



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso / 2014
Convocatoria: Julio

El Despido Nulo en España
Null dismissal in Spain

Realizado por la alumna D^a Melisa De Bacco Pérez

Tutorizado por el Profesor D. Manuel Álvarez de la Rosa

Departamento de Derecho Financiero, del Trabajo y de la Seguridad Social

Área de conocimiento: Derecho del Trabajo y Seguridad Social

ABSTRACT

Spain is a social and democratic state of law, so that the existence of a figure to protect the working class against dismissals that violate his fundamental rights or other rights under the labor laws is essential.

The dismissal manifests opposing interests that defend the parties to the employment relationship. It is clear that, even today, who is still the weak legal is the worker. Therefore, it is imperative to avoid such inequality figures.

The reaction of the legal system to an act that does not meet the legal requirements is to declare the invalidity of the dismissals. At work, one of the best guarantees of worker protection is the declaration of wrongful dismissal, as if it never existed. This rating prevents the employer, against his will, to end the employment relationship, as we shall see, the effect is the immediate reinstatement of the worker in his job.

At first, the null dismissal was linked to the absence of formal requirements, while the appropriateness or the inappropriateness involved a question of the reason for dismissal. Subsequently, in particular from the judgment of the Constitutional Court 38/1981, of 23 November, there was a redefinition and void "*ab radice*" appeared, that is, that which was adopted as a sanction for a violation of fundamental rights enshrined in the Spanish Constitution.

Void dismissal on gender equality is essential. The business decision to break the employment relationship is blocked when carried out by not respecting the rights regarding the reconciliation of work and family life.

In short, we try to convey to the reader a complete and synthetic study of the nullity of the dismissal, reflecting its importance in today's society.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, por lo que es esencial la existencia de una figura que proteja a la clase trabajadora frente a despidos que vulneren sus derechos fundamentales u otros derechos recogidos en la legislación laboral.

El despido manifiesta la contraposición de intereses que defienden las partes en la relación de trabajo. Es evidente que, incluso a día de hoy, quien sigue siendo el débil jurídico es el trabajador. Por ello, es imprescindible figuras que eviten tal desigualdad.

La reacción del ordenamiento jurídico ante un acto que no cumple con las prescripciones legales es declarar la nulidad del mismo. En el ámbito laboral, una de las mayores garantías de protección del trabajador consiste en la declaración del despido nulo, es decir, como si nunca hubiese existido. Esta calificación impide al empresario, en contra de su voluntad, poner fin a la relación laboral, pues como veremos, el efecto es la readmisión inmediata del trabajador en su puesto de trabajo.

En un primer momento, el despido nulo estaba ligado a la ausencia de requisitos formales, mientras que la procedencia o la improcedencia implicaba una cuestión relativa a la causa del despido. Posteriormente, en concreto, a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 38/1981, de 23 de noviembre, hubo una redefinición y apareció la nulidad “*ab radice*”, es decir, aquella que se adoptaba como sanción por una violación de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución Española.

El despido nulo en materia de igualdad de género es fundamental. La decisión empresarial de romper la relación laboral queda bloqueada cuando se lleve a cabo por no respetar los derechos en materia de conciliación de la vida familiar y laboral.

En definitiva, se intenta transmitir al lector un completo y sintético estudio de la nulidad del despido, plasmando la importancia del mismo en la sociedad actual.

