

# LA NECESIDAD DE REABRIR EL DEBATE DE LA NULIDAD DE LOS DESPIDOS ARBITRARIOS O EN FRAUDE DE LEY

**DANIEL TOSCANI GIMÉNEZ**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat de València*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Raimundo ARAGÓN BOMBÍN, don Miguel Ángel DÍAZ PEÑA, don Manuel Carlos PALOMEQUE LÓPEZ, don Abdón PEDRAJAS MORENO y don FRANCISCO PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL.

## **Extracto:**

**EN** el estado actual del ordenamiento, el despido radicalmente nulo por fraude de ley carece de todo apoyo legal. De tal forma que no tiene cabida ni siquiera con el carácter excepcional o extremo con el que era admitido bajo el imperio del derogado Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. En estos términos tan rotundos zanjó el debate, el Tribunal Supremo, sobre la antigua figura del despido radicalmente nulo por fraude de ley. Por ello, en la actualidad, aun cuando el despido sea arbitrario o discrecional o incluso haya sido inducido o propiciado de forma arbitraria por el propio empresario, extramuros de las relaciones laborales en el seno de la Administración pública, donde la nulidad tal vez se podría fundamentar en la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, resultará harto difícil que se declare la nulidad del mismo. De este modo, aun cuando suponga un despido fraudulento o arbitrario, tal tipo de despido, como todo despido sin causa o con expresión dolosa de causa falsa, es despido improcedente, con los efectos propios de este, a salvo, naturalmente, de aquellos casos propios del despido nulo. Esto es, cuando el despido haya sido provocado vulnerando derechos fundamentales del trabajador o, asimismo, como represalia por el ejercicio por parte del trabajador de sus derechos, es decir, quebrantando su derecho a la indemnidad. Sin embargo, estos supuestos además de taxativos no dejan de ser excepcionales. En consecuencia, en la gran mayoría de los casos, el despido arbitrario o provocado no tendrá cabida en estos supuestos y, por lo tanto, pese a ser discrecional, arbitrario o incluso provocado, como se

.../...

.../...

ha visto, se acabará por declarar la mera improcedencia del mismo. Por ello, desde estas líneas, se insiste en la necesidad, al menos, de reabrir el debate genérico de la nulidad de los despidos realizados en fraude de ley, pero haciendo extensiva esa necesidad, muy especialmente, a los despidos arbitrarios o inducidos en particular, so pena de dar carta blanca a posibles situaciones fraudulentas, donde la empresa puede legítimamente despedir a personas molestas, no ya sin causa, sino por la falta de rendimiento, titulación u otras exigencias que hubiese provocado ella misma, unilateralmente.

**Palabras clave:** despido nulo, despido improcedente, despido arbitrario, despido inducido o provocado y despido radicalmente nulo por fraude de ley.

## Sumario

- I. Introducción.
- II. El despido provocado. Especial referencia a la ineptitud provocada por el propio empresario.
- III. La ineptitud causada por la alteración de salud del trabajador.
  1. La negativa del trabajador de accionar los procedimientos de Seguridad Social.
  2. El supuesto específico de no superación de reconocimientos médicos preceptivos.
- IV. La dicotomía nulidad improcedencia.
- V. La aplicación de las causas propias de nulidad.
- VI. Argumentos a favor de la declaración de nulidad de los despidos arbitrarios o provocados.
  1. El carácter taxativo de las causas de nulidad. La laguna de las consecuencias del fraude de ley.
- VII. Otros medios de protección.
  1. Indemnización complementaria por daños y perjuicios.

## I. INTRODUCCIÓN

Teóricamente, el ordenamiento jurídico-laboral español no admite la libre resolución contractual por la mera voluntad empresarial. Siendo necesario, en todo caso, la concurrencia de una causa legalmente determinada. Con la única excepción del período de prueba, que supone un privilegio excepcional para el empresario para resolver el contrato, sin necesidad de alegar justa causa. Facultad que, por el contrario, ostenta el trabajador, en todo caso, en virtud de la prerrogativa de desistimiento sin causa, esto es, la dimisión, que le reconoce el artículo 49.1 d) del ET <sup>1</sup>.

De este modo, la resolución por voluntad del empresario, a diferencia del desistimiento por voluntad del trabajador, debe ser siempre causal. Esto es, que, formalmente, en nuestro sistema jurídico no se admite la legitimidad de un despido sin causa o despido *ad nutum*, sino que se consagra el principio de justificado motivo <sup>2</sup>.

No obstante, se ha hecho hincapié, como se habrá observado, en el carácter formal o teórico de dicha exigencia. Ello porque, acto seguido, si se analizan los efectos o consecuencias de la falta o carencia de causalidad en el despido, es fácilmente observable que, aun cuando el ET sigue exigiendo la causalidad del despido formalmente, habría que concluir que tal requisito está extraordinariamente suavizado en cuanto a sus efectos y en relación con la legislación anterior. En efecto, ni el artículo 55 del ET, ni el 108 de la LPL atribuyen la posibilidad de calificar el despido como nulo por la falta de causa. Sino que, por el contrario, como es sabido, dichos preceptos imponen la calificación de improcedencia, entre otros casos, cuando no quede acreditada la causa alegada por el empresario. Con lo cual, aun cuando se llegue a probar que no existe causa legal para poder despedir, al ser la consecuencia la mera calificación de improcedencia del despido, el empresario podrá libremente optar por la rescisión del contrato, con el pago de la indemnización reglada y los salarios de tramitación correspondientes de conformidad con el artículo 56 del ET.

Como es sabido, la empresa puede incluso reconocer la improcedencia del despido en la misma carta y lejos de ser sancionada de ningún modo, el ordenamiento jurídico la premia con la posibilidad,

<sup>1</sup> Véase, MARTÍN VALVERDE, A., «El período de prueba en el contrato de trabajo», Madrid, 1976.

<sup>2</sup> Vid. VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, 2005, pág. 647.

en dicho caso, si deposita la cantidad de la indemnización legal correspondiente, de limitar los salarios de tramitación. Incluso puede llegar a suprimir los mismos si se lleva a cabo dentro de las 48 horas siguientes al despido como establece el artículo 56.2 del ET. Con las evidentes consecuencias negativas que ello entraña para el trabajador afectado. No solo en el plano económico, esto es, pérdida de salarios debidos, sino también en el plano de la Seguridad Social, ya que el artículo 209.6 de la LGSS obliga al empresario a ingresar las cotizaciones correspondientes al período de los salarios de tramitación. Cotizaciones que, evidentemente, en estos casos dejará de ingresar el trabajador, con la consiguiente merma a efectos de reunir los períodos de carencia necesarios para causar derecho a las prestaciones y pensiones de la Seguridad Social. Tampoco se encontrará, por ende, en situación asimilada al alta durante dichos períodos.

Por lo tanto, esto es tanto como decir que el empleador tiene derecho a despedir sin causa y que la indemnización legal fijada constituye una mera transacción. Hasta el punto de que, al menos a efectos prácticos, podríamos decir claramente lo que ya es un secreto a voces, que el despido ha dejado de ser causal, pudiéndose hablar de un despido libre, pero no gratuito. Esto es, que no hace falta la concurrencia y la prueba de una causa, sino el pago de una indemnización reglada legalmente.

Ahora bien, aun cuando y no sin objeciones, se podría admitir dichas consecuencias cuando, aun ostentando cierto fundamento el despido, esto es, habiendo indicios de la causa alegada, simplemente no se haya podido probar la misma por falta de pruebas o la necesaria gravedad, etc., no parece admisible el mismo desenlace cuando sea evidente que la causa alegada por el empresario nunca existió. Esto es, que la causa sea simulada y, por lo tanto, que el despido pueda ser tachado de ser arbitrario o discrecional y mucho menos, a mi modo de ver, cuando a pesar de que la causa efectivamente existe, haya sido directa o indirectamente provocada por el propio empresario.

## II. EL DESPIDO PROVOCADO. ESPECIAL REFERENCIA A LA INEPTITUD PROVOCADA POR EL PROPIO EMPRESARIO

Esto nos lleva acto seguido a plantearnos si es posible un despido provocado. Esto es, que el empresario propicie o induzca directamente la causa legalmente prevista para poder llevar a cabo el mismo. Así, por ejemplo, en el mal llamado «test de honestidad» que consiste en introducir a escondidas un billete en la caja para ver si la cajera del supermercado correspondiente reacciona honestamente o no<sup>3</sup>, pero extensible a otras causas del despido disciplinario. Así, empresario que provoca al trabajador para que le insulte, etc. Entiendo que en el ámbito del despido disciplinario no. Precisamente porque, de conformidad con el artículo 54 del ET, es necesario que el incumplimiento de las obligaciones laborales sea grave y culpable. De tal forma, que no debe existir una causa objetiva, ajena a la voluntad del

<sup>3</sup> Admitido en ocasiones por la doctrina judicial, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga, de 13 de noviembre de 2003, AS (2004, 15). En cambio, otros pronunciamientos no lo admiten. *Vid.* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 31 de julio de 2003.

trabajador, que justifique o legitime el incumplimiento laboral del trabajador<sup>4</sup>. Que es, obviamente, lo que ocurriría en el caso de un incumplimiento provocado o inducido por el propio empresario.

