claramente justificadas. En estos casos, el trabajador podría solicitar medidas cautelares, como la exención de la prestación de servicios con mantenimiento del salario, para evitar perjuicios mayores mientras se resuelve el procedimiento principal.

En conclusión, aunque existen mecanismos que permiten cierta flexibilidad, como las medidas cautelares, la vía general exige que el trabajador mantenga su relación laboral hasta que se obtenga una resolución judicial que declare la extinción indemnizada del contrato. Esto protege al trabajador frente a posibles abusos, pero también subraya la necesidad de un proceso judicial ágil para la resolución efectiva de este tipo de conflictos laborales.

UNDÉCIMA.- Las interacciones entre la acción de despido y la pretensión extintiva bajo el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores plantean importantes consideraciones procesales. En primer lugar, es esencial que el trabajador, al interponer una demanda por despido y otra por extinción del contrato, asegure la acumulación de ambas demandas

conforme al artículo 32.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). Esto garantiza que todas las cuestiones se resuelvan en un solo juicio, evitando la posibilidad de que la pretensión extintiva fracase debido a la falta de pervivencia de la relación laboral.

La acumulación de acciones, especialmente cuando se alega una vulneración de derechos fundamentales, se regula en el artículo 184 LRJS. Este artículo establece que las demandas que impliquen tanto la extinción contractual como la protección de derechos fundamentales deben sustanciarse bajo la modalidad procesal específica para la cuestión principal, con independencia de las especialidades anejas al objeto constitucional, no por la vía general de la tutela de derechos fundamentales. Es crucial entender que, si en instancia se desestima la vulneración de derechos fundamentales, solo podrá recurrirse en suplicación respecto a esa cuestión, sin extender el recurso a otras materias de legalidad ordinaria no permitidas por el artículo 191.2 LRJS.

En cuanto a la interacción entre la extinción indemnizada y figuras como la litispendencia y la cosa juzgada, es fundamental que la relación laboral exista y sea reconocida como tal para que la extinción proceda. En casos donde se disputa la naturaleza laboral de la relación, cualquier fallo judicial que confirme o niegue esta relación puede afectar significativamente el proceso de extinción. No obstante, la litispendencia solo se aplica cuando existe una triple identidad entre los sujetos, el objeto y la causa, lo que en la práctica es raro, lo que hace más factible la acumulación de procedimientos que la aplicación de la litispendencia.

Finalmente, la compatibilidad entre la indemnización por despido y la resarcitoria por vulneración de derechos fundamentales es una cuestión pacífica en la actualidad. Según el artículo 183.3 LRJS y la jurisprudencia, ambas indemnizaciones son compatibles ya que la indemnización por despido no cubre la reparación de los daños derivados de la violación de derechos fundamentales, la cual debe ser adicional. Esta interpretación es extensiva a la resolución causal del art. 50 ET, asegura una protección efectiva del trabajador, al permitirle recibir una indemnización justa tanto por la resolución contractual como por los daños adicionales sufridos debido a la vulneración de sus derechos fundamentales. Estas conclusiones subrayan la importancia de comprender las complejidades procesales y doctrinales que rodean la extinción indemnizada bajo el artículo 50 ET, especialmente cuando se conectan con cuestiones de derechos fundamentales y procedimientos judiciales relacionados.

BIBLIOGRAFÍA

AGUSTÍ MARAGALL, Joan. "Discriminación por obesidad en el ámbito laboral". *Revista Trabajo y Derecho*. 2021, 74, pp. 1-26. ISSN 2386-8090.

ALBIOL MONTESINOS, Ignacio. *Aspectos laborales de la ley concursal*. 1.ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. ISBN 978-84-8456-055-4.

ALBIOL MONTESINOS, Ignacio. Extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor. En: Efrén BORRAJO DACRUZ, coord. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad y despidos colectivos*, vol. 2. 1.ª Ed. Madrid: Edersa, 1983, pp. 215-264. ISBN 978-84-7130-618-2.

ALFONSO MELLADO, Carlos Luis. *GPS Laboral. Guía profesional*. 7.ª Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 509-537. ISBN 978-84-1378-830-2.

ALONSO OLEA, Manuel. *Derecho del trabajo*. 4.ª Ed. Madrid: Universidad de Madrid, 1976. ISBN 978-84-3620-623-1.

ALONSO OLEA, Manuel. *El despido (un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario)*. 1.ª Ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1957.

ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, Lucía. "Poderes normativos y fuentes de regulación de la relación de trabajo". *Revista de Derecho Social*. Albacete: Bomarzo, 2017, 78, pp. 73-96. ISSN 1138-8692.

ÁLVAREZ GIMENO, Rafael. *La extinción causal por voluntad del trabajador*. 1.ª Ed. Granada: Comares, 2012. ISBN 978-84-9836-929-8.

ÁLVAREZ GIMENO, Rafael. "La extinción del contrato de trabajo por incumplimientos empresariales en materia de seguridad social". *Revista Aranzadi Doctrinal*. Madrid: Thompson Reuters Aranzadi, 2010, 10, pp. 63-79. ISSN 1889-1209.

APILLUELO MARTÍN, Margarita. "Acuerdos de empresa: funciones y eficacia". *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. Madrid: Thompson Reuters Aranzadi, 2006, 5, pp. 613-634. ISSN 1131-5369.

ARBONÉS LAPENA, Hilda I. "Algunas consideraciones críticas sobre la movilidad geográfica tras la reforma laboral de 2012 y sus réplicas". *Revista de Información Laboral*. Madrid: Lex Nova, 2014, 8, pp. 33-54. ISSN 2254-3171.

ARETA MARTÍNEZ, María. "El acuerdo de trabajo a distancia (teletrabajo) en el sector de contact center: ¿cuál es su naturaleza jurídica?, ¿qué consecuencias jurídicas

lleva aparejada la nulidad de algunas cláusulas?". *Revista de Jurisprudencia Laboral*. 2022, 9, pp. 33-42. ISSN-e 2659-787X.

ARIÑO MAFRALLÉ, Bárbara y FAUS PUJOL, Manuel. "Caso fortuito y la fuerza mayor". Práctico Obligaciones y contratos. 2024, pp. 1-8 [fecha de consulta 1 julio 2024]. ISSN 8444-08628. Disponible en: https://vlex.es/vid/caso-fortuito-fuerza-mayor-844408628.

AYALA DEL PINO, Cristina. "Acoso moral en el trabajo (mobbing): concepto y elementos". *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*. San Lorenzo de El Escorial: Real Centro Universitario Escorial-María Cristina, 2019, 52, pp. 149-178. ISSN 1133-3677.

AZAGRA SOLANO, Miguel. "Extinción del contrato de trabajo por incumplimientos del empresario ¿es necesaria una resolución judicial?". *Revista Aranzadi Doctrinal*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2013, 11, pp. 95-104. ISSN 1889-4380.

BAILE AYENSA, José Ignacio y HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel. "Discriminación por obesidad en el ámbito laboral". *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*. Madrid: La Ley, 2021, 74, pp. 1-26. ISSN 2386-8090.

BALLESTER PASTOR, María A. *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*. 1.ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994. ISBN 978-84-8002-153-5.

BARRIO CALLE, Asunción. "Ley Concursal y el art. 50.1 del ET: La conversión de demandas individuales de rescisión de contrato seguidas en el Juzgado de lo Social en expediente de regulación de empleo seguido ante el Juzgado Mercantil". *Revista Aranzadi Social*. Madrid: Thompson Reuters Aranzadi, 2004, 5, pp. 1273-1282. ISSN 1889-4380.

BASTERRA HERNÁNDEZ, Miguel. *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*. 1.ª Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017. ISBN 978-8491430940.

BLASCO PELLICER, Ángel. "La tutela cautelar laboral tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil". *Revista Aranzadi Social*. Madrid: Thompson Reuters Aranzadi, 2021, 7, pp. 619-642. ISSN 1131-5369.

BORRAJO DACRUZ, Efrén. Jornada laboral, movilidad y modificación de condiciones de trabajo. En: Efrén BORRAJO DACRUZ, coord. *La reforma del Estatuto de los trabajadores (Ley 11/1994, de 19 de Mayo, y normas concordantes)*. 1ª Ed. Madrid: Edersa, 1994. ISBN 84-7130-813-4.

CALAMANDREI, Pierre. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: CEDAM, 1936.

CALVET BOTELLA, Julio. "Medidas cautelares civiles". *Boletín del Ministerio de Justicia*. 2003, 57, 1935, pp. 445-457. ISSN-e 0211-4267. Disponible en: https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ/article/view/2519.

CÁMARA BOTÍA, Alberto. "El derecho del trabajador a interrumpir el trabajo en caso de riesgo grave e inminente para su vida y salud: un apunte sobre sus precedentes normativos y jurisprudenciales". *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. Madrid: Thompson Reuters Aranzadi, 1996, 1, pp. 2759-2770. ISSN 1131-5369.

CÁMARA BOTÍA, Alberto. "La libertad de vestir del trabajador". *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. Madrid: Thompson Reuters Aranzadi, 2013, 6, pp. 01-44. ISSN 1889-1209.

CAMPS RUIZ, Luis Miguel. Arrendamiento de vivienda y contrato de trabajo. *Actualidad Laboral*. Madrid: Wolters Kluwer, 1, 1996, pp. 259-275.