ÍNDICE

I. Introducción	6
II. Origen y evolución del despido nulo.....	7
1. Época codificadora del Derecho	7
2. El despido en la dictadura de Primo de Rivera	9
3. La Segunda República y la primera Ley de Contrato de Trabajo. Los antecedentes del Despido Nulo.....	11
4. Época franquista y la Transición Democrática	12
5. Normas postconstitucionales y el inicio de la nulidad por motivos de fondo	16
5.1. Sentencia Tribunal Constitucional 38/1981, de 23 de noviembre. El despido nulo radical	18
5.2. Ley de Procedimiento Laboral de 1990.....	19
5.3. La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras	20
5.4. Ley 3/2007, para la igualdad efectiva de Mujeres y Hombres.....	21
III. Despido nulo por violación de Derechos Fundamentales	22
1. Vulneración de derechos constitucionales laborales inespecíficos	22
1.1. Introducción	22
1.2. Despido discriminatorio.....	24
1.2.1. Diferencia entre el principio constitucional de igualdad y de prohibición de la discriminación.....	24
1.2.2. Libertad religiosa, ideológica y de culto	25
1.2.3. Despido nulo por lesión del derecho de libertad de expresión e información	27
1.2.4. Despido nulo por menoscabo de la intimidad y dignidad del trabajador. Especial alusión al acoso laboral.....	29

1.2.5. Despido nulo por vulneración de la garantía de indemnidad	32
2. Vulneración de derechos constitucionales laborales específicos	35
2.1. Despido nulo por lesión del derecho de libertad sindical	35
2.2. Despido nulo por lesión del derecho de huelga	36
IV. Despido nulo de la trabajadora embarazada	38
1. Marco normativo	38
2. Conocimiento de la situación de embarazo por parte del empresario	41
3. Protección de la mujer embarazada durante el periodo de prueba	43
V. Despido nulo por falta de forma: Sistema vigente	45
1. Nulidad del despido objetivo	45
2. Nulidad del despido colectivo	46
VI. Efectos del despido nulo	48
1. Consideraciones generales	48
2. Readmisión	49
3. Los salarios de tramitación	49
4. La indemnización debida por vulneración de derechos fundamentales	50
VII. Conclusiones	52
VIII. Bibliografía	54

I. Introducción

En el artículo 1 de la Constitución Española se proclama como valor fundamental la igualdad de los españoles. Por ello, es necesaria la existencia de un compendio normativo que asegure cierta equidad en una relación tan conflictiva como la laboral.

El concepto de despido nulo nació con la finalidad de tutelar el control judicial y administrativo en orden a su calificación. Posteriormente, y sobre todo a partir del año 1958, el fin de esta figura jurídica pasó a ser el de garantizar la corrección en la forma de adoptarse la decisión empresarial. Con la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores, la extinción del contrato de trabajo se calificaba nula por dos motivos, formal y de fondo. En la década de los 90, la nulidad del despido pasó a tener un auténtico protagonismo por motivos de fondo, es decir, el despido derivado de una vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas.

El marco normativo antidiscriminatorio ha aumentado, afortunadamente, en las últimas décadas y se ha introducido la nulidad como medida de tutela antidiscriminatoria específica. Como consecuencia de esto, se ha creado un bloque de causas de nulidad del despido en aquellos casos en que se base en un incumplimiento empresarial de las normas de conciliación de la vida familiar y laboral. En esta materia revisten especial interés la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de Mujeres y Hombres, centrándonos en el estudio del despido nulo de la trabajadora embarazada.

Durante los últimos años, hemos asistido a un importante cambio legislativo con respecto a la nulidad por defecto de forma, tanto del despido objetivo como del colectivo, que se expondrán en las siguientes líneas.

En conclusión, el despido nulo es una medida que garantiza que la persona ilícitamente despedida sea readmitida y su quebranto patrimonial sea resarcido. Actualmente, España se encuentra sumergida en una profunda crisis, no sólo económica, sino también de derechos, por lo que el estudio de esta institución protectora de los derechos de los trabajadores, cobra especial importancia.

II. Origen y evolución del despido nulo

El estudio del despido debe abordarse partiendo de las construcciones ya elaboradas por el Derecho Civil. En el Derecho Común, el despido suele llamarse denuncia¹, y consiste en la declaración de voluntad unilateral y recepticia, que tiene por efecto constitutivo la extinción de la relación jurídica para el futuro².