Sin embargo, como es sabido por todos, existen otras causas de despido, denominadas objetivas y entre ellas, especialmente significativa a los efectos que ahora analizamos, cabe destacar la ineptitud sobrevenida. En definitiva, esta causa también se puede traducir en un rendimiento defectuoso del trabajador o, lo que es lo mismo, en una disminución de capacidad laboral del trabajador o del propio rendimiento del mismo<sup>5</sup>. Sin embargo, la diferencia con el despido disciplinario consiste precisamente en que debe obedecer necesariamente a causas exógenas al trabajador. Así, no solo no es necesario la nota de culpabilidad, sino que obligatoriamente no debe concurrir<sup>6</sup>. Es decir, como destaca algún autor, que no debe haber dolo o imprudencia grave en la disminución del rendimiento<sup>7</sup>. Por ello, la extinción producida llevará aparejada, en todo caso, una indemnización al trabajador<sup>8</sup>.

Ahora bien, precisamente por el hecho de que la ineptitud, como se ha visto, debe originarse por causas exógenas a la propia voluntad del trabajador, esto es, que no se requiere el requisito de culpabilidad<sup>9</sup>; a continuación cabe preguntarnos si esto quiere decir que, ¿siempre que haya una disminución del rendimiento, objetivamente contrastable, en la cual no concorra culpabilidad del trabajador, debe articularse el caso por la vía de la ineptitud sobrevenida? Y, en consecuencia, si es posible un despido por ineptitud provocada o inducida por el propio empresario. A mi modo de ver, no. Aun cuando es indiferente la concurrencia de culpabilidad o no del propio trabajador para la aplicación del supuesto en cuestión, como se ha visto, cuestión distinta, siempre a mi juicio, sería la concurrencia de culpabilidad del propio empresario o de un tercero en la disminución del rendimiento o la inhabilidad profesional del trabajador. En efecto, no puede repercutir negativamente en la relación laboral del trabajador la falta de habilitación profesional, por ejemplo, aun cuando este último haya solicitado la renovación de la habilitación correspondiente en tiempo y forma, debido

<sup>4</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1988, Ar. 3028, 2 y 8 de febrero de 1990, Ar. 1.222 y 844 y 23 de enero de 1991, Ar. 172.

<sup>5</sup> Vid. SALA FRANCO, T., «Extinción del contrato de trabajo por muerte, invalidez o jubilación del trabajador: criterios jurisprudenciales», *Tribunal Supremo*, n.º 12, 1991, pág. 16.

<sup>6</sup> Vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J., «La configuración de los pactos extintivos sobre rendimiento mínimo y su relación con el despido disciplinario por disminución de rendimiento», *REDT*, n.º 123, 2004, pág. 406. En este sentido, se pueden ver Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Valladolid de 14 de noviembre de 1995, AS 4121, de Cataluña de 12 de junio de 2001, AS 3488 y de Canarias/Las Palmas de 25 de julio de 2001, AS 15665, en las cuales el Tribunal concluye que en realidad solo se habían demostrado meras discrepancias con el modo de actuar del trabajador o incumplimiento genérico de obligaciones contractuales, cuestión que nada tiene que ver con su capacidad o aptitud, sino tales conductas, como negativa a realizar sus funciones o su mala ejecución, bien en forma patente o bajo excusas infundadas, así como las discrepancias con sus compañeros de trabajo o altercados tienen un claro soporte voluntarista y no objetivo. Podrán, en consecuencia, desencadenar la potestad disciplinaria del empleador, pero en modo alguno legitimar la resolución con soporte ajeno a la voluntad del trabajador. En sentido contrario, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 5 de julio de 2001, AS 3699, donde sí se considera que afecta a la aptitud el difícil carácter y la actitud del trabajador, Jefe de ventas que provocaba un ambiente insostenible con su equipo de ventas y personal administrativo afecto.

<sup>7</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador*, Navarra, 2005, pág. 115.

<sup>8</sup> ALBIOL MONTESINOS, I., «La extinción del contrato de trabajo: otras causas de extinción», en *Derecho del Trabajo*. Tomo II. Contrato individual, Valencia, 2004, pág. 640.

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1982, AS 4613.

a un retraso injustificado por parte de la Administración pública en la expedición de la titulación. Así, por ejemplo, la doctrina judicial ha negado la concurrencia de ineptitud en el caso de trabajador extranjero al que la Administración no le homologa la titulación por error imputable únicamente a esta última <sup>10</sup>.

Por ello, y con mayor razón, entiendo que también debe ser así cuando al trabajador se le retire la titulación habilitante por culpa de la empresa, por ejemplo, retirada del permiso de conducir de un conductor por cuenta ajena por obligarle la empresa a conducir con sobrecarga o con el vehículo en malas condiciones o sin haber pasado la ITV y, de forma general, cuando el empresario provoque directa o indirectamente la ineptitud que posteriormente alega. Así, por ejemplo, destinar la empresa, por vía de expediente de regulación de empleo, a un trabajador a un puesto para el que se sabe que no reúne las condiciones legales. Causarle al trabajador directa o indirectamente graves secuelas psicológicas, depresiones, ansiedad, etc., a través del denominado *mobbing*, es decir, acoso psicológico o incluso acoso sexual, que le inhabilitan para el trabajo, etc.

Además, la ineptitud del trabajador puede haberse buscado directamente para poner fin a la relación laboral, esto es, que concurra dolo por parte de la empresa. Sin embargo, en muchas otras ocasiones, la ineptitud se habrá provocado de forma indirecta como consecuencia de obligar al trabajador a desempeñar sus funciones en condiciones inferiores o contrarias al ordenamiento, es decir, con imprudencia grave. No obstante, se aprovecha la ineptitud provocada así para poner fin a la relación laboral. En ambos casos, debe quedar vedada la posibilidad de invocar la ineptitud para resolver el contrato de trabajo.

Del mismo modo, entiendo que cabe subsumir en este concepto de ineptitud provocada por el empresario, aquellos casos en que debiendo este, legal o convencionalmente, asumir el coste de la formación del trabajador, incumpla dicha obligación y posteriormente alegue la falta de formación para despedir al trabajador por ineptitud. Es cierto que, de forma general, el Derecho laboral español no articula una obligación o deber activo de capacitación por parte del empresario en relación con sus trabajadores, sino tan solo un simple deber del empleador de permitir o no obstaculizar el ejercicio de una serie de derechos de los trabajadores (permisos para exámenes, permisos de formación continua, elección de turnos, etc.). Sin embargo, no es menos cierto que en ocasiones tasadas podemos encontrar ejemplos de obligaciones legales del empresario de asumir el coste de la concreta formación del trabajador en materias específicas. Así, por ejemplo, cabe traer a colación el artículo 19 de la LPRL, que establece la obligación del empresario de garantizar que cada trabajador reciba una formación suficiente, adecuada, teórica y práctica en materia de prevención de riesgos laborales. En el mismo sentido, cabe destacar la normativa reguladora de manipulación de alimentos, Real Decreto 202/2000, de 11 de febrero. Esta normativa establece la obligación de los empresarios del sector alimentario de formar a los manipuladores de alimentos en higiene de acuerdo con su actividad laboral, debiendo desarrollar e impartir los programas de formación la propia empresa o, en su caso, delegar en una entidad autorizada por la autoridad sanitaria competente. No obstante, sin duda, es en el ámbito de la negociación colectiva donde, por excelencia, se sitúan la obligatoriedad empresarial de las acciones

<sup>10</sup> Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga de 20 de febrero de 2003, AS 1362.

formativas. Así, a título de ejemplo y sin ánimo de exhaustividad <sup>11</sup>, cabe traer a colación el artículo 12 del convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad 2005-2008, que establece que las partes firmantes se someten al subsistema de formación profesional continua regulado en el Real Decreto 1046/2003, de 1 de agosto, y Orden Ministerial de 13 de febrero de 2004, o normativa que le sustituya, así como el desarrollo que se efectúe de los contratos programas para la formación de los trabajadores, comprometiéndose a realizar los actos necesarios para el fiel cumplimiento de ambos acuerdos. Lo mismo ocurre en el supuesto de la autorización especial TPC para los distribuidores de Gas Butano en la provincia de Vizcaya, al contemplarlo así el convenio colectivo correspondiente [Convenio Colectivo provincial de Vizcaya para el sector de Distribuidores de Gas Butano (BOP 18/6/2004)]: artículo 21, *in fine*. Los costos que originen la obtención del TPC serán a cargo de la empresa.

En consecuencia, en todos estos casos, si la empresa se ha negado a proporcionar o hacerse cargo de dicha formación, no puede invocar la ineptitud sobrevenida como causa de extinción del contrato de trabajo, por la falta de preparación o actualización de conocimientos o por la falta de habilitación oficial.