CANO GALÁN, Yolanda. "Discriminación por transexualidad en el empleo: ¿nueva causa, condición o estado objeto de protección tras la Ley 15/2022, de 12 de julio?". *Revista Aranzadi Doctrinal*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2022, 9. ISSN 1889-4380.

CARRIÓN MOYANO, Eduardo. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En: Eduardo CARRIÓN MOYANO, coord. *Manual Práctico Laboral*. 1.ª Ed. Madrid: IEGDE, 1999, pp. 84-121. ISBN 978-84-6059-287-1.

CASAS BAAMONDE, María E. y ALONSO OLEA, Manuel. *Derecho del trabajo*. 13.ª Ed. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1993. ISBN 978-84-600-6072-7.

BAAMONDE, María E. "Indemnización adicional por daños y perjuicios en despido sin causa y exigüidad de la indemnización legal tasada. Y sobre la aplicación directa del artículo 24 de la Carta Social Europea (revisada) y la orfandad del arbitrio judicial en la fijación de la indemnización adecuada por despido inválido". Revista de jurisprudencia laboral. Madrid: BOE, 2024, 5, pp. 01-20. ISSN 2659-787X.

CASAS BAAMONDE, María E. "La individualización de las relaciones laborales". *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. Madrid: Wolters Kluwer España, 1991, 2, pp. 402-422. ISSN 0213-0556.

CASTRO CONTE, Macarena. *El significado actual del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. 1.ª Ed. Madrid: Editorial Aranzadi, 2024. ISBN 978-84-10295-71-1.

CASTRO CONTE, Macarena. *El sistema normativo del salario. Ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y poder del empresario*. 1.ª Ed. Madrid: Dykinson, 2008.
CASTRO CONTE, Macarena. El sistema normativo del salario. 1.ª Ed. Madrid: Dykinson, 2007. ISBN 978-84-9772-997-0.
ISBN 978-84-9772-997-8.
CASTRO CONTE, Macarena. "Incumplimiento contractual del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores por modificación sustancial de las condiciones de trabajo". *Anuario Facultad de Derecho*. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá de Henares, 2019, pp. 169-193. ISSN 1888-3214.
CAVAS MARTÍNEZ, Faustino. "Naturaleza jurídica y garantía de pago de los salarios de tramitación: ¿Punto y final al debate sobre dos viejas cuestiones?". *Aranzadi Social*. Madrid: Thompson Reuters Aranzadi, 2002, 20, pp. 267-280. ISSN 1131-5369.
CAVAS MARTÍNEZ, Faustino. "Despido de una mujer embarazada y discriminación por razón de sexo: STJCE 30 de junio 1998; TJCE 1998, 159". Aranzadi Social. Madrid: Thompson Aranzadi, 1998, 3, pp. 2544-2551. ISSN 1131-5369.
CHARRO BAENA, Pilar. "El pacto de no competencia postcontractual". *Revista Crítica de Teoría y Práctica*. Madrid: Wolters Kluwer, 1995, 1, pp. 145-1180. ISSN 0213-0556.
COLLADOS LUIS, Santiago. "La movilidad geográfica del trabajador (i)". *Actualidad Laboral*. Madrid: Wolters Kluwer, 1991, 3, pp. 443-456. ISSN 0213-7097.
CRUZ VILLALÓN, Jesús. "La movilidad geográfica del trabajador y su nuevo régimen legal". *Revista de Política Social*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1985, 125, pp. 81-123. ISSN 0034-8724.
CRUZ VILLALÓN, Juan y VALDÉS DAL-RÉ Fernando. *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral*. 1.ª Ed. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991. ISBN 978-84-7787-213-9.
CUBERO ROMERO, Víctor. "Movilidad funcional y geográfica". En: Eduardo CARRIÓN MOYANO, coord. *Manual práctico laboral*. Madrid: Instituto Español de Gestión y Dirección Empresarial, 1999, pp. 410-488. ISSN 978-84-6059-287-7.
DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.ª Luisa. "Las mejoras voluntarias de protección social. Naturaleza y régimen jurídico". *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. Junta de Andalucía, 1995, 36, pp. 87-118. ISSN 0213-0750.

DE MIGUEL LORENZO, Ana M. *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. 1.ª Ed. Madrid: Estudios de Derecho Laboral, 1993. ISBN 978-84-4700-230-6.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José y URREA CORRES, Mariola. *Código Civil comentado*. 2.ª Ed. Navarra: Aranzadi, 2016. ISBN 978-84-9099-408-5.

DE VAL TENA, A. Luis y ALCÁZAR ORTIZ, Sara. "Los pactos de dedicación exclusiva y permanencia en la empresa". *Revista de Relaciones Laborales*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1995, 3, pp. 125-140. ISSN 1133-3189.

DE VAL TENA, Ángel L. "Extinción del contrato por dimisión del trabajador: incumplimiento del plazo de preaviso comprometido en la comunicación dirigida al empresario". *Revista Aranzadi Social*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2000, 3, pp. 2901-2902. ISSN 1131-5369.

DÍAZ PÉREZ, Antonio V. Las peculiaridades del cese en el puesto de trabajo de los cargos de confianza [en línea]. 2017 [fecha de consulta 12 marzo 2024]. Disponible en: https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-sociallaboral/laboral/laspeculiaridades-del-ceseen-el-puesto-de-trabajo-de-los-cargos-de-confianza-2017-02-03/.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. *¿Qué debe entenderse por falta de probidad para los efectos de poner término al contrato?*. 2024 [fecha de consulta 25 de agosto de 2024]. Disponible en: https://www.dt.gob.cl/portal/1628/w3-article-60514.html.

ESPUNY TOMÁS, María Jesús. "La labor del Ministerio de Trabajo durante la dictadura de Primo de Rivera (1923-1931)". *Sociología del Trabajo*. Madrid: Ediciones Complutense, 2021, 99, pp. 167-184. ISSN 0210-8364.

FABREGAT MONFORT, Gemma. "La posición del trabajador ante las órdenes empresariales ¿ius ressitentiae o solve et repete?". *Revista de Treball, Economia i Societat*. Valencia: Generalitat Valenciana, 2003, 27, pp. 23-33. ISSN 1137-0874.

FERNÁNDEZ AVILÉS, José A. "Los "salarios de inactividad" fundamentos y régimen jurídico". *Revista del Trabajo y Seguridad Social*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2001, 224, pp. 110. ISSN 2792-8314.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, María F. "Delimitación de competencias entre el juez de lo mercantil y el juez laboral en el seno de los procedimientos concursales. Los problemas sumergidos de la Ley 22/2003, concursal". *Revista de Derecho Social*. Albacete: Bomarzo, 2004, 25, pp. 22-23. ISSN 1138-8692.

FERNÁNDEZ PROL, Francisca. *El salario en especie*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005. ISBN 978-84-8456-092-0.

FOLGUERA CRESPO, José Ángel. "Costumbre normativa, práctica empresarial y regulación de la prestación de trabajo". *Diario La Ley*. Madrid: La Ley, 2008, 7024. ISSN 1989-6913.

FONDEVILA MARÓN, Manuel. "El control de convencionalidad por los jueces y tribunales españoles. A propósito de la STC 140/2018, de 20 de diciembre". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid: BOE, 2021, 2, pp. 439-458. ISSN 1138-4824.

GALA DURÁN, Carolina. El síndrome de "estar quemado" o de agotamiento profesional y su calificación como accidente de trabajo. *La Administración Práctica*, 2018, 12, pp. 1-2.

GALLEGO MOYA, Fermín. *El Teletrabajo: Balance Del Primer Año De Negociación Colectiva Y Aplicación Judicial.* 1.ª Ed. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2021. ISBN 9788413914633.

GALLEGO MOYA, Fermín. La tutela "reparadora" del acoso moral. En: SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen, dir. Los riesgos psicosociales. Teoría y práctica. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2009, pp. 119-141. ISBN: 978-84-8355-822-9.

GALLEGO MOYA, Fermín. Modificación de las condiciones de trabajo del personal laboral, vicisitudes suspensivas y excedencias. En: MONTOYA MEDINA, David, dir. Relaciones de trabajo en el sector público. Madrid: Editorial La Ley, 2024, pp. 334-363. ISBN: 978-84-7052-963-4, pp. 334-363.

GÁRATE CASTRO, Javier. *Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido*. Madrid: ACARL, 1994. ISBN 978-84-606-1837-4.

GARCÍA MURCIA, Joaquín y RODRÍGUEZ CARDO, Iván. "Signos religiosos en la indumentaria de trabajo y principio de no discriminación: las primeras aportaciones del Tribunal de Justicia". *Diario La Ley*. Madrid: La Ley, 2017, 49, pp. 1-23. ISSN 1989-6913.

GARCÍA MURCIA, Joaquín. "Modificación sustancial de condiciones de trabajo de alcance colectivo mediante negociación directa del empresario con los trabajadores de su plantilla". *Revista de Jurisprudencia Laboral* [en línea]. 2019, 8, pp. 7-14 [fecha de consulta 6 marzo 2024]. ISSN-e 2659-787X.

GARCÍA PAREDES, María L. “Extinción del contrato de trabajo por incumplimientos del empresario ¿es necesaria una resolución judicial?”. *Aranzadi Social Revista Doctrinal*. Madrid: Thompson Reuters Aranzadi, 2013, 11, pp. 95-104. ISSN 1889-4380.