1. Época codificadora del Derecho

En la época codificadora del Derecho surgió la primera regulación moderna del contrato de arrendamientos de servicios. Este contrato fue propiciado por varios factores, de los cuales destaca ALONSO OLEA, la debilitación y extinción de las relaciones de servidumbre, la emigración hacia la ciudad, las empresas del mercantilismo...entre otras³. Para el empleador, este contrato satisfacía plenamente sus intereses, ya que le bastaba para recibir trabajo e incluso, fijaba unilateralmente los salarios y las condiciones. Esta libertad contractual ocultaba, tal y como señala ÁLVAREZ DE LA ROSA, un poder sin límites, al que se va imponiendo el Derecho del Trabajo, como una solución de equilibrio⁴.

Regía en aquellos momentos el principio de libertad de denuncia del contrato en las relaciones de duración indefinida, debido a la existencia del principio de prohibición de la contratación de por vida, que surge de la necesidad de romper definitivamente con la servidumbre y con la esclavitud de los regímenes anteriores, defendiendo la libertad a toda costa. Se extendió, por tanto, la idea de la no vinculación de por vida entre empresario y trabajador, por lo que dicho principio actuaba como garantía de libertad⁵. Sin embargo, y como afirma RODRÍGUEZ PIÑERO, a través de esa facultad

¹Institución típica de las relaciones de duración. La terminología en otros sistemas: Kündigung, recesso...etc.

² RODRÍGUEZ PIÑERO, M., *El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928*, Revista de Política Social, nº 74, 1967, pág. 23.

³ ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 2002, págs. 271 y 283.

⁴ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, Granada, Comares, 2011, pág. 73.

⁵ RIERA VAYREDA, C., *El despido nulo*, Valencia, 1999, págs. 49 y 50.

contractual de denunciar el contrato, se articula una fuente de poder empresarial que acentúa la situación de dependencia del trabajador⁶.

La denuncia de forma unilateral se consideraba sinónimo de despido en el ámbito civil y mercantil. Si bien, en los de duración determinada, el trabajador no podía ser despedido sin justa causa, pero el gran problema era que no se preveía sanción para estos casos. Ante este vacío, los Tribunales de Justicia aplicaron el art. 6.2 del Código Civil⁷ y 7.2 de la Ley de Tribunales Industriales⁸, gracias a los cuales, pudieron emplear la costumbre del lugar en la respectiva clase de trabajo. Condenaban a la indemnización de daños y perjuicios⁹, pero nunca sancionaron con la nulidad al despido injusto, es decir, con la readmisión del trabajador.

Encontramos dos rasgos fundamentales que caracterizan el régimen jurídico español del despido por justa causa¹⁰: la prefijación de causas especiales por las que los comerciantes puedan despedir a sus dependientes y la admisión de efectos, en ciertos casos, al despido extraordinario¹¹, aun demostrándose la inexistencia o insuficiencia de la causa. Aun cuando la inexistencia de una justa causa en un despido que se ha basado en ella, debe dar lugar a la nulidad del mismo, nuestro legislador permitió, para aquellas relaciones en las que el carácter fiduciario es más manifiesto¹², la eficacia jurídica del despido “causal sin causa”, pero estableciendo la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al indebidamente despedido.

⁶ RODRÍGUEZ PIÑERO, M., “La regulación de los despidos disciplinarios: despido causal y readmisión obligatoria en el marco legislativo Europeo”, en *Hacia un modelo democrático de relaciones laborales*, Zaragoza, 1980, pág. 214.

⁷ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE nº 206 de 25 de julio de 1889.

⁸ Ley de Tribunales Industriales, de 22 de julio de 1912. Gaceta del 23.

⁹ Sólo se condenaba cuando se demostraba la existencia de esos perjuicios, siempre que se incurriera en dolo, negligencia o morosidad, conforme al principio establecido en el art. 1101 del CC.

¹⁰ RODRÍGUEZ PIÑERO, M., *El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928*, *op.cit.* pág.27.

¹¹ El despido extraordinario es una figura tipificadora del contrato de duración determinada, ya que solo se permite el despido cuando venga justificado por una justa causa, la cual es innecesaria en los contratos de duración indefinida.