Evidentemente, si se legitimara el despido por ineptitud en estos supuestos, además de ser contrario al principio de buena fe, se estaría dando carta blanca a posibles situaciones fraudulentas, donde la empresa podría legítimamente despedir a personas molestas por la falta de rendimiento o titulación que hubiese provocado ella misma unilateralmente. Lo cual supondría, en mi opinión, un claro supuesto de fraude de ley. Además, se podría equiparar por analogía con la garantía del artículo 39 del ET. Esto es, del mismo modo que la empresa no puede despedir por ineptitud tras una movilidad funcional unilateral, tampoco podrá despedir por la ineptitud provocada unilateralmente por la propia empresa. Finalmente, no se entendería que los vicios formales en aquellos casos en que sí existe la ineptitud alegada, llevasen a la nulidad del despido. Mientras que en estos casos la calificación fuera simplemente de improcedencia.

Es cierto que se podría pensar que, aun cuando el empresario haya provocado o inducido directa o indirectamente una ineptitud al trabajador y precisamente para evitar posibles problemas, en lugar de resolver por la vía del artículo 52.1 del ET, simplemente podría realizar un despido disciplinario con causa simulada. Sin embargo, cabe recordar que, ante una mala ejecución de la prestación de servicios objeto del contrato de trabajo, no queda al libre albedrío del empresario la concreta vía

<sup>11</sup> Resolución de 18 de mayo de 2005, de la Dirección General de Trabajo. Artículo 12. Formación:

Las partes firmantes se someten al subsistema de formación profesional continua regulado en el Real Decreto 1046/2003, de 1 de agosto, y Orden Ministerial de 13 de febrero de 2004, o normativa que le sustituya, así como el desarrollo que se efectúe de los contratos programas para la formación de los trabajadores, comprometiéndose a realizar los actos necesarios para el fiel cumplimiento de ambos acuerdos.

Queda facultada la Comisión Mixta o Paritaria sobre Formación Profesional Continua del Sector de Seguridad Privada, para desarrollar cuantas iniciativas sean necesarias y conducentes a la aplicación, de la normativa legal indicada anteriormente, o la vigente en el ámbito temporal del convenio.

Cuando se efectúe la actividad formativa obligatoria fuera de la jornada laboral se abonarán al trabajador las horas empleadas en ella a precio de hora extraordinaria de su categoría laboral.

Cuando, en este caso, deba el trabajador desplazarse por sus propios medios, dicho desplazamiento será abonado en la forma prevista.

Las empresas, en virtud de la referida normativa, se someten al procedimiento en ella establecido, y deberán informar a los representantes de los trabajadores de los planes de formación profesional a realizar, bajo el objetivo general de la mejor adaptación de la empresa a las circunstancias del mercado.



para poder poner fin a la relación laboral, sino que de concurrir tal nota de voluntariedad se podrá extinguir la relación laboral, en su caso, si se dan los demás requisitos, por vía del despido disciplinario. Mientras que, en sentido contrario, solo cuando la mala ejecución no tenga su causa en el libre albedrío del trabajador podrá emplearse la vía de la ineptitud sobrevenida<sup>12</sup>. De tal forma que en este caso, al existir un fundamento objetivo, ajeno a la voluntad del trabajador, que legitima el incumplimiento, el dolo o negligencia del empresario, la resolución por vía del despido disciplinario no estaría legitimada. Por ello, aun cuando el empresario alegue en la carta de despido que se trata de un despido disciplinario, no dejaría de ser una calificación jurídica propia o subjetiva. Calificación que, en ningún caso, cabe recordar, resulta vinculante para el Juez<sup>13</sup>. Debiendo este último, en consecuencia, calificar el despido correctamente como ineptitud, al no concurrir el libre albedrío del trabajador en el incumplimiento de sus obligaciones laborales y resolver en consecuencia.

### III. LA INEPTITUD CAUSADA POR LA ALTERACIÓN DE SALUD DEL TRABAJADOR

A mi modo de ver, lo mismo se puede predicar del despido por ineptitud por una baja del trabajador o tras una declaración de incapacidad permanente que no extingue el contrato de trabajo. Es cierto que, en una primera aceptación se podría argumentar que aun cuando la ineptitud puede estar en ocasiones vinculada a las declaraciones de invalidez, lo cierto es que la extinción del contrato de trabajo vía artículo 52 a) del ET no está condicionada a la situación de incapacidad permanente. Son dos conceptos diferentes que se definen por remisión a normativas distintas. La incapacidad permanente requiere de una declaración administrativa o judicial y, sobre todo, el haber estado sometido a tratamiento médico. Mientras que la causa resolutoria del artículo 52 a) del ET únicamente requiere una mera constatación objetiva de la ineptitud, que *a priori* la deberá apreciar unilateralmente el empresario y solo en el caso de que el trabajador recurra tal decisión, vía judicial, será el órgano judicial correspondiente quien convalidará o revocará la citada decisión (exceptuándose únicamente los supuestos de movilidad funcional unilateral del empresario, por expresarlo así explícitamente el art. 39 del ET). En consecuencia, de la correlación de los artículos 1, 5 y 20 del ET, se deduce que la prestación de servicios por parte del trabajador ha de ceñirse al trabajo convenido y con la exigencia y perfección que su calificación profesional impone. Esta prestación adecuada es requisito implícito para acreditar derecho a la contraprestación salarial del empresario. Si la primera prestación no puede ofrecerse porque objetivamente ha desaparecido la habilidad para ello, desaparece asimismo la base negocial que obligaría a la persistencia en la relación laboral y faculta de este modo al empresario a la resolución del vínculo contractual. Así, aun cuando se hubiera denegado la situación de invalidez permanente, es decir, cuando no exista un proceso que merezca consideración de incapacidad a efectos de Seguridad Social, todos podemos pensar en situaciones que provoquen una falta de aptitud para el desarrollo de la prestación,

<sup>12</sup> VIDA SORIA, J., «La ineptitud del trabajador respecto a la ocupación o trabajo para que fue contratado», en *Dieciséis Lecciones sobre causas de despido*, Madrid, 1969, pág. 116, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., «La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas», en *Problemas aplicativos del Estatuto de los Trabajadores*, 1982, pág. 233, BRIONES GONZÁLEZ, C., *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, Madrid, 1995, pág. 79, ALZAGA RUIZ, I., «La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas», en *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, (Director SEMPERE NAVARRO, A.V.), Navarra, 2004, pág. 334 y ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *op. cit.*, pág. 110.

<sup>13</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1986, Ar. 994, y 20 de marzo de 1991, Ar. 1883.



«apreciablemente inferior a la media normal»<sup>14</sup>. Siempre y cuando las secuelas o la agravación de las mismas sean posteriores a la iniciación del contrato de trabajo o, de ser originarias, se hubieran conocido por el empresario *a posteriori* sin mediar período de prueba<sup>15</sup>. Piénsese, por ejemplo, en la alergia leve a un determinado producto presente en el ambiente laboral que le causara molestias al trabajador, aun cuando objetivamente las secuelas son insuficientes para la declaración, ni siquiera, de una incapacidad permanente parcial, por no alcanzar ni siquiera el 33 por 100 la disminución en el rendimiento normal o cuando al trabajador se le han declarado lesiones permanentes no invalidantes en vía administrativa y aun cuando hubiera recurrido la decisión en vía judicial<sup>16</sup>.

Del mismo modo, aun cuando la posibilidad de alegar la referida causa resolutoria iniciado ya un expediente de declaración de incapacidad permanente todavía no resuelto, podría pensarse contrario a la buena fe o incluso fraudulento, no es menos cierto que el artículo 52 legitima al empresario para rescindir el contrato unilateralmente por la mera constatación objetiva de ineptitud sobrevenida sin que la normativa establezca criterios de preferencia de una vía sobre la otra o la necesidad de iniciar la vía del expediente de invalidez en caso de no haberse ni siquiera iniciado. De tal manera que se podría argumentar que la invocación de abuso de Derecho o fraude de ley, en su caso, ha de partir, no del mero ejercicio de la resolución unilateral del contrato vía artículo 52, sin haberse resuelto el expediente de incapacidad, sino de la indubitada demostración, en todo caso, de que se hizo quebrantando el espíritu y la finalidad de la ley. En este sentido, la doctrina judicial ha mantenido que una posterior incapacidad permanente reconocida judicialmente, no le impide a la empresa adelantarse y declarar la extinción por ineptitud sobrevenida cuando en vía administrativa solo se ha producido la declaración de lesiones permanentes no invalidantes<sup>17</sup>.

No obstante, de una reflexión más detenida y profunda y sobre todo, desde el principio «pro beneficiario» que debe prevalecer en las interpretaciones de la normativa social, creo que se debe contestar de forma negativa a ambos interrogantes, alegando, en primer lugar, que al denegar la situación de incapacidad permanente lo que se hace es declarar al trabajador apto para el desempeño de su puesto de trabajo y darlo de alta para su posterior reincorporación, por lo cual parece incompatible con tal decisión la posterior extinción del contrato de trabajo, invocada exclusivamente por voluntad del empresario, con base en la ineptitud del trabajador. Por lo tanto, de este modo, al contrario y con la salvedad de aquellos supuestos excepcionales, donde pese a no haber recaído declaración de incapacidad permanente la continuidad del trabajador en su puesto de trabajo viniera prohibida legal y expresamente, de conformidad con el artículo 25 de la LPRL, esto es, por suponer un peligro para su propia integridad o la de terceros<sup>18</sup>, el empresario tendrá que readmitir y dar ocupación efectiva al trabajador y si el empresario estima que aquel ya no puede llevar a cabo las funciones de su anti-

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1982, Ar. 4613.