GARCÍA PIQUERAS, Manuel. “Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación”. *Actualidad Laboral*. Madrid: Wolters Kluwer, 1993, 1, pp. 307-323. ISSN 0213-7097.

GARCÍA ZARZALEJOS, Álvaro. *'Up or out': radiografía de la meritocracia extrema de McKinsey, Bain y Boston* [en línea]. [fecha de consulta 07 de julio de 2024] Disponible en: https://www.elconfidencial.com/empresas/2018-03-25/experiencia-consultoria-trabajar-mckinsey-boston-bain_1536705/.

GÓMEZ GARRIDO, Luisa M. “El teletrabajo: realidad, expectativas y riesgos”. *Revista de Derecho Laboral vLEX*. 2022, 6, pp. 182-195. ISSN-e 2696-7286.

GÓMEZ LINACERO, Adrián. “Rescisión unilateral del contrato de trabajo por modificación sustancial de las condiciones”. *Diario La Ley*. 2021, 6129, pp. 26-55. ISSN 1989-6913.

GONZÁLEZ CALVET, Jaume. “Aplicación de las medidas cautelares específicas del art. 727 LEC en la jurisdicción social”. *Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*. Madrid: Juezas y Jueces para la Democracia, 2020, 213, pp. 10-24. ISSN 2695-9321.

GONZÁLEZ DE PATTO, Rosa M.ª. *La dimisión provocada. Configuración y régimen jurídico del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. 1.ª Ed. Granada: Comares, 2009. ISBN 978-849836-599-3.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. “Elementos delimitadores del derecho a vacaciones”. *THEMIS: Revista de Derecho*. Madrid: Asociación Civil THEMIS, 2014, 65, pp. 59-80. ISSN 1810-9934.

GUILLÉN OLCINA, Jorge Juan. “Actos preparatorios. Anticipación de la prueba y su aseguramiento. Medidas cautelares”. *Aranzadi Social Revista Doctrinal*. Madrid: Thompson Reuters Aranzadi, 2012, 4 (10), pp. 167-189. ISSN 1889-1209.

HASSEMER, Winfred. “Los elementos característicos del dolo”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1990, 43 (3), pp. 909-932. ISSN 0210-3001.

IGLESIAS OSORIO, Brais C. “La encrucijada judicial de la rescisión contractual indemnizada vía art. 41 LET”. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*. Madrid: La Ley, 2022, 85. ISSN 2386-8090.

INSTITUTO DE LAS MUJERES. Ministerio de Igualdad. *Protocolo para la prevención y actuación frente al acoso sexual y acoso por razón de sexo en el ámbito laboral: manual de referencia* [en línea]. 2021 [fecha de consulta 8 junio 2024]. NIPO 050-21-029-8. Disponible en: https://cpage.mpr.gob.es/producto/protocolo-para-la-prevencion-y-actuacionfrente-al-acoso-sexual-y-acoso-por-razon-de-sexo-en-el-ambito-laboral/

IÑESTA PASTOR, Emilia. “La Comisión General de Codificación (1843-1997). De la codificación moderna a la descodificación contemporánea”. *Anuario de Historia del Derecho Español*. Madrid: Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones, 2013, 83, pp. 65-113. [fecha de consulta 20 julio 2024]. ISSN 0304-4319.

ISTITUTO NAZIONALE DELLA PREVIDENZA SOCIALE. *Indennità di disoccupazione ordinaria, agricola e non agricola, con requisiti normali o ridotti: giusta causa di dimissioni da parte del lavoratore: integrazioni al testo della Circolare n. 97 del 4 giugno 200* [en línea] [fecha de consulta 4 agosto 2024]. Disponible en: https://servizi2.inps.it/servizi/Bussola/VisualizzaDoc.aspx?sVirtualURL=/Circolari/Circolare%20numero%20163%20del%2020-10-2003.html

LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo, coord. *Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: una aproximación crítica*. Albacete: Bomarzo, 2011, pp. 73-102. ISBN 978-84-96721-78-4.

LAFFERRIERE, J. Nicolás y RANIERI DE CECHINI, Débora. “La religión a juicio. Algunas notas sobre “Eweida and others vs. Royaume-Uni”. *Prudentia Iuris*. Buenos Aires: Pontificia Universidad Católica Argentina, 2013, 75, pp. 195-200. ISSN 0326-2774

LAHERA FORTEZA, J. *Consecuencias jurídicas de la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales en la indemnización de despido improcedente* [en línea] [fecha de consulta 9 julio 2024]. Disponible en: https://www.aedtss.com/consecuencias-juridicas-de-la-decision-del-comite-europeo-de-derechossociales-en-la-indemnizacion-de-despido improcedente/

LARROSA AMANTE, Miguel Ángel. “Las cautelas indeterminadas y las medidas cautelares específicas”. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, 10, pp. 147-192. ISSN 1134-967.

LASAOSA IRIGOYEN, Elena. Interacción entre las situaciones de excedencia y el derecho a la prestación por desempleo. En: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. *Comunicaciones del XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* 1.ª Ed. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones, 2023, pp. 679. ISBN 978-84-8417-620-6.

LIEB, Roslyn Corenzwit. Constructive discharge under Section 8(a)(3) of the National Labor Relations Act: A study in undue concern over motives. *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*. 7, 1985, 143. DOI 10.15779/Z38G04H.

LLAMOSAS TRAPAGA, Aida. *Relaciones laborales y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación*. 1.ª Ed. Madrid: Dykinson, 2015. ISBN 978-84-9085-533-1.

LÓPEZ BALAGUER, Mercedes. "La nueva indemnización por despido improcedente: aplicación y forma de cálculo. Auto JS Pamplona 22 de marzo de 2012". Revista Doctrinal Aranzadi Social. Madrid: Editorial Aranzadi, 2012, 8, pp. 3-4. ISSN 1889-4380.

LÓPEZ GARRIDO, Diego. "El carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de las sentencias judiciales firmes; la reforma del recurso de revisión por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, y la Ley 41/2015, de 5 de octubre". *Parlamento y Constitución. Anuario*. Toledo: Cortes de Castilla-La Mancha, 2017, 18, pp. 55-78. ISSN 1139-0026.

LÓPEZ JIMÉNEZ, José M. *La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Tesis doctoral. Universidad de Valencia, Valencia, 2015.

LÓPEZ JIMÉNEZ. José M. *La extinción causal del contrato de trabajo por iniciativa del trabajador*. 1.ª Ed. Madrid: Dykinson, 2022. ISBN 978-84-1122-175-7.

LORENTE RIVAS, Antonio. *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*. 1.ª Ed. Madrid: La Ley, 2009. ISBN 978-84-8126-263-6.

LOUSADA AROCHENA, José F. "Algunas anotaciones al artículo 64.10 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal". *Revista de Derecho Social*. Albacete: Bomarzo, 2004, 27, pp. 65-74. ISSN 1138-8692.

MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín. *Derecho del trabajo*. 6.ª Ed. Madrid: Tecnos, 1997. ISBN 978-84-3097-979-0.

MARTÍN VALVERDE, Antonio. “Concurrencia y articulación de normas laborales”. *Revista de Política Social*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1978, 119, pp. 5-31. ISSN 0034-8724.

MARTÍN VALVERDE, Antonio. *La Legislación social en la historia de España de la revolución liberal a 1936*. 1.ª Ed. Madrid: Congreso de los Diputados, 1987. ISBN 84-505-6534-0.

MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús. “La tutela cautelar en la jurisdicción social”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Madrid: Thompson Reuters Aranzadi, 2017, 194, p. 32. ISSN 2444-3476.

MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana. “El bonus y el margen de discrecionalidad empresarial”. *Actualidad Laboral*. Madrid: Wolters Kluwer, 2010, 15 (2), pp. 1766-1787. ISSN 0213-7097.

MENDOZA NAVAS, Natividad. Derechos del trabajador en la relación de trabajo. En: Antonio V. SEMPERE NAVARRO y Pilar CHARRO BAENA, coords. *Régimen general del contrato de trabajo*. Pamplona: Aranzadi, 2010, vol. 1, pp. 515-565. ISBN 978-84-9903-720-2.

MERCADER UGUINA, Jesús. *Salario y crisis económica*. 1.ª Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011. ISBN 978-84-9004-298-4.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. *Análisis de la nueva Ley de Jurisdicción Social. Nuevas reglas legales, nuevos problemas, nuevos retos*. 1.ª Ed. Madrid: La Ley, 2012. ISBN 978-84-8126-400-5.

MONEREO PÉREZ, José L, “GARCÍA ORMAECHEA, R. (1876-1938): Del reformismo democrático iussocialista al reformismo social conservador en la política de Seguridad Social”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social.* Murcia: Laborum. 2018, 14, pp. 283-301. ISSN 2386-7191.

MONEREO PÉREZ, José L. y ORTEGA GABRIEL, Pompeyo G. “Prohibición de discriminación”. *Temas laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. Junta de Andalucía, 2018, pp. 327-370. ISSN 0213-075.

MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al proceso laboral*. 5.ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2000. ISBN 978-84-7248-754-3.