¹² V.g.: servicio doméstico, dependencia mercantil, entre otros.

Debemos destacar la Real Orden de 9 de noviembre de 1902¹³, pues estableció las Bases que habían de tener en cuenta la Comisión General de Codificación para la redacción de un Proyecto de Ley que reformara el capítulo 3º, título 6., libro IV del Código Civil, y sienta como criterio el de la indemnización al trabajador despedido sin justa causa aun en la relación de duración indefinida.

En cuanto a la Jurisprudencia de esta época, hemos de decir que lleva a cabo una importante tarea de sistematización y fijación de criterios con el objetivo de paliar las consecuencias antisociales de la legislación de la época. Los jueces y tribunales limitan el principio de la libertad absoluta de despido. Se comienza a admitir sistemáticamente la existencia de un deber de preaviso, que, de no ser respetado, daba lugar a una indemnización, consistente en el pago de los salarios de preaviso. Esto surgió por la aplicación analógica del artículo 302 del Código de Comercio de 1885¹⁴, previsto sólo para los dependientes de comercio.

2. El despido en la dictadura de Primo de Rivera

El Código del Trabajo de 1926¹⁵, promulgado durante la dictadura del general Primo de Rivera, apenas altera el régimen jurídico precedente, ya que tampoco se pronunció sobre la sanción que debían recibir los despidos efectuados sin causa en contratos de duración determinada. Este código se remite a la regulación contenida en el Código de Comercio. Lo que introdujo fue un catálogo de justas causas de despido para extinguir contratos de duración determinada; si bien, lo suficientemente amplias como para cubrir todos los supuestos.

Junto a la libertad de predeterminar o no la duración de la relación, el Código del Trabajo establece una presunción de duración determinada y el principio de que el contrato de trabajo por tiempo determinado no se puede dar por terminado unilateralmente “antes de su vencimiento, a no mediar justa causa”. Además, se acepta el principio del Derecho común de que en los contratos de duración determinada no

¹³ Real Orden de 9 de noviembre de 1902 encomendando a la Sección I.ª de la Comisión General de Codificación la reforma del capítulo del Código que trata del arrendamiento de obras y servicios. Gaceta de 12 de noviembre de 1902.

¹⁴ Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio. Gaceta nº 289, de 16 de octubre.

¹⁵ Real Decreto Ley de 23 de agosto de 1926. Gacetas de 1,2 y 3 de septiembre.

existe libertad de despido-denuncia: el supuesto legal aceptado de despido en estos contratos exigía no solo la declaración de voluntad del empleador de extinguir la relación de trabajo, sino también, para su total perfección, la existencia de un fundamento del despido, es decir, una justa causa legalmente preestablecida.

Fue el Real decreto 30 julio 1928, que modificó el Real Decreto-Ley de Organización Corporativa Nacional de 26 de noviembre de 1926¹⁶, el cual en su artículo 17 establecía una sanción jurídica, en los casos en que se hubiese despedido sin causa que lo justificase, que consistía en el deber del empresario de readmitir al obrero despedido a menos que ya estuviese recolocado. Pero, si el empresario no quería admitir al trabajador, debía satisfacerle, en concepto de indemnización de perjuicios, por el tiempo en que pudiera tardar en hallar nueva colocación, además de los jornales correspondientes al tiempo transcurrido entre el despido y el día en que hubiera debido admitirle¹⁷.

Entre los rasgos fundamentales de este nuevo sistema, podemos destacar: a) la posibilidad de impugnación, por parte del trabajador, ante los Comités Paritarios, del despido *ante tempus* (en la relación de duración determinada), cuando no exista causa justificante; b) el patrono deberá readmitirle dentro de las 48 horas siguientes a la firma del fallo del Comité, salvo que el obrero despedido ya estuviese, en ese momento, nuevamente colocado; c) posibilidad de no readmitir al trabajador, pero compensándolo con una “indemnización de perjuicios por el tiempo que pueda