<sup>15</sup> Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 6 de mayo de 1997, AS 1647, de Canarias/Las Palmas de 9 de julio de 1996, AS 2536, de Galicia de 15 de octubre de 1999, AS 2967, de Cantabria de 27 de noviembre de 2002, AS 223 y de Madrid de 29 de mayo de 2001, AS 2283.

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de junio de 2003, AS 2606.

<sup>17</sup> Véase nota anterior.

<sup>18</sup> Incluso en estos supuestos cabría plantearse si es posible la aplicación del despido por ineptitud. En efecto, en definitiva se trataría de una prohibición legal de trabajar y, como se ha podido ver, en otros supuestos de prohibición legal, como por ejemplo incompatibilidades, etc., el propio Tribunal Supremo ha denegado la posibilidad de aplicar la ineptitud.

guo puesto de trabajo en las mismas condiciones, deber aplicar inexorablemente el principio general de la acción preventiva de la adaptación del trabajador a su puesto de trabajo <sup>19</sup>. De no ser esto posible y extramuros de los supuestos de mutuo acuerdo o de las posibles previsiones contenidas en cláusulas convencionales de recolocación para dichos casos, la referida adaptación se podría llevar a cabo o bien a través de los mecanismos de la movilidad funcional, de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y/o de la movilidad geográfica. En cuyo caso el empresario deberá respetar los condicionantes formales para la utilización legítima de tales medidas (arts. 39, 40 y 41 del ET): razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando procedan, en caso de encomienda de funciones inferiores justificación por necesidades perentorias o imprevisibles, respetar el preaviso correspondiente o, en su caso, el período de consultas preceptivo. Por su parte, el trabajador tendrá derecho al mantenimiento de la retribución de origen, salvo encomienda de funciones superiores en cuyo caso el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente a la categoría superior, opción por la rescisión del contrato con derecho a indemnización o la posibilidad de impugnar judicialmente la decisión empresarial, sin perjuicio de la ejecutividad de la misma. Finalmente, solo en el supuesto de que no sea viable la utilización de alguna de las medidas preventivas descritas con anterioridad, por ejemplo, pequeña empresa con un solo centro de trabajo, donde no existen puestos de trabajo adecuados para el trabajador, podrá el empresario poner fin a la relación laboral, previo pago de la correspondiente indemnización legal <sup>20</sup>.

Del mismo modo, en el caso de enfermedades subyacentes a una eventual incapacidad no declarada cabría alegar que en tales casos al no haber recaído todavía declaración pronunciándose sobre la estimación o denegación de la incapacidad permanente, la disminución de la capacidad, aun cuando efectivamente pueda existir, será todavía en cualquier caso indudablemente temporal y no definitiva o permanente. En efecto, pues en tales casos, aun cuando la alteración de la salud impida al trabajador realizar su cometido, por su carácter transitorio, no es una real y definitiva ineptitud. Además, la ineptitud conlleva obligatoriamente una falta de operatividad en el desempeño de las funciones del puesto de trabajo, no una repercusión en las incidencias de la actividad cuando son debido a bajas laborales, pues lo contrario sería tanto como penalizar el disfrute de los legítimos períodos de incapacidad temporal. Cosa distinta es que algunos trabajadores abusen de tal derecho y con una mayor frecuencia de la habitual soliciten las referidas bajas pasando elevados períodos de tiempo en situación de incapacidad temporal, por pequeñas molestias, cuando no simuladas, que muchas veces no justifican tal situación. Sin embargo, este es un problema de control y vigilancia y que, además, encuentra cobertura en otra de las causas de despido objetivo, esto es, la letra d), por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, y que, por lo tanto, ni puede ni debe ser reconducido por la vía de la ineptitud. Aun cuando es cierto que no hay una regla específica que establezca criterios de preferencia entre una vía u otra, no es menos cierto que el artículo 3.3 del ET, al regular los posibles conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, estipula que deberán resolverse mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador, que en este caso, que duda cabe, es la suspensión del contrato de trabajo con reserva del puesto de trabajo, percibiendo el subsidio por incapacidad temporal y posibles complementos de la empresa, frente a la extinción del contrato de trabajo. Es más, por propia definición y desde una interpretación estrictamente conceptual resulta evidente que si la pérdida del título o permiso o la ineptitud, en general,

<sup>19</sup> Artículos 15 d) y 25.1 de la LPRL.

<sup>20</sup> Artículo 53 del ET.

viene causada por una alteración de la salud que incide en la capacidad de trabajo, salvo que no requiera tratamiento médico, será constitutivo de una baja laboral, es decir, un proceso de incapacidad temporal. En consecuencia, si se le reconoce el derecho al trabajador en cuestión a iniciar un período de incapacidad temporal, a mi modo de ver, se hace difícil justificar, no ya moral o socialmente, sino lo que es más importante, desde una perspectiva estrictamente jurídica, la facultad del empresario de resolver la referida relación laboral por la misma causa que haya justificado y obligado la situación de incapacidad temporal, sin entrar de lleno en el concepto de abuso de Derecho o fraude de ley, pues es evidente que se estaría inculcando la finalidad de la normativa reguladora, cual es el establecimiento en estos casos de una causa de suspensión que obliga al empresario a la reserva del puesto de trabajo.

Finalmente, en cualquier caso, cabe recordar ahora que el propio TJCE <sup>21</sup> ha mantenido que el mero hecho de despedir a un trabajador enfermo o de baja no constituye *per se* un despido nulo. En efecto, según el TJCE, la finalidad de la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad, es combatir determinados tipos de discriminación en el empleo y debe entenderse la discapacidad como una «limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional». Sin embargo, hace hincapié el Tribunal en el hecho de que el legislador haya utilizado deliberadamente el término discapacidad y no el de enfermedad, no siendo posible, por tanto, llevar a cabo una equiparación pura y simple de ambos conceptos, sino que han de ser interpretados como conceptos diferentes.

Concluye el TJCE que, al no existir en la Directiva una prohibición de discriminación por motivos de discapacidad tan pronto como aparezca cualquier enfermedad, en el caso de que una persona sea despedida por su empresario «exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad». De este modo, afirma el Tribunal que la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad en materia de despido afecta únicamente al despido por motivos de discapacidad que «no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate».

Del mismo modo, pese a que podemos encontrar algunos pronunciamientos judiciales que han declarado nulos los despidos de trabajadores en situación de incapacidad temporal <sup>22</sup>, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo <sup>23</sup>, en términos similares a la establecida ahora por el TJCE, ha mantenido que «la enfermedad, entendida en sentido genérico, desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación».

<sup>21</sup> STJCE de 11 de julio de 2005.

<sup>22</sup> A título de ejemplo, véase Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 31 de enero de 2005.

<sup>23</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2001, 12 de julio de 2004 y 23 de mayo de 2005.

## 1. La negativa del trabajador de accionar los procedimientos de Seguridad Social.

Ahora bien, todos los supuestos descritos, como se puede apreciar, se encuentran amparados o bien por causas legales de suspensión del contrato de trabajo o se ha puesto fin a un procedimiento de incapacidad permanente sin declaración de grado que extinga la relación laboral. De ahí, que se mantenga que en ninguno de estos casos esté facultado el empresario para resolver el contrato con base a una posible ineptitud sobrevenida. Sin embargo, y aun cuando el supuesto que se plantea a continuación será poco frecuente en la práctica, la cuestión que cabe plantearse acto seguido es ¿qué ocurre cuando, en aquellos supuestos excepcionales donde por el hecho de que las tareas del trabajador sean livianas y/o disfrute de unas condiciones de trabajo muy ventajosas, a las cuales no quiere renunciar, se niega a solicitar la baja por incapacidad temporal o a instar directamente el procedimiento de declaración de incapacidad permanente? Aun sin desconocer que incluso en estos casos se podría seguir defendiendo y así lo hacen algunas sentencias<sup>24</sup>, que, aun cuando en vía administrativa o judicial se acrediten unas lesiones que podrían justificar el reconocimiento de un grado de invalidez permanente que pusiera fin a la relación laboral, ello no justificaría el despido por ineptitud, debiendo en consecuencia el empresario instar la declaración de incapacidad permanente, si estuviera legitimado por colaborar en la gestión de la Seguridad Social, si bien, solo en aquellos asuntos que le afecten directamente. De lo contrario, a lo sumo, podrá solicitar al INSS o a la Mutua correspondiente la iniciación del procedimiento de oficio mediante la oportuna denuncia<sup>25</sup> y de negarse esta se podría instar una posterior acción judicial frente a tal negativa. Sin embargo, no creo que ante la negativa injustificada e interesada del trabajador de no poner en marcha los procedimientos de Seguridad Social para que se determine su posible incapacidad esté justificado obligar al empresario a recurrir a la vía judicial, con las pocas garantías que tendría de éxito, ya que en la mayoría de los casos estaría recurriendo contra el archivo de una denuncia ante el INSS, esto es, ante la negativa de este órgano de poner en marcha el procedimiento de oficio. Lo cual en la práctica y en la gran mayoría de las ocasiones, supondría cegar toda vía legal para poner fin a la relación laboral. Por ello, en estos casos excepcionales, entiendo que tendría cabida, junto con las otras excepciones que se han hecho, la resolución del contrato, vía el artículo 52.1 a) del ET.