MONTÉS PENADÉS, Vicente L. Artículos 1088 a 1124 del Código Civil. En: ALBADALEJO GARCÍA, Manuel, coord. *Comentarios al código civil*. 1.ª Ed. Madrid: Edersa, 2004, vol. 1º. ISBN 978-84-7130-216-0.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. El despido improcedente y sus efectos. En: Francisco CARMONA POZAS, coord. *Estudios sobre el despido disciplinario*. 1.ª Ed. Madrid: ACARL, 1992, pp. 499-534. ISBN 84-606-0645-7.

MUÑOZ PAREDES, Alfonso. De mareas y derecho. LinkedIn, 2021 [Fecha de consulta: 04/04/2022]. Disponible en: https://www.linkedin.com/in/alfonso-mu%C3%B1ozparedesb4aa34218/recent-activity/shares/.

NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. "Extinción del contrato por voluntad del trabajador (art. 50)". *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas, 2000, 100, pp. 1063-1088. ISSN 0212-6095.

ORTEGA LOZANO, Pompeyo G., y GUINDO MORALES, Sara. "Status questionis sobre el derecho a las vacaciones anuales retribuidas del trabajador". *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2019, 221, pp. 189-220. ISSN 2444-3476.

PANIZO ROMO DE ARCE, Alberto. "Relación laboral y discriminación religiosa". *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Madrid: Thompson Reuters Aranzadi, 2015, 177, pp. 73-106. ISSN 1889-4380.

PENDAS DÍAZ, Benigno. *Extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. 2.ª Ed. Madrid: ACARL, 1992. ISBN 978-84-6042-410-9.

PÉREZ PÉREZ, Elena. *Empresa concursada: regulación de empleo y sucesión en la venta de unidades productivas*. 1.ª Ed. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2021. ISBN 978-84-34027411.

PETIT CALVO, Carlos. "Los códigos del Trienio liberal. Una exégesis del art. 258 de la Constitución de Cádiz". *Revista Electrónica de Historia Constitucional*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. 2020, 21, pp. 106-137. ISSN 1576-4729.

PETIT CALVO, Carlos. *Un código civil perfecto y bien calculado. El proyecto de 1821 en la historia de la codificación*. 1ª Ed. Madrid: Dykinson, 2019. ISBN 978-84-1324-329-0.

POQUET CATALÁ, Raquel. "A propósito del art. 50.1 a) ET tras la reforma de 2012". *Revista de Derecho Social*. Albacete: Bomarzo, 2014, 67, pp. 97-118. ISSN 1138-8692.

POQUET CATALÁ, Raquel. "El despido ideológico en empresas de tendencia". *Revista Aranzadi Doctrinal*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2015, 8, pp. 9-25. ISSN 1889-4380.

PRATS ALBENTOSA, Lorenzo. La entrega de cosa diversa a la pactada (aliud pro alio) como incumplimiento resolutorio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

(comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1991, 20 de noviembre de 1991 y 28 de enero de 1992. *Revista General de Derecho*. Augusto Vicente y Almela, 1992, 573, pp. 5081-5106.

PRENDES CARRIL, Pedro y FACHAL NOGUER, Nuria. *Comentario al texto refundido de la Ley Concursal*. 1.ª Ed. Pamplona: Aranzadi, 2021. ISBN 978-84-1390-205-0.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de teoría del Derecho*. 7.ª Ed. Madrid: Trotta Editorial, 2014. ISBN 978-84-8164-776-1.

PUMAR BELTRÁN, Nuria. La violencia de género en el trabajo: prevención, tutela judicial y responsabilidades. En: *Derechos@género*, vol. 1. Albacete: Bomarzo, 2019. ISBN 978-84-17310-69-1, p. 208.

QUIRÓS HIDALGO, José G. La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador. En: Juan José FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, coord. *Tratado del despido*. 1.ª Ed. Madrid: Wolters Kluwer, 2018, pp. 335-345. ISBN 978-84-9020-364-4.

RÍOS SALMERÓN, Bartolomé. Inembargabilidad del salario. En: Alfredo MONTOYA MELGAR, dir. *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III. Madrid: Civitas, 1995. ISBN 84-470-0471-6.

RÍOS SALMERÓN, Bartolomé. *Los privilegios del crédito salarial*. 1.ª Ed. Madrid: Civitas Ediciones, 1984. ISBN 978-84-7398-277-1.

RIVAS VALLEJO, María P. "La negativa a aplicar ajustes razonables tras la declaración de incapacidad permanente convierte en discriminatoria la extinción del contrato". *Revista de Jurisprudencia Laboral*. 2024, pp. 1-9. ISSN-e 2659-787X.

RODRÍGUEZ ENNES, Luis. "Florencio García Goyena y la codificación iberoamericana". *Anuario de Historia del Derecho Español*. Madrid: Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones, 2006, 76, pp. 705-726 ISSN 0304-4319.

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*. 1.ª Ed. Madrid: La Ley, 1998, ISBN 978- 84-7695-582-0.

ROJAS RIVERO, Gloria. Movilidad geográfica. En: Antonio P. BAYLOS GRAU, coord. *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*. 1.ª Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 1511-1516. ISBN 978-84-9053-139-6.

ROJO TORRECILLA, Eduardo. "El matrimonio gitano no permite el acceso a la pensión de viudedad según el TC. ¿Existe discriminación?". *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)* [en línea]. 2021, 3 [fecha de consulta 10 junio 2024] ISSN-e 2659-787X.

ROJO TORRECILLA, Eduardo. Jóvenes y "contrato de trabajo intermitente". ¿Acceso al (primer) empleo, política formativa, o simplemente un coste laboral fácil de suprimir? Nota crítica a la sentencia del TJUE de 19 de julio de 2017 (asunto C-143/16). En: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales* [en línea]. 2017 [fecha de consulta 2 julio 2024]. Disponible en: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/07/jovenes-y-contrato-de-trabajo.html.

SALA FRANCO, Tomás. "La movilidad geográfica". *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2005, 58, pp. 99-114. ISSN 1137-5868.

SALA FRANCO, Tomás y ALBIOL MONTESINOS, Ignacio. *Derecho sindical*. 9.ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. ISBN 978-84-8442-898-5.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. "El cambio de residencia en la movilidad geográfica". *Aranzadi Social Revista Doctrinal*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2010, 2, pp. 109-119. ISSN 1889-1209.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo: estudio del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores*. 1.ª Ed. Pamplona: Aranzadi, 1999. ISBN 978-84-8410-046-1.

SÁNCHEZ LINDE, Mario. "Apuntes sobre el proceso especial de impugnación de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo". *Revista Jurídica de Castilla y León* [en línea]. 2019, 48, pp. 153-193 [fecha de consulta 7 marzo 2024]. ISSN 2254-3805. Disponible en: https://jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1131978346397/_/128867605920/Redaccion.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen. "¿Debe extenderse el permiso por matrimonio a las parejas de hecho? Comentario a la STS-SOC núm. 717/2019, de 22 de octubre". *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2019, 8, pp. 1-9. ISSN 2659-787X.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen. "La hospitalización por parto como causa de permiso. Comentario a la STC 71/220, de 29 de junio de 2020". *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Madrid: Thompson Reuters Aranzadi, 2021, 239, pp. 247-256. ISSN 2444-3476.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen. "La violencia de género en el ámbito laboral". *Revista de Derecho*. Piura: Universidad de Piura, 15, 2019, pp. 01-46. ISSN 1608-1714.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen. “Los permisos por razones familiares en el artículo 37.3 ET”. *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017, 133, pp. 139-183. ISSN 2254-3295.

SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y GALIANA MORENO, Jesús M. “La limitación legal de las mejoras voluntarias establecidas por convenio colectivo a cargo de una empresa pública”. *Actualidad Laboral*. Madrid: Wolters Kluwer, 1987, 1, pp. 393-405. ISSN 0213-7097.

SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. *El Artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. 1.ª Ed. Navarra: Aranzadi, 2001, pp. 30-31. ISBN 978-84-8410-540-4.

SIERRA HERNÁIZ, Elisa. La extinción de la relación laboral vía artículo 50 et por menoscabo de la dignidad del trabajador. En: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. El Estatuto de los Trabajadores 40 años después. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajado y de la Seguridad Social. 1.ª Ed. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones, 2023, pp. 1595-1596. ISBN 978-84-8417-556-8.

TALENS VISCONTI, Eduardo. *El procedimiento de extinción causal del contrato por voluntad del trabajador: puntos críticos*. 1.ª Ed. Albacete: Bomarzo, 2016. ISBN 978-84-16608-33-1.

TODOLÍ SIGNES, Adrián. *El bonus salarial. La dirección por objetivos, la evaluación del desempeño y la retribución por competencias*. 1.ª Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017. ISBN 978-84-9143-180-0.

TODOLÍ SIGNES, Adrián. La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado. En: Juan Alberto TORMOS PÉREZ, Óscar REQUENA MONTES, Eduardo E. TALENS VISCONTI, coords. *La extinción indemnizada del contrato por voluntad del trabajador: Artículo 50 ET*. 1.ª Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 73-98. ISBN 978-84-9143-048-3.

TODOLÍ SIGNES, Adrián. *Salario y productividad. Un análisis jurídico-económico de los complementos salariales variables vinculados a la productividad y a los resultados de la empresa*. 1.ª Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016, ISBN 978-84-9119-368-5.