## 2. El supuesto específico de no superación de reconocimientos médicos preceptivos.

Mención aparte merece el supuesto específico en el cual se alega la ineptitud como causa resolutoria del contrato de trabajo por no haber superado el trabajador un reconocimiento médico preceptivo para el puesto de trabajo. Esto es, por haber sido declarado no apto en reconocimiento médico. En estos supuestos, y a mi modo de ver, habría que realizar varias aclaraciones. En efecto, en primer lugar, cabría destacar aquellos supuestos en que el reconocimiento médico es instado por la propia empresa y realizado por los facultativos de los propios servicios de prevención de la misma, con base al artículo 22.1 de la LPRL, esto es, cuando sea imprescindible para evaluar los efectos de las con-

<sup>24</sup> Vid. a título de ejemplo Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 10 de enero de 1997, AS 35.

<sup>25</sup> Artículos 4 del Real Decreto 1300/1995, 3.1 b) y c) de la Orden de 18 de enero de 1996 y 69.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ROMÁN VACA, E., *op. cit.*, pág. 33 y ROQUETA BUJ, R., *op. cit.*, pág. 136.

diciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores y, muy especialmente, para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo o para terceros. De este modo, es cierto que la mentada LPRL faculta a la empresa a llevar a cabo reconocimientos médicos, incluso sin necesidad de concurrir la voluntad del trabajador afectado y es cierto, asimismo, que el artículo 25.1 del mismo texto legal prohíbe expresamente que sean empleados trabajadores que a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas, ponerse en situación de peligro o cuando simplemente no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo. Ahora bien, no es menos cierto que de tal prohibición no se puede extraer una genérica facultad rescisoria del puesto de trabajo. Nada más lejos de la finalidad de la LPRL que se encuentra regida, como se ha visto, por el principio general de la acción preventiva de la adaptación del trabajador a su trabajo<sup>26</sup>. De tal forma que, el empresario deberá adaptar el puesto de trabajo al trabajador o cambiar este a otro puesto de trabajo adecuado. Sin que a mi modo de ver, a diferencia de lo que mantienen algunas sentencias<sup>27</sup>, se pueda invocar la extinción del contrato por ineptitud, con base en la prohibición del artículo 25 de la LPRL, pues, como es evidente, se trata de una prohibición legal de trabajar y como se ha podido ver, el propio Tribunal Supremo ha manifestado expresamente que no se incluye dentro del concepto de ineptitud los supuestos de imposibilidad legal de desarrollo de un trabajo<sup>28</sup>. De tal forma que o bien el empresario deberá adaptar el propio puesto de trabajo o llevar a cabo una movilidad funcional o geográfica a un nuevo puesto de trabajo adecuado para el trabajador afectado<sup>29</sup>.

En segundo lugar, cabe recordar que el propio artículo 22 de la LPRL parte de la base del carácter voluntario de la vigilancia de la salud, por regla general, con ciertas excepciones tasadas:

- Cuando sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores. En consecuencia, no será suficiente la mera decisión empresarial basada en la oportunidad, sino la existencia objetiva de un determinado factor de riesgo para la salud de los trabajadores.
- Para verificar el estado de la salud cuando pueda constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas.
- Cuando así lo exija una disposición legal.

En consecuencia, los convenios colectivos no pueden establecer como obligatorios los reconocimientos médicos fuera de los supuestos establecidos en la propia ley y que acabamos de relatar. Por lo tanto, de hacerlo, según doctrina del Tribunal Constitucional, dichas disposiciones se considerarían nulas por vulnerar la intimidad del trabajador. Así cabe recordar que los reconocimientos médicos

<sup>26</sup> Artículos 15. d) y 25.1 de la LPRL.

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 30 de septiembre de 2005, AS 2622.

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de mayo de 1990, Ar. 3937.

<sup>29</sup> Solo excepcionalmente en aquellos supuestos fehacientemente constatados de que no sea viable la utilización de alguna de las medidas preventivas descritas con anterioridad, por ejemplo, pequeña empresa con un solo centro de trabajo, donde no existen puestos de trabajo adecuados para el trabajador, podrá el empresario poner fin a la relación laboral, previo pago de la correspondiente indemnización legal.

deben estar legitimados siempre como derecho del trabajador a la vigilancia de su salud, bien en aras de su propio interés, bien fundado en el interés de la salud de los demás compañeros o terceros. El interés empresarial no puede justificar una intromisión en la esfera íntima de los trabajadores fuera de estos supuestos. Por lo tanto, los exámenes médicos no pueden utilizarse nunca como un instrumento del empresario para el control de la salud de los trabajadores, ni tampoco para verificar la capacidad profesional o aptitud psicofísica con el propósito de procesos de selección de personal<sup>30</sup>. Un ejemplo, paradigmático, es el convenio colectivo estatal para empresas de seguridad privada. Que además de establecer una evaluación médica inicial, antes de iniciar la actividad, también articula la facultad de la empresa de realizar un examen médico posterior, literalmente, si observa una conducta «rara» del trabajador. Evidentemente, tal norma es discriminatoria y deja en manos de las empresas la facultad de obligar a los trabajadores a someterse a revisiones médicas, individualmente, en cualquier momento. Lo que va en contra de la ley y, por tanto, se debe considerar nula e inaplicable esta facultad.

En tercer lugar, tratándose de puestos de trabajo en los cuales legal o reglamentariamente tenga que superar, periódicamente, el trabajador pruebas psicotécnicas y médicas, para poder desempeñar la prestación de servicios, como veremos a continuación, la superación de estas últimas por parte del trabajador, obligatoriamente, debe concluir en la aptitud del mismo para el desempeño de las funciones correspondientes. Esto es, mientras la instancia o autoridad correspondiente, encargada legalmente de declarar la aptitud del trabajador, no estime lo contrario, este obligatoriamente deberá tener la consideración de apto. Por ejemplo, conductor que supera las pruebas médicas para obtener el permiso de conducir correspondiente, etc. Por lo tanto, en los supuestos descritos, no se podrá invocar esta causa de ineptitud por parte de la empresa, aun cuando los servicios médicos privados de la misma concluyan lo contrario.

En todos estos casos, solo, como ya se ha destacado, de resultar ineficaces dichas medidas preventivas o de no ser viables por las específicas características de la empresa, podría llevarse a cabo la extinción del contrato, con el abono de la correspondiente indemnización legal, vía el artículo 52.1 a) del ET. Del mismo modo, de estimar la empresa que el estado de salud del trabajador es constitutivo de un grado de incapacidad permanente únicamente podrá, como ya se ha visto, instar la declaración de incapacidad permanente, primero si colabora en la gestión de la Seguridad Social y, segundo, solo en aquellos asuntos que le afecten directamente. De lo contrario, y únicamente en el supuesto de que el propio trabajador se niegue a solicitar la baja o instar directamente el procedimiento de declaración de incapacidad permanente, como ya he manifestado, se podrá asimismo invocar la ineptitud del trabajador como causa de extinción de la relación laboral.

Finalmente y en cualquier caso, aun cuando no se hubiera superado un reconocimiento médico legalmente obligatorio, evidentemente y aunque huelga decirlo, no cabría invocar la disolución del contrato por ineptitud sobrevenida en aquellos casos en que la alteración de la salud fuera transitoria o temporal y viniera amparada por un supuesto legal de suspensión del contrato de trabajo. Digo que huelga decirlo, sin embargo, no está de más recordarlo explícitamente, sobre todo cuando algunos pronunciamientos judiciales parecen haberlo olvidado u obviado. De lo contrario y de seguir con la referida interpretación amplia de la ineptitud del artículo 52 del ET, se podría llegar al absurdo de supuestos como el que gráficamente pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Superior de

<sup>30</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 2004. STC 196/2004.



Justicia de Madrid de 3 de octubre de 2001, AS 20581, donde se despide por ineptitud a una trabajadora de una línea aérea con la categoría de piloto, por el hecho de estar embarazada, ya que su estado provocó la retirada temporal de su licencia por Aviación Civil, declarándose además la procedencia del despido con base en que la trabajadora no había solicitado un puesto de trabajo en tierra, cuando la obligación de ofrecer dicho puesto es del empresario (art. 26.3 de la LPRL) y que aun no existiendo una vacante adecuada en la empresa, como ocurre en el supuesto, eso no puede abocar nunca en la extinción del contrato sino en la causa suspensiva del artículo 45.1 d) del ET, percibiendo durante dicho período la trabajadora la prestación de riesgo durante el embarazo de los artículos 134 y 135 de la LGSS.

#### IV. LA DICOTOMÍA NULIDAD IMPROCEDENCIA

Ahora bien, aun cuando *de lege ferenda* parece una conclusión obvia y de equidad y justicia, lo cierto es que *de lege data* no existe una explícita previsión normativa genérica del despido fraudulento o, si se prefiere, arbitrario, en la regulación común del despido. Es cierto que, en un primer momento, se entendió que ello no impedía, en principio, la aplicación supletoria del artículo 6.4 del CC, como norma genérica vigente y así, de este modo, con base al referido precepto la jurisprudencia en una primera época elaboró la doctrina de la sanción de nulidad radical en los supuestos de despido fraudulento, con la consecuencia de la readmisión del trabajador en las mismas condiciones de trabajo<sup>31</sup>. No es menos cierto, como se sabe, que debido a la falta de previsión expresa del despido fraudulento en la normativa reguladora del despido disciplinario y su remisión explícita en los despidos colectivos y objetivos únicamente a los supuestos de elusión fraudulenta del empresario de las mayores exigencias del procedimiento del despido colectivo, frente al individual, esto es, artículos 51.1 del ET y 122.1 d) de la LPL, la evolución de la jurisprudencia abocó en la doctrina actual, que estima que los supuestos de nulidad están enumerados en la ley de forma taxativa o cerrada, artículos 108.2 de la LPL y 53 y 55 del ET y, por ende, en el estado actual del ordenamiento, el despido radicalmente nulo por fraude de ley carece de todo apoyo legal. De tal forma, que no tiene cabida ni siquiera con el carácter excepcional o extremo con que era admitido bajo el imperio del derogado TRLPL<sup>32</sup>.

Por ello, trasladando dicha doctrina al supuesto en cuestión, aun cuando el despido sea arbitrario o discrecional o incluso haya sido inducido o propiciado de forma arbitraria por el empresario, extramuros de las relaciones laborales en el seno de la Administración pública, donde la nulidad tal vez se podría fundamentar en la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, resultará harto difícil que se declare la nulidad del mismo<sup>33</sup>. De este modo, aun cuando suponga un despido fraudulento o arbitrario, tal tipo de despido, como todo despido sin causa o con expresión dolosa de causa falsa, es despido improcedente, con los efectos propios de este, a salvo, naturalmente, de aquellos casos propios del despido

<sup>31</sup> A título de ejemplo, véanse, Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril, 16 de mayo y 5 de junio de 1990, Ar. 3462, 4332 y 5107 y 30 de noviembre de 1991, Ar. 8425.

<sup>32</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1993, Ar. 8346 y 19 de enero de 1994, Ar. 352.

<sup>33</sup> De hecho en la práctica y en los pocos pronunciamientos que existen se reconoce expresamente que no cabe alegar tal causa como ineptitud, pero se acaba declarando la mera improcedencia del despido. *Id.* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 2 de julio de 2003, AS 774.



nulo. Esto es, cuando la ineptitud haya sido provocada vulnerando derechos fundamentales del trabajador o, asimismo, como represalia por el ejercicio por parte del trabajador de sus derechos, es decir, quebrantando su derecho a la indemnidad<sup>34</sup>. Debiéndose tener en cuenta ahora, además, las modificaciones introducidas en este sentido por la reciente Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo. Por ello, a excepción de las cláusulas convencionales de recolocación que contemplen el supuesto de ineptitud producido por causa imputable a la propia empresa, por dolo o negligencia de esta última<sup>35</sup> y aquellas otras situaciones constitutivas de discriminación y vulneración de derechos fundamentales, difícilmente se puede mantener la obligación de reingreso. Sin embargo, como veremos al final, se podría abogar al menos por la aplicación de otras medidas, como recargos en las prestaciones de la Seguridad Social y el abono de indemnizaciones supletorias o complementarias destinadas a paliar los daños y perjuicios.

## V. LA APLICACIÓN DE LAS CAUSAS PROPIAS DE NULIDAD

En cualquier caso, y precisamente por la aplicación de las causas propias del despido nulo, es fácil pensar en supuestos en que el despido y especialmente la ineptitud provocada por el empresario abocaría en la declaración de la nulidad del despido por vía del artículo 52.1 a) del ET. En efecto, lógicamente si el empresario provoca un despido, en muchas ocasiones resultará ser a consecuencia de alguna circunstancia personal o social del trabajador que no es de su agrado o como represalia por haber reclamado el trabajador legítimamente derechos laborales o haberse negado a trabajar en condiciones contrarias o inferiores a las marcadas por la normativa laboral. Así, en primer lugar, cuando el despido inducido o provocado por el empresario tuviera su origen en una causa de discriminación prohibida. A título de ejemplo, imaginémonos el supuesto bastante extendido del acoso psicológico. En este sentido, cabe recordar que tras la Ley 62/2003 y en virtud de su artículo 28.2, el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual se considera asimismo y en todo caso acto discriminatorio. Además, el listado de causas es simplemente ejemplificativo, de tal forma que el acoso por cualquier otra causa discriminatoria, sexual, motivos sindicales, etc., también tendrá la consideración de acto discriminatorio. En segundo lugar, cuando el despido inducido o provocado por el empresario vulnerase derechos fundamentales del trabajador. Así, siguiendo con el ejemplo que hemos puesto, creo que también se podría llegar a la misma conclusión en los supuestos de acoso moral común, esto es, sin finalidad discriminatoria. Qué duda cabe de que en estos casos se vulnera un derecho fundamental del trabajador, esto es, la dignidad debida al trabajador en el marco de la relación laboral y, por lo tanto, también cabría la tutela por vía del mismo procedimiento. En tercer lugar, cuando el despido se provoque por parte de la empresa directamente como represalia por un

<sup>34</sup> El derecho a la indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (SSTC 14/1993, de 18 de enero, FJ 2; 54/1995, de 24 de febrero, FJ 3; 197/1998, de 13 de octubre, FJ 4; 140/1999, de 22 de julio, FJ 4; 101/2000, de 10 de abril, FJ 2; y 196/2000, de 24 de julio, FJ 3), de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental (SSTC 7/1993, de 18 de enero, FJ 3; y las ya citadas 54/1995, FJ 3; 101/2000, FJ 2; y 196/2000).

<sup>35</sup> Convenio Colectivo provincial de Guipúzcoa (BOP 10/8/2004). Artículo 10. Las empresas estarán obligadas a garantizar su salario y un puesto de trabajo alternativo en la empresa, a aquellos trabajadores a quienes, por causas ajenas a su voluntad e imputables a la empresa (conducir con sobrecarga, vehículo en malas condiciones, etc.), les sea retirado el carné de conducir y durante el tiempo que dure la mencionada retirada del carné.

ejercicio o reclamación legítima por parte del trabajador de sus derechos laborales, es decir, quebrantando su derecho a la indemnidad<sup>36</sup>.

De este modo, al tener que readmitir y dar ocupación efectiva a un trabajador que ya no puede llevar a cabo las funciones de su antiguo puesto de trabajo o tiene una capacidad laboral mermada, precisamente por la ineptitud que le ha provocado la empresa, habría que aplicar inexorablemente el principio general de la acción preventiva de la adaptación del trabajador a su trabajo<sup>37</sup>. Es evidente que extramuros de los supuestos de mutuo acuerdo o de las posibles previsiones contenidas en cláusulas convencionales de recolocación para dichos casos, la referida adaptación se podría llevar a cabo o bien a través de los mecanismos de la movilidad funcional, de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y/o de la movilidad geográfica. En cuyo caso el empresario deberá respetar los condicionantes formales para la utilización legítima de tales medidas (arts. 39, 40 y 41 del ET): razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando procedan, en caso de encomienda de funciones inferiores justificación por necesidades perentorias o imprevisibles, respetar el preaviso correspondiente o, en su caso, el período de consultas preceptivo. Por su parte, el trabajador tendrá derecho al mantenimiento de la retribución de origen, salvo encomienda de funciones superiores en cuyo caso el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente a la categoría superior, opción por la rescisión del contrato con derecho a indemnización o la posibilidad de impugnar judicialmente la decisión empresarial, sin perjuicio de la ejecutividad de la misma. Finalmente, solo en el supuesto de que no sea viable la utilización de alguna de las medidas preventivas descritas con anterioridad, por ejemplo, pequeña empresa con un solo centro de trabajo, donde no existen puestos de trabajo adecuados para el trabajador, podrá el empresario poner fin a la relación laboral, previo pago de la correspondiente indemnización legal.