VICEDO CAÑADA, Luisa. “La acumulación de acciones: el despido objetivo por causas económicas y la resolución del contrato por retraso o impago en el salario”.

Revista de Información Laboral. Madrid: Lex Nova, 2015, 3, pp. 55-79. ISSN 2254-3171, p. 77.

VIDA SORIA, José. "Todavía sobre el Estatuto de los Trabajadores (1980- 2000)". *Temas laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. Granada: Civitas, 2000, 57, pp. 25-26. ISSN 0213-0750.

VIQUEIRA PÉREZ, Carmen. "La extinción del contrato por voluntad del trabajador en la empresa concursada". *Revista de Derecho Social*. Albacete: Bomarzo, 2022, 84, pp. 43-68. ISSN 1138-8692.

VIQUEIRA PÉREZ, Carmen. *Un apunte sobre los intereses generados por deudas de la empresa en favor del trabajador* [en línea] [fecha de consulta 17 abril 2022]. Disponible en: https://elderecho.com/un-apunte-sobre-los-intereses-generados-por-deudas-de-la-empresaa-favor-del-trabajador

ANEXO. Relación de sentencias citadas por temática

TÍTULO II: MODIFICACIONES DE CARÁCTER ILÍCITO

1. Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo

1.1 Concepto y caracteres

- STS2942/2003, de 29 de abril (Rec. 126/2002).

- STSJ Madrid 6914/2018, de 23 mayo (Rec 1416/2017).

- STSJ C. Valenciana 7507/2021, de 30 de junio (Rec. 2415/2020).

- STSJ Castilla La Mancha 1523/2021, de 29 de junio (Rec. 718/2021).

- STSJ Asturias 267/2021, de 02 de febrero (Rec. 37/2021).

1.2 La materia objeto de modificación; irrelevancia del aspecto subjetivo-contractual

- STS 8150/2001, de 23 de octubre (Rec. 804/2000).

- STSJ Canarias 470/2001, de 31 de mayo (Rec. 169/2001).

- STSJ Castilla y León 647/2008, de 20 de noviembre (Rec. 611/2008).

- STSJ Cataluña 2751/2003, de 05 de mayo (Rec. 4864/2002).

- STSJ Valladolid 1874/2017, de 16 de noviembre (Rec. 1706/2017).

- STSJ Galicia 2870/2022, de 16 de junio (Rec. 2119/2022).

- STSJ Extremadura 23/2019, de 15 de enero (Rec. 705/2018).

- STSJ Islas Baleares 36/2006, de 07 de febrero (Rec. 666/2005).

- STSJ Galicia 232/2017, de 17 de septiembre (Rec. 1936/2018).

- STSJ Cantabria 393/2006 (Rec. 244/2006).

- STSJ País Vasco 746/2012, de 13 de marzo (Rec. 379/2012).

- STSJ Comunidad Valenciana 2314/2020, de 18 de junio (Rec. 466/2020).

1.3 Análisis de la sustancialidad; delimitación entre ius variandi y MSCT

- STSJ Asturias 2438/2022, de 28 de julio (Rec. 1430/2022).

- STSJ Galicia 5218/2010, de 16 de noviembre (Rec. 1519/2010).

1.4 La temporalidad como característica excluyente de la sustancialidad

- STS 7344/2005, de 22 de noviembre (Rec. 42/2005).

- STS 5629/2003, de 22 de septiembre (Rec. 122/2002).

- STS 6541/2013, de 18 de diciembre (Rec. 2566/2012).

- STCT, de 17 de marzo de 1986.

- TSJ Galicia 2183/2010, de 30 de abril (Rec. 5960/2006).

1.5 Consecuencias jurídicas de la inobservancia del aspecto material

- STS 4621/1997, de 23 de junio (Rec. 4621/1997).

- STSJ Cataluña 3539/2006, de 09 de mayo (Rec. 148/2006).

- STSJ Andalucía 505/2007, de 08 de febrero (Rec. 4364/2006).

- STSJ Canarias 426/2014, de 11 de junio (Rec. 641/2013).

1.6 Terminación extrajudicial de la relación laboral: rescisión contractual

- STS 7788/2012, de 29 de octubre (Rec. 3851/2011).

2. El procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

2.1 Modificaciones de carácter individual

- STS 2104/2021, de 18 de mayo (Rec. 3325/2018).

2.2 Modificaciones de carácter colectivo conforme al art. 41.4 ET

2.2.1 Inicio del procedimiento

- STS 2058/2014, de 15 de abril (Rec. 127/2013).

- STS 1912/2015, de 23 de marzo (Rec. 287/2014).

- STSJ Andalucía 2251/2019, de 03 de octubre (Rec. 62/2019).

- STSJ Madrid 467/2016, de 27 de mayo (Rec. 226/2016).

2.2.2 Periodo de consultas

- STS 3658/2015, de 25 de mayo (Rec. 307/2013).

- STS 5459/2011, de 30 de junio (Rec. 173/2010).

- STS 4804/2009, de 05 de junio (Rec. 90/2008).

- STS 3810/2015, de 16 de julio (Rec. 180/2014).

- STS 2698/2017, de 21 de junio (Rec. 12/2017).

- STS 1441/2014, de 18 de febrero (Rec. 74/2013).

- STS 2657/2022, de 23 de junio (Rec. 216/2021).

- STS 4017/2013, de 27 de mayo (Rec. 78/2012).

2.2.3 Finalización del periodo de consultas

- STS 7790/2012, de 16 de noviembre (Rec. 236/2011).

- STS 1213/2018, de 22 de marzo (Rec. 660/2016).

- STS 1454/2018, de 03 de abril (Rec. 360/2018).

- STS 5355/2016, de 23 de noviembre (Rec. 285/2015).

- STS 5247/2014, de 12 de noviembre (Rec. 13/2014).

2.2.4 Problemática relativa a la posibilidad de negociación directa con los trabajadores y los acuerdos individuales en masa

- STC 238/2005, de 26 de septiembre (Rec. 6006/2003).

- STC 225/2001, de 26 de noviembre (Rec. 3869/1997).

- STC 208/1993, de 28 de junio (Rec. 232/90).

- STS 3652/2019, de 10 de octubre (Rec. 966/2017).

- STS 2394/2019, de 20 de junio (Rec. 98/2018).

- STS 4916/2016, de 11 de octubre (Rec. 68/2016).

- STSJ Cataluña 2289/2022, de 04 de marzo (Rec. 6133/2021).

2.3 Consecuencias jurídicas de la inobservancia del aspecto formal

2.3.1 Nulidad derivada del fraude de ley

- STS 3868/2007, de 31 de mayo (Rec. 401/2006).

- STSJ Castilla y León 3894/2016, de 13 de octubre (Rec. 439/2016).

2.3.2 Nulidad por vulneración del periodo de consultas

- STS 5459/2011, de 30 de junio (Rec. 173/2010).

3. La causa extintiva del contrato de trabajo conforme a lo dispuesto en el artículo 50.1.a) del ET

3.1. Concepto, caracteres y delimitación de figuras afines

- STS 467/1993, de 08 de febrero.

3.2 Evolución del perjuicio cualificado exigible: la refundición del perjuicio a la formación profesional y el menoscabo de la dignidad

- STS 8850/1990, de 03 de diciembre.

- STSJ Navarra 590/2015, de 28 de julio (Rec. 176/2015).

- STS 13580/1986, de 21 de julio.

- STSJ Cataluña 7232/2009, de 14 de mayo (Rec. 109/2009).

- STSJ Galicia 5511/2019, de 21 de octubre (Rec. 3303/2019)

- STSJ La Rioja 543/2015, de 08 de octubre (Rec. 233/2015).

4. Análisis jurisprudencial de los elementos calificadores de la conducta empresarial del art. 50.1.a) ET: gravedad y culpabilidad

4.1 La gravedad: exigencia implícita como elemento del tipo

- STS 17625/1990.

- STS 116/1991, de 16 de enero.

- STS 2840/1991, de 31 de mayo.

- STS 2166/2019, de 27 de junio (Rec. 2552/2016).

- STS 4922/2021, de 21 de diciembre (Rec. 1090/2019).

- STS 4591/2010, de 19 de julio (Rec. 2643/2009).

- STS 308/2004, de 27 de enero (Rec. 2233/2003)

- STSJ Navarra 76/2011, de 12 de marzo (Rec. 42/2012)

4.3 La culpabilidad: concurrencia y análisis de las teorías jurisprudenciales

- STS 13034/1994, de 24 de febrero.

- STS 17610/1992, de 02 de julio.

- STS 5338/1997, de 30 de julio (Rec. 2441/1993).

- STS 3017/1991, de 06 de junio.

- STS 5053/1989, de 03 de octubre.

- STSJ Madrid 14519/2021, de 22 de diciembre (Rec. 869/2021).

- STSJ Madrid 14323/2023, de 15 de diciembre (Rec. 532/2023).

5. Análisis de los supuestos de movilidad geográfica y funcional en el marco de la extinción indemnizada

5.1.La movilidad geográfica y funcional; deslocalización normativa

5.1.1 Análisis de la modificación geográfica (art. 38 ET)

- STS 3095/2006, de 26 de abril (Rec. 2076/2005).

- STS 1881/2003, de 18 de marzo (Rec. 1708/2002).