Sin embargo, es evidente que en muchos otros casos el despido arbitrario o provocado no tendrá cabida en estos supuestos que no dejan de ser excepcionales y, por lo tanto, pese a ser discrecional, arbitrario o incluso provocado, como se ha visto, se acabará por declarar la mera improcedencia del mismo. Pero es más, incluso en los supuestos propios de nulidad y, por ende, reingreso en la empresa, en muchas ocasiones se acaba despidiendo al trabajador más adelante sin que concurra causa de discriminación o vulneración de derechos fundamentales. Es verdad que en tales casos se podría pensar que todavía se podría encuadrar dicho despido en el concepto de represalia por la anterior demanda judicial. Sin embargo sería discutible. Ya que en realidad, estrictamente hablando, la represalia se agotaría en el primer despido, que se declaró nulo con la obligación de reingresar. El segundo despido, más bien busca evitar el resultado que le impone la resolución del primer despido, esto es, el obligado reingreso. Lo que en definitiva tiene un nombre, fraude de ley. Sin embargo, al haberse concluido por el Tribunal Supremo, como se ha visto, que el despido en fraude de ley es improcedente, resultaría que incluso en estos casos el despido podría finalizar en una declaración de mera improcedencia.

<sup>36</sup> El derecho a la indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (SSTC 14/1993, de 18 de enero, FJ 2; 54/1995, de 24 de febrero, FJ 3; 197/1998, de 13 de octubre, FJ 4; 140/1999, de 22 de julio, FJ 4; 101/2000, de 10 de abril, FJ 2; y 196/2000, de 24 de julio, FJ 3), de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental (SSTC 7/1993, de 18 de enero, FJ 3; y las ya citadas 54/1995, FJ 3; 101/2000, FJ 2; y 196/2000).

<sup>37</sup> Artículos 15 d) y 25.1 de la LPRL.

## VI. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LOS DESPIDOS ARBITRARIOS O PROVOCADOS

Por todo ello, en estos casos concretos y aun cuando haya la posibilidad de recargos e indemnizaciones, como veremos, la calificación del despido de meramente improcedente, sabe a poco y además ese poco deja un mal gusto de boca. Sin embargo, en estos casos la dificultad estriba en los requisitos o condicionantes de la elaboración jurisprudencial de la vulneración del principio de igualdad y no discriminación. Así, tiene establecido el Alto Tribunal que no toda diferencia de trato es discriminatoria, sino la que se consuma sobre la base de alguna de las condiciones o circunstancias que el artículo 14 de la CE enumera o que suponga la lesión de un derecho fundamental<sup>38</sup> y que, en el ámbito laboral, se transcriben en el artículo 17 del ET. Por lo tanto, en sentido contrario, la mera alegación de una diferencia de trato, que no se vincule a ninguna de dichas causas prevista en la CE y en el ET no puede servir como presunta prueba de discriminación<sup>39</sup>. En primer lugar, es criticable la necesaria vinculación a una de las causas que enumera el artículo 14 de la CE o el 17 del ET, pues es tanto como otorgarles la definición de *numerus clausus* y negar la existencia de situaciones discriminatorias basadas en otros hechos. Así algunos autores entienden que el listado de causas no debe entenderse cerrado, sino ejemplificativo. La realidad demuestra que pueden aparecer nuevas causas de discriminación, como ya ocurrió con anterioridad en algunos supuestos concretos no expresamente previstos en la normativa española, aunque sí por la Directiva Comunitaria 2000/78, como la orientación sexual del trabajador<sup>40</sup>. Aun cuando con la reciente Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva entre mujeres y hombres, parece haberse insistido de nuevo en este sentido, al enumerar las causas de discriminación, sin que se diga en ningún momento que son ejemplificativas.

No hay que olvidar que el propio Tribunal Constitucional ha defendido asimismo en ocasiones que la tutela del trabajador frente a la discriminación se produce también frente a actos discrecionales del empresario, derivados de su poder de dirección y organización<sup>41</sup> y que puede ser más discrecional o arbitrario si se prefiere, utilizando la terminología que hemos empleado antes, que un despido provocado, inducido, discrecional o arbitrario. Asimismo, cabría señalar que aun cuando se presume que la diferenciación de trato debe producirse siempre entre trabajadores, cabría recordar, como se sabe, que en la relación laboral existen dos partes, empresario y trabajador. Por lo tanto, la legitimación del despido arbitrario, discrecional o provocado, también se podría considerar como una discriminación de los trabajadores respecto de sus empleados, que ya de por sí ostentan una posición predominante en dicha relación. Por el temor cierto y fundado a exigir y poner en práctica sus legítimos derechos. En efecto, como decía HENRY FORD y nos recuerda CAPÓN FILAS, el despido arbitrario, como un componente más de la precariedad, es buen disciplinador social, motor de la economía que lleva a trabajadores a aceptar condiciones inferiores y no reivindicar derechos legítimos por miedo a perder su trabajo. La legitimación del despido arbitrario es un anacronismo del derecho liberal del

<sup>38</sup> A título de ejemplo, Sentencias del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1982, RTC 1982, 59, 9 de marzo de 1984, RTC 1984, 34, 21 de marzo de 1986, RTC 1986, 38 y 7 de mayo de 1987, RTC 1987, 52.

<sup>39</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1985, Ar. 1404 y 15 de enero de 1987, Ar. 35.

<sup>40</sup> Ahora sí prevista expresamente tras la Ley 62/2003. Véase, LÓPEZ GANDÍA, J., «Las obligaciones del empresario (III): Otros derechos del trabajador», en *Derecho del Trabajo*. Tomo II. Contrato individual, Valencia, 2005, pág. 462.

<sup>41</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional 94/1984 de 16 de octubre, 166/1988, de 26 de septiembre, 266/1993, de 20 de septiembre, y 90/1997, de 6 de mayo.

siglo XIX que extrapola a los trabajadores la titularidad del empresario de los medios de producción, otorgándoles la consideración de unos meros componentes más de la empresa. Olvidando, obviamente, su condición de ciudadanos titulares de derechos.

De este modo, podríamos llegar a defender la nulidad del despido arbitrario, de forma genérica, por atentar contra la dignidad del trabajador, pues quien pierde el trabajo, entendido como trabajo digno obviamente, pierde su dignidad. Por lo tanto, quien le priva a un trabajador de un trabajo digno atenta directamente contra su dignidad, privándole de los recursos materiales necesarios para una subsistencia digna.

En este sentido, el propio Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente que la justificación de la limitación de la libertad empresarial al libre desistimiento se justifica en atención a la seguridad en el empleo del trabajador como una realización de la garantía constitucional del derecho al trabajo <sup>42</sup>.

Además, a la afirmación de que el derecho al trabajo del artículo 35 de la CE no se trata de una materia que goce de la protección especial que se otorga a los derechos fundamentales por la situación que ocupa en la sistemática constitucional <sup>43</sup>, cabría realizar varias matizaciones. En primer lugar, que sí se trata al menos de un derecho que debe desarrollarse por ley ordinaria y que esa ley ordinaria deberá, en todo caso, respetar su «contenido esencial». Entendiendo por contenido esencial el conjunto de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible. Esto es, aquella parte del derecho que sea necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles resulten real y efectivamente protegidos <sup>44</sup>. Qué duda cabe de que una ley ordinaria que permite la finalización arbitraria de la relación laboral, no respeta, sino más bien vulnera directamente el contenido esencial de lo que el Tribunal Constitucional ha denominado como la garantía constitucional del derecho al trabajo.

En segundo lugar, no hay que olvidar que además de ser un derecho en sí mismo, también opera como un derecho que habilita el ejercicio de otros derechos laborales o específicos y especialmente fundamentales o inespecíficos. Por lo tanto, también podríamos defender la nulidad del despido arbitrario por vulnerar derechos fundamentales, al privarle al trabajador el ejercicio de otros derechos fundamentales.

En tercer lugar, es difícil seguir manteniendo que el derecho a un trabajo digno no es un derecho fundamental, por su ubicación en nuestra Constitución nacional, cuando se han ratificado numerosas cartas y declaraciones internacionales que lo reconocen expresamente como tal. En este sentido, es especialmente significativo el artículo 4 del Convenio 158 de la OIT, ratificado por España. «No se pondrá fin a la relación de trabajo de un trabajador, a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio».

<sup>42</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 2 de julio, FJ 8.º.

<sup>43</sup> Sección 2.ª del Capítulo II.

<sup>44</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981.

De este modo, se podrá seguir predicando el carácter meramente programático o rector de un genérico derecho de acceso al trabajo. Pero en ningún caso del derecho a no ser privado de un trabajo digno sin causa justa. Es decir, de manera arbitraria o discrecional. Ese derecho se garantiza o no se garantiza. Existe o no existe. Hasta el punto de que algunas constituciones nacionales han optado por consagrarlo expresamente en sus preceptos. Caso de la argentina, etc.

### 1. El carácter taxativo de las causas de nulidad. La laguna de las consecuencias del fraude de ley.

Finalmente, y al menos en cuanto aquellos supuestos que suponen un claro fraude de ley, cabría traer a colación un último argumento. En efecto, si el Tribunal Supremo, como se ha visto, emplea el argumento del carácter taxativo de las causas de nulidad (arts. 53 y 55 del ET y 108 de la LPL) para negar la posibilidad de declarar nulo un despido fraudulento. Utilizando ese mismo argumento, cabría concluir que si bien es cierto que las causas de nulidad son taxativas, y entre ellas no se encuentra el despido fraudulento, no es menos cierto que, en sentido contrario, también las causas de improcedencia se encuentran tasadas en los mismos artículos 55 del ET y 108 de la LPL. De tal forma que también suponen un *numerus clausus* entre las cuales tampoco se encuentra el despido fraudulento de forma expresa.