- STS 959/2010, de 09 de febrero (Rec. 1605/2009).

- STS 2639/2021, de 15 de junio (Rec. 3696/2018).

- STS 6511/2004, de 14 de octubre (Rec. 2464/2003).

- STSJ Andalucía 9580/2018, de 04 de julio (Rec. 709/2018).

- STSJ Cataluña 13341/2011, de 31 de octubre (Rec. 4833/2010).

- STSJ Castilla La Mancha 2144/2022, de 23 de mayo (Rec. 971/2022).

6. Análisis individualizado de las materias objeto de modificación que pueden ser susceptibles de activar el mecanismo de la extinción indemnizada

6.1 Cese en puesto de confianza

- STSJ ICAN 94/2023, de 26 de enero (Rec. 1879/2022)

6.2 Falta de ocupación efectiva

- STS 11/03/1992.

- STS 2492/2010, de 28 de abril (Rec. 238/2008).

- STS 29/01/1988.

- STS 9106/2018, de 06 de noviembre (Rec. 4601/2018)

- STSJ C. Valenciana 2445/2005, de 21 de abril (Rec. 4133/2004).

- STSJ Madrid 11411/2005, de 16 de noviembre (Rec. 3665/2005)

- STSJ Castilla y León 2208/2013, de 25 de abril (Rec. 667/2013).

- STSJ Cataluña 2940/1999, de 18 de marzo (Rec. 4899/1998)

- STSJ Castilla y León 787/2007, de 14 de febrero (Rec. 86/2007)

- STSJ Andalucía 13806/2002, de 08 de octubre (Rec. 2376/2002).

- STSJ Comunidad Valenciana 7510/2002, de 04 de julio (Rec. 906/2002).

- STSJ Madrid 15243, de 18 de diciembre (Rec. 563/2015).

6.3 Menoscabo patrimonial

- ATS 4256/2023, de 11 de abril (Rec. 3024/2022)

- STS 3017/1991, de 06 de junio de 1991.

- STS de 22 de noviembre de 1988.

- STSJ Madrid 17410/2010, de 15 de noviembre (Rec. 3208/2010).

- STSJ Cataluña 1434/2000, de 04 de febrero (Rec. 7794/1999).

- STSJ Galicia 11521/2009, de 23 de diciembre (Rec. 3113/2009).

6.4 Modificación de funciones o grupo profesional

- STS 1019/2011, de 19 de enero (Rec. 85/2010).

- STSJ Cataluña 6112/2004, de 03 de septiembre (Rec. 8699/2003).

- STSJ Cataluña 3475/2002, de 29 de abril (Rec. 6040/2001).

- STSJ Cantabria 1272/2005, de 12 de diciembre (Rec. 976/2005).

6.5 Modificación del horario y turnos de trabajo

- STS 5990/2005, de 10 de octubre (Rec. 183/2004).

- STSJ Castilla y León 1780/2017, de 08 de noviembre (Rec. 1743/2017).

- STSJ Madrid 507/2005, de 21 de junio (Rec. 1194/2005).

- STSJ Islas Canarias 97/2015, de 26 de enero (Rec. 1218/2014).

- STSJ Aragón 1160/2023, de 05 de octubre (Rec. 551/2023).

- STSJ Comunidad Valenciana 2268/2012, de 19 de septiembre (Rec. 1528/2012).

- STSJ Islas Canarias 97/2015, de 26 de enero (Rec. 1218/2014).

6.6 Modificación del sistema retributivo

- STSJ País Vasco 2486/2010, de 28 de septiembre (Rec. 1680/2010).

- STSJ Cataluña 2720/2009, de 25 de marzo de 2009 (Rec. 7856/2008).

6.7 Otros supuestos; trabajo a distancia

- STS 1765/2005, de 21 de marzo (Rec. 4951/2003).

- STS 6522/2013, de 15 de octubre (Rec. 3098/2012).

- STS 4655/2012, de 01 de junio (Rec. 1630/2011).

- SAN 1132/2022, de 22 de marzo (Rec. 33/2022).

- SAN 2567/2021, de 04 de junio (Rec. 103/2021).

- SAN 1132/2022, de 22 de marzo (Rec. 33/2022).

TÍTULO III: INCUMPLIMIENTOS RETRIBUTIVOS

1. El objeto del incumplimiento resolutorio. Características generales

1.1 La falta de pago

- STS 1207/2015, de 27 de enero (Rec. 14/2014).

- STS de 25 de septiembre de 1995, (Rec. 756/1995).

- STS de 17 de febrero de 1987.

- STS 03 de noviembre de 1988.

- STS 06 de mayo de 1991.

- STS 23 de julio de 1987.

- STS 629/2015, de 19 de enero (Rec. 569/2014).

- STS 05-10-1983.

- STS 1766/2013, de 25 de febrero (Rec. 380/2012).

- STS 629/2015, de 19 de enero (Rec. 569/2014).

- ATS 5316/2000 de 21 de noviembre (Rec. 2934/2000).

- STCT 10 de junio de 1986.

1.2 Los retrasos continuados

- STS 12621/1992, de 05 de marzo.

- STS 1747/1990, de 09 de febrero (Rec. 159/1986).

- STS 4706/1998, de 13 de julio (Rec. 4808/1997).

- STS 5432/1998, de 28 de septiembre (Rec. 930/1998).

- STS 312/1999, de 25 de enero (Rec. 4275/1997).

2. Análisis del pacto como elemento nuclear del salario objeto de incumplimiento desde la perspectiva de las fuentes de la relación laboral

2.1 Los convenios colectivos

- STS 4711/2007, de 01 de junio (Rec. 71/2006).

2.2 El contrato de trabajo

- STSJ Extremadura 202/2011, de 01 de febrero (Rec. 622/2010).

- STSJ Castilla y León, de 19 de diciembre (Rec. 1168/1995).

- STSJ Galicia, de 29 de octubre (Rec. 1643/1998).

2.3 Los usos y costumbres locales y profesionales

- STSJ Andalucía 9648/2020, de 09 de julio (Rec. 343/2020).

3. Concepto, caracteres y naturaleza jurídica del salario. Problemas derivados del salario en especie y conceptos remuneratorios atípicos

3.1 Salario base y complementos salariales

- STS 2489/2010, de 16 de abril (Rec. 70/2009).

- STS 3122/2005, de 16 de mayo (Rec. 2425/2004).

- STS 8372/2007, de 14 de noviembre (Rec. 616/2007).

- STS 1524/2006, de 24 de febrero (Rec. 119/2004).

- STS 6327/2008, de 20 de octubre (Rec. 3801/2007).

3.2 Salarios relativos a periodos de inactividad

- STJUE, de 26 de junio de 2001 (C-173/99).

- STJUE, de 22 de mayo de 2014 (C- 539/12).

- STJUE, de 11 de noviembre de 2021 (C-217/20).

- STS 4593/2009, de 10 de junio (Rec. 2461/2008).

- STS 867/2007, de 02 de febrero (Rec. 57/2006).

- SAN 3547/2014, de 17 de septiembre (Rec. 194/2014).

3.3 Condiciones más beneficiosas de carácter salarial

- STS 3370/2008, de 12 de mayo (Rec. 111/2007).

- STS 753/2018, de 21 de febrero (Rec. 1322/2016).

- STS 6631/2011, de 22 de septiembre (Rec. 204/2010).

- STS 5933/2004, de 24 de septiembre (Rec. 119/2003).

- STS 9210/2002, de 14 de mayo (Rec. 1286/2001).

- STS 6669/1999, de 25 de octubre (Rec. 4937/1998).

3.4 La problemática relativa a la naturaleza jurídica del salario en especie

- STS 2074/2017, de 16 de septiembre (Rec. 1549/2014).

- STSJ Madrid 6580/2003, de 29 de abril (Rec. 4748/2002).

- STSJ Madrid 2074/2010, de 03 de mayo (Rec. 385/2015).

- STSJ País Vasco 2870/2014, de 16 de septiembre (Rec. 1549/2014).

4. La problemática de determinados conceptos remuneratorios

4.1 Opciones sobre acciones o «stock options»

- STS 8206/2001, de 24 de octubre (Rec. 3295/2000).

- STS 6475/2002, de 01 de octubre (Rec. 1309/2001).

- STS 9289/2002, de 04 de febrero (Rec. 642/2001).

- STS 9420/2002, de 10 de abril (Rec. 1441/2002).

- STS 9218/2002, de 11 de abril (Rec. 3538/2001).

- STS 2047/2006, de 26 de enero (Rec. 3813/2004).

- STSJ Madrid 7670/2016, de 13 de junio (Rec. 317/2016).

- STSJ Cataluña 5580/2013, de 24 de mayo (Rec. 10/2013).

- STSJ Castilla y León 2515/2010, de 22 de abril (Rec. 182/2010).

- STSJ Andalucía 3096/2021, de 29 de abril (Rec. 3589/2019).

4.2 Bonus, incentivos y primas

- STS 5100/2010, de 07 de julio (Rec.196/2009).

- STS 4167/2012, de 16 de mayo (Rec. 168/2011).

- STS 8978/2001, de 19 de noviembre (Rec. 3083/2000).

- STS 3983/2016, de 17 de julio (Rec. 109/2015).

- STS 4670/1993, de 30 de junio (Rec. 1961/1992).

- STS 1668/2014, de 25 de marzo (Rec. 140/2013).

- STSJ Madrid 8298/2021, de 23 de julio (Rec. 351/2021).

- STSJ Madrid 400/2021, de 03 de junio (Rec. 224/2021).

- STSJ Murcia 907/2012, de 16 de abril (Rec. 516/2011).

- STSJ Madrid 900/2020, de 09 de octubre (Rec. 85/2020).

- STSJ Cataluña 12078/2001, de 10 de noviembre (Rec. 3750/2001).

4.3 Salarios de tramitación

- STS 4713/1998, de 14 de julio (Rec. 3482/1997).

- STS 1891/2013, de 12 de marzo (Rec. 1042/2012).

- STS 14612/1994, de 19 de mayo (Rec. 1729/1993).

- STS 5773/1986, de 27 de octubre.

- STS 227/1988, de 22 de enero.

- STS 5193/1994, de 07 de julio (Rec. 93/1994).

- STSJ Andalucía 9312/2021, de 10 de junio (Rec. 607/2021).

- STSJ Castilla y León 900/2021, de 23 de marzo (Rec. 64.2021).

- STSJ Extremadura 1047/2020, de 10 de diciembre (Rec. 445/2020).

- SJS Madrid núm. 25, de 30 de mayo del año 2000.

4.4 Pacto de exclusividad

- STS 3464/2015, de 15 de junio (Rec. 1833/2014).

- STS 4138/1987, de 8 de junio.

- STSJ Cantabria 387/2021, de 25 de junio (Rec. 386/2021).

- STSJ Madrid 4402/2021, de 8 de abril (Rec. 680/2020).

- STSJ País Vasco 2481/2019, de 17 de septiembre (Rec. 1361/2019).

- STSJ Cataluña 5363/2021, de 30 de abril (Rec. 5044/2020).

4.5 Pacto de no competencia postcontractual

- STS 3815/2021, de 18 de octubre (Rec. 3769/2018).

- STS 861/2009, de 09 de febrero (Rec. 1264/2008).

- STS 6483/1990 y STS 1056/1990, de 24 de septiembre.

- STS 101/2009, de 15 de enero (Rec. 3647/2007).

- STS 3537/2009, de 14 de mayo (Rec. 1097/2008).

- STS 7501/2010, de 25 de octubre (Rec. 1097/2008).

- STS 8045/2011, de 08 de noviembre (Rec. 409/2011).

- STS 3815/2021, de 18 de octubre (Rec. 3769/2018).

5. Análisis de las causas determinantes de la exención de la responsabilidad empresarial. La tolerancia previa del trabajador

5.1 La deuda de carácter no salarial

- STS 843/2013, de 18 de febrero (Rec. 886/2012).

- STS 569/2021, de 25 de mayo (Rec. 4329/2018).

- STS 4798/2010, de 26 de julio (Rec. 199/2009).

- STS 4203/2018, de 21 de noviembre (Rec. 219/2017).

- STS 9305/2001, de 28 de noviembre (Rec. 364/2001).

- STS 282/1995, de 25 de enero (Rec. 1321/1994).

- STS 2171/2018, de 16 de mayo (Rec. 99/2017).

- STS 2679/2021, de 17 de junio (Rec. 180/2019).

- STS 3404/2021, de 14 de septiembre (Rec. 2/2020).

- STSJ Castilla y León de 16 de enero de 1996 (Rec. 2579/1995).

- STSJ Madrid 811/2011, de 30 de septiembre (Rec. 1662/2011).

- STSJ Asturias 3567/2013, de 15 de noviembre (Rec. 1607/2013).

- STSJ Galicia 9846/2014, de 29 de octubre (Rec. 2687/2014).

- STSJ Cantabria 1027/1993, de 20 de diciembre (Rec. 1022/1993).

5.2 La deuda no exigible

5.2.1 Aplazamiento

- STS 2677/2021, de 8 de junio (Rec. 30/2020).

- STS 2462/2012, de 05 de marzo (Rec. 1311/2011).

- STS 7468/2008, de 22 de diciembre (Rec. 294/2008).

5.2.2 Discrepancia sobre la cuantía o existencia de la deuda

- STS 2363/1991, de 06 de mayo (Rec. 338/1991).

- STSJ Andalucía 1814/1992, de 28 de septiembre (Rec. 1571/1992).

- STSJ Madrid 878/2019, de 21 de octubre (Rec. 878/2019).

- STSJ Madrid 869/2012, de 12 de diciembre (Rec. 3128/2012).

5.2.3 El impago por causa imputable al trabajador

- STS 8413/2006, de 19 de diciembre (Rec. 2659/2005).

- STS de 17 de diciembre de 1987.

- STSJ Castilla y León, de 16 de enero (Rec. 2599/2000).

- STSJ Castilla La Mancha 1655/2002, de 16 de octubre (Rec. 1025/2002).

5.2.3 La tesis de la tolerancia como manifestación de la aquiescencia del trabajador

- STS 4593/2009, de 10 de junio (Rec. 2461/2008).

- STS 4358/2013, de 16 de julio (Rec. 2275/2012).

- STS 6598/2013, de 19 de noviembre (Rec. 2800/2012).

6. Análisis de la gravedad y la culpabilidad como elementos delimitadores del supuesto. Criterios jurisprudenciales y abandono de las tesis subjetivistas

6.1 La gravedad del incumplimiento

- STS 2883/2001, de 05 de abril (Rec. 2194/2000).

- STS 5153/2013, de 24 de septiembre (Rec. 3850/2011).

- STS 4048/2013, de 20 de mayo (Rec. 1037/2012).

- STS 17147/1990, de 9 de febrero (Rec. 159/1986).

- STS 5689/2016, de 09 de diciembre (Rec. 743/2015).

- STS 4593/2009, de 10 de junio (Rec. 2461/2008).

- STS 7472/2010, de 09 de diciembre (Rec. 3762/2009).

- STS 4038/2020, de 20 de mayo (Rec. 1037/2012).

- STS 6598/2013, de 19 de noviembre (Rec. 2800/2012).

- STS 4340/2019, de 19 de diciembre (Rec. 2915/2017).

- STS 312/1999, de 25 de enero (Rec. 4275/1991).

- ATS 7599/2020, de 17 de septiembre (Rec. 3783/2019).

- STSJ Madrid 10289/2021, de 08 de octubre (Rec. 628/2021).

- STSJ Andalucía 12475/2021, de 27 de octubre (Rec. 107/2020).

- STSJ Madrid 13000/2020, de 20 de noviembre (Rec. 652/2020).

- STSJ Cataluña 10402/2019, de 17 de diciembre (Rec. 5134/2019).

- STSJ Islas Canarias 3505/2013, de 27 de septiembre (Rec. 626/2013).

- STSJ Madrid 8010/2021, de 12 de julio (Rec. 345/2021).

6.2 La culpabilidad. Evolución de la tesis subjetiva a la tesis objetiva

- STS 2462/2012, de 05 de marzo (Rec. 1311/2011).

- STS 8754/2012, de 03 de diciembre (Rec. 612/2012).

- STS 1766/2013, de 25 de febrero (Rec. 380/2012).

- STS 9173/1994, de 29 de diciembre (Rec. 1169/1994).

- STS 13517/1986, de 04 de diciembre.

- STS 13519/1987, de 20 de enero.

- STS 2533/1992, de 24 de marzo (Rec. 413/1991).

- STSJ Madrid 890/2021, de 05 de febrero (Rec. 763/2020).

7. Análisis jurídico de la institución resolutoria del art. 50 ET en el marco del procedimiento concursal del TRLC. Especial enfoque en los puntos críticos desde el prisma del conflicto competencial

7.1 Ámbito material: la causa debe ser la situación económica del concursado

- STS 2462/2012, de 05 de marzo (Rec. 1311/2011).

- STS 8754/2012, de 03 de diciembre (Rec. 612/2012).

- STS 1766/2013, de 25 de febrero (Rec. 380/2012).

7.2 Ámbito temporal y competencial: la técnica de la colectivización y la concurrencia de jurisdicciones. Problemática relativa en los casos de grupo empresarial

- STS 5066/2011, de 22 de junio (Rec. 3198/2009).

- STS 7640/2010, de 26 de octubre (Rec. 471/2010).

- STS 3448/2016, de 13 de julio (Rec. 2307/2013).

- ATS 1360/2020, de 13 de febrero (Rec. 16/2019).

7.3 Ámbito procedimental: la prevalencia de la tesis subjetivista a efectos del quantum indemnizatorio

- STC 3/1983, de 17 de febrero.

- STS 7468/2008, de 22 de diciembre (Rec. 294/2008).

- STSJ Castilla La Mancha 1020/2010, de 17 de marzo (Rec. 1249/2009).

- STSJ Galicia 1727/2007, de 23 de enero (Rec. 4800/2006).

TÍTULO IV: OTROS INCUMPLIMIENTOS LESIVOS

1. Aproximación a los incumplimientos graves susceptibles de activar la extinción indemnizada; incumplimientos discriminatorios

1.2 Por razón de nacimiento

- STC 67/1998, de 18 de marzo (Rec. 109/1995).