Por ello, se podría mantener que existe una laguna en el ordenamiento jurídico laboral en cuanto a la calificación que merece el despido fraudulento y como tal laguna deberá ser colmada acudiendo a la regulación específica del proceso de impugnación de sanciones. Ya que, en definitiva, el despido, además de ser un supuesto de resolución unilateral de la relación laboral, también constituye en definitiva la sanción máxima que el empresario puede imponer al trabajador (art. 58 del ET). Abocando entonces en la revocación total de la sanción y, en consecuencia, del despido. Bien, entendiendo que ante la falta de normativa laboral expresa<sup>45</sup>, se debe acudir a la aplicación supletoria, en virtud del artículo 4.3 del CC, del artículo 6.4 del mismo texto legal y declarar en consecuencia la nulidad del despido. Lo que en definitiva se podría resumir como la necesidad, al menos, de reabrir el debate de la necesaria nulidad cuanto menos de los despidos realizados en fraude de ley, pero haciendo extensiva esa necesidad a los despidos arbitrarios en general.

## VII. OTROS MEDIOS DE PROTECCIÓN

No obstante, claro está que, desde el carácter pluriofensivo de las referidas conductas empresariales, pueden instrumentarse asimismo otros medios de protección del trabajador. Desde la tutela por la vía ordinaria hasta incluso la tutela por incumplimiento de obligaciones relacionadas con la normativa de prevención de riesgos laborales.

En este último sentido, es evidente que el empresario que actúa de esta manera no está cumpliendo con la obligación concreta de dar una protección eficaz a sus trabajadores, artículo 14 de

<sup>45</sup> Exigencia que impone el Tribunal Supremo. Así, a título de ejemplo, véase Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1986, Ar. 7352.

la LPRL, ni con el principio del artículo 15 de evitar los riesgos en su origen. Este último argumento además es propicio de hacerse extensible a todos los supuestos de despido provocado y especialmente al de ineptitud provocada por el empresario. Evidentemente, no solo incumple la normativa de prevención de riesgos laborales quien provoca un accidente laboral por omisión de medidas de seguridad. Así, por ejemplo, también incumple la normativa de prevención de riesgos laborales quien obliga a sus trabajadores a circular con un vehículo que no está en condiciones o con una carga excesiva o quien acosa directamente o permite que se acose a sus trabajadores, etc.

En estos supuestos y en otros, donde a pesar de traer su causa la ineptitud sobrevenida de una conducta empresarial directa o indirecta, como se ha visto, difícilmente se podrá articular el reintegro del trabajador en la empresa, de no existir una discriminación o vulneración de derechos fundamentales, etc. Por ello, aun cuando no se pueda evitar la extinción de la relación laboral, cuando la ineptitud genere a su vez prestaciones de la Seguridad Social, la culpabilidad del empresario en la causa de la misma, sí abocaría en la aplicación, de conformidad con el artículo 123.1 de la LGSS, de un recargo de las prestaciones a cargo del empresario de entre un 30 por 100 y un 50 por 100.

### 1. Indemnización complementaria por daños y perjuicios.

Es más, en todos los supuestos descritos, así como cuando el trabajador acudiera a la vía de extinción indemnizada del artículo 50 del ET, a mi modo de ver, también cabría añadir la obligación del empresario de abonar una indemnización complementaria por los daños y perjuicios. Indemnización que será compatible con la reglada que compensa la finalización de la relación laboral. Solución esta, aceptada recientemente por el propio Tribunal Supremo, aun cuando sea en los supuestos de extinción del contrato de trabajo vía artículo 50 del ET, por acoso de la empresa. No obstante, es importante, puesto que con anterioridad había mantenido insistentemente la postura contraria. En efecto, en este sentido, el Alto Tribunal alegaba que la indemnización por extinción ya satisfaría los daños y perjuicios causados por la conducta empresarial por lo que no procedería añadir una indemnización adicional <sup>46</sup>. Sin embargo, los pronunciamientos de la doctrina judicial abogaban ya por la solución anticipada con anterioridad.

Al respecto se argumentaba que la indemnización legal prevista iba exclusivamente dirigida a resarcir al trabajador por la pérdida de su puesto de trabajo, dado que se ve privado de su empleo, no por su deseo, sino por la grave conducta de la empresa que le obliga a solicitar la rescisión contractual o que incluso le despiden. En ningún caso, por tanto, satisface los daños morales ocasionados asimismo por la conducta empresarial que deben ser paliados por el abono de una indemnización adicional y compatible dirigida a tal fin, por la vía del artículo 1.101 del CC <sup>47</sup>. Algunos pronunciamientos incluso llegaban a tal conclusión con base a otras sentencias del propio Tribunal Supremo que habían reconocido que no era admisible afirmar que la única consecuencia legal del despido dis-

<sup>46</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1994, Ar. 183 y 3 de abril de 1997, Ar. 3047.

<sup>47</sup> Sentencias del Tribunal Superior de Justicia Madrid de 8 de octubre de 2003, AS 1000, 27 de septiembre de 2004, AS 2977, 21 de octubre de 2004, AS 453 y 15 de noviembre de 2004, AS 3317, de Aragón de 30 de junio de 2003, AS 2227, de Murcia de 2 de septiembre 2003, AS 3208, de Canaria/Las Palmas de 28 de abril de 2003, AS 3894, de Galicia de 4 de noviembre de 2003, AS 657 y de Andalucía/Granada de 2 de marzo de 2004, AS 201279.



criminatorio fuera la readmisión y abono de salarios de tramitación, sino que podrían existir daños morales cuya reparación debía de ser compatible con la citada obligación legal<sup>48</sup>.

Esta consecuencia está prevista además expresamente, no olvidemos, cuando se haya optado por la vía del procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales. Así, el artículo 180.1 de la LPL, además de ordenar el cese inmediato de la conducta empresarial y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la misma, contempla asimismo la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera.

En este mismo sentido se había pronunciado el TJCE, en la sentencia de 23 de enero de 2002, en el Asunto T-237/00, Patrick Reynolds, en la que asimismo se utiliza el término acoso psicológico y considera que son indemnizables los daños y perjuicios sufridos por la víctima. En este sentido, la Directiva 2002/73 establece que los Estados miembros introducirán medidas necesarias para garantizar la reparación o indemnización real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de discriminación de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido, sin que la misma pueda estar limitada por un tope máximo fijado *a priori*. Esto último era precisamente lo que ocurría con la interpretación mantenida por el Tribunal Supremo, pues al estimar el Alto Tribunal que la indemnización por despido improcedente ya satisfacía los posibles daños y perjuicios sufridos por el trabajador, se estaba imponiendo un tope resarcitorio a la indemnización por discriminación o vulneración de derechos fundamentales.

Por ello, ahora el Tribunal Supremo no ha tenido más remedio que reconocer expresamente la posibilidad de compatibilizar ambas indemnizaciones. Si bien, como se ha dicho, solo en el supuesto específico del artículo 50 del ET, pero sus argumentos, entiendo, que serían extrapolables a otros supuestos que hemos analizado. En concreto, afirma que «al ejercicio de la acción extintiva del contrato de trabajo, conforme al artículo 50.1 a) del TRET, se invoca la lesión de un derecho fundamental, manifestada en el acoso laboral en los términos previstos en los artículos 181 y 182 del vigente TRLPL, que no es otro que el de la dignidad personal que constituye la base y fundamento de todos los derechos y libertades fundamentales y que, expresamente, se recoge en el artículo 10 de la Constitución Española, la que, a su vez, en sus artículos 14 y 15 reconoce el derecho básico a la no discriminación y a la integridad moral, rechazando el sometimiento a tratos inhumanos y degradantes».

Además, sostiene que «negar que se ha producido con la conducta empresarial un atentado al derecho fundamental a la dignidad personal del trabajador demandante y una propia y verdadera actuación de acoso laboral sería desconocer la realidad de la situación enjuiciada e ignorar, asimismo, que, en la misma, no solo deben ser valorados los daños y perjuicios derivados de la extinción contractual ejercitada en la demanda rectora de autos, sino, también, los daños materiales y morales que comporta la enfermedad psíquica que, a consecuencia del comportamiento empresarial, tiene que soportar el trabajador que postula la extinción de su contrato laboral y que, por sí mismos, constituyen la violación de un derecho fundamental»<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2000, Ar. 31121 y 12 de junio de 2001, Ar. 5931. Para un estudio pormenorizado de la evolución de la jurisprudencia en este punto se puede ver BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., «Compatibilidad de la indemnización por despido improcedente e indemnización de daños y perjuicios», en *La extinción del contrato de trabajo*, Albacete, 2006, págs. 273 a 294.

<sup>49</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2006.