- STC 156/2006, de 22 de mayo de 2006 (Rec. 5399/2002)

- STC 7/1994, de 17 de enero (Rec. 1407/1992)

- STC 74/1997, de 21 de abril (Rec. 1598/1992)

1.3 Por origen racial o étnico

- STEDH de 13 de diciembre de 2005 (asunto Timishev c. Rusia).

- STEDH de 08 de diciembre de 2009 (asunto Muñoz Díaz c. España).

- STC 1/2021, de 25 de enero (Rec. 1343/2018).

1.4 Por razón de sexo

- STC 161/2004, de 04 de octubre

- STC 145/1991, de 22 de julio.

- STC 71/2020, de 29 de junio.

- STSJ Galicia 4520/2009, de 23 de octubre (Rec. 2454/2009).

- STSJ País Vasco 2437/2018, de 11 de diciembre (Rec. 2204/2018).

- STSJ Cataluña 4471/2011, de 23 de junio (Rec. 1727/2011).

1.5 Por creencias religiosas

- STEDH de 15 de enero de 2013 (Eweida y otros c. Reino Unido).

- STC 19/1985, de 13 de febrero.

- STC 19/1985, de 13 de febrero.

- STC 99/1994, de 11 de abril.

- STC 11/1981, de 08 de abril.

1.6 Por convicción u opinión

- STEDH Handside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976.

- STC 6/1988, de 21 de enero

- STC 107/1988, de 08 de junio.

- STC 110/2000, de 05 de mayo.

- STC 108/2008, de 22 de septiembre.

- STC 106/1996, de 11 de junio.

- STC 1/1998, de 12 de enero.

- STC 120/1983, de 15 de diciembre.

- STC 214/1991, de 11 de noviembre.

- STC 62/1982, de 15 de octubre.

- STC 46/1998, de 02 de marzo.

- STC 47/1985, de 27 de marzo.

1.7 Por razón de edad

- STJUE de 19 de enero de 2010 (Caso Kucukdeveci).

- STJUE de 19 de julio de 2007.

- STJUE de 22 de noviembre de 2011.

- STC 66/2015, de 13 de abril.

1.8 Por discapacidad

- STJUE de 18 de enero de 2024 (Asunto 631/2022).

- STJUE de 11 de julio de 2016 (Asunto C13/2005).

- STJUE 11 de abril de 2013 (Asunto C335/2011).

- STJUE 18 de enero de 2018 (Asunto C270/2016).

1.9 Por orientación, identidad sexual o expresión de género

- STEDH de 11 de junio de 2022.

- STEDH de 19 de enero de 2021.

- STEDH de 11 de octubre de 2018.

- STC 159/2016, de 22 de septiembre.

- STC 67/2022, de 02 de junio de 2022.

2. Supuestos no encuadrables en los apartados a) y b) del art. 50.1 ET por carecer de algún elemento esencial. Notas jurisprudenciales y doctrina de suplicación

2.1 Falta de ocupación efectiva

- STS 2492/2010, de 28 de abril (Rec. 238/2008).

2.2 Especial referencia a los ERTES

- STSJ Andalucía 819/2023, de 26 de abril (Rec. 1726/2022).

- STSJ Cataluña 2781/2022, de 5 de mayo (Rec. 1008/2022).

- STSJ 1493/2021, de 11 de octubre (Rec. 1761/2021).

- STSJ Cataluña 2460/2023, de 19 de abril de 2023 (Rec. 7101/2022)

2.3 Menoscabo de la intimidad o dignidad del trabajador

2.3.1 Acoso moral en el trabajo o mobbing

- STC 220/205, de 12 de septiembre (Rec. 1221/2002).

- STC 56/2019, de 06 de mayo (Rec. 901/2018).

- STS 2240/2022, de 31 de mayo (Rec. 1819/2020).

- STSJ País Vasco 2520/2007, de 2 de octubre (Rec. 1727/2007).

- STSJ Asturias 698/2022, de 08 de marzo (Rec. 2838/2021).

- STSJ Galicia 5089/2014, de 20 de octubre (Rec. 2878/2014).

- STSJ Madrid 668/2023, de 7 de julio (Rec. 384/2023).

- STSJ Galicia 855/2008, de 3 de marzo (Rec. 200/2008).

2.3.2 Acoso sexual

- STC 247/2006, de 24 de julio.

- STSJ Madrid 3471/2016, de 08 de abril (Rec. 804/2015).

- STSJ Galicia 1533/2018, de 16 de marzo (Rec. 5398/2017).

3. Obligaciones en materia de Seguridad Social

3.1 Falta de alta y cotización

- STS 48/2020, de 18 de junio (Rec. 893/2018).

- STSJ Canarias 1139/2008, de 31 de julio (Rec. 437/2008).

3.2 Falta de pago delegado del subsidio de incapacidad temporal

- STS 2867/1995, de 22 de mayo.

- STS 1802/2014, de 25 de marzo (Rec. 1268/2013),

3.3 Falta de pago del complemento de incapacidad temporal

- STS 6041/1996, de 02 de noviembre (Rec. 1176/1996),

3.4 Análisis de la gravedad y la culpabilidad de los supuestos

3.4.1 La gravedad del incumplimiento

- STS 312/1999, de 25 de enero (Rec. 4275/1991)

- STSJ Andalucía 12475/2021, de 27 de octubre (Rec. 107/2020)

- STSJ Madrid 13000/2020, de 20 de noviembre (Rec. 652/2020)

- STSJ Cataluña 10402/2019, de 17 de diciembre (Rec. 5134/2019).

3.4.2 La culpabilidad

- STSJ Madrid 807/2001, de 13 de noviembre (Rec. 4000/2001).

- STSJ Castilla y León de 06 de julio de 1993 (Rec. 1330/1993).

a) Interrelación entre fuerza mayor y culpabilidad

- STS de 20 de septiembre de 1983

b) Fuerza mayor, caso fortuito y culpabilidad: juicio de imputabilidad

- STS 767/2000, de 20 de julio.

- STS 217/2004, de 27 de marzo de 2004.

5. Negativa a la readmisión tras la suspensión del contrato de trabajo

- STS de 15 de octubre de 1987.

5.1 Excedencia voluntaria y forzosa

- STS 5074/2016, de 26 de octubre (Rec. 581/2015).

- STS 17387/1990, de 3 de octubre.

- STS 11656/1987, de 22 de septiembre.

- STS 3830/2022, de 07 de octubre (Rec. 293/2020).

- STS 1203/2023, de 22 de marzo (Rec. 1822/2020).

- STS 7212/2001, de 26 de septiembre (Rec. 4414/2000).

- STSJ Castilla y León 1917/2015, de 18 de noviembre (Rec. 1953/2015).

6. Negativa a reintegrar al trabajador en los supuestos de los artículos 40 y 41 ET cuando una sentencia judicial los haya declarado injustificados

- STSJ Cataluña 5711/2003, de 25 de septiembre (Rec. 4404/2003)

- STSJ Cataluña 7091/2008, de 29 de septiembre (Rec. 1834/2007).

TÍTULO V: ASPECTOS PROCESALES Y SUS CONSECUENCIAS

1. Modalidad procesal y plazo

- STS 330/2020, de 14 de mayo de 2020 (Rec. 4282/2017).

- STS de 22 de octubre de 1986.

- STSJ 2545/2013, de 10 de abril (Rec. 1026/2013).

2. El mantenimiento del vínculo laboral

2.1 Necesidad de pervivencia de la relación laboral

- STS 330/2020, de 14 de mayo de 2020 (Rec. 4282/2017).

- STS de 22 de octubre de 1986.

- STS de 26 de octubre de 2010 (Rec. 471/2010).

- STS 3844/2019, de 10 de octubre de 2017 (Rec. 3684/2015).

- STS 7640/2010. de 26 de octubre de 2010 (Rec. 471/2010).

- STSJ 2545/2013, de 10 de abril (Rec. 1026/2013).

2.2 Irrupción de la corriente flexibilizadora y excepciones a la regla general

- STS 6207/2012, de 20 de julio de 2012 (Rec. 1601/2011).

- STS 8112/2000, de 08 de noviembre del 2000 (Rec. 970/2000).

2.3 Justificación de la necesidad del recurso a las medidas cautelares

- STC 14/1992, de 10 de febrero.

- STS 1367/2023, de 22 de marzo (Rec. 1499/2020).

3. Interacción entre acción de despido y pretensión extintiva

- STSJ Granada 819/2023, de 26 de abril (Rec. 1726/2022).

4. Acumulación de acciones: vulneración de derechos fundamentales y acceso al recurso de suplicación

- STS 3879/2022, de 19 de octubre (Rec. 1363/2019).

5. Extinción indemnizada, litispendencia y cosa juzgada

- STS 5118/2014, de 03 de noviembre (Rec. 739/2013).

- STS 3194/2016, de 10 de mayo (Rec. 49/2015).

- STS 344/2024, de 23 de mayo (Rec. 3716/2020).

- STSJ Castilla La Mancha 1836/2020, de 17 de julio (Rec. 304/2020).

6. Compatibilidad entre indemnización por despido y resarcitoria por vulneración de derechos fundamentales

- STS 344/2004, de 17 de mayo (Rec. 3764/2004).

- STS 2331/1997, de 03 de abril (Rec. 3455/1996).

- STS 1674/2004, de 11 de marzo (Rec. 3994/2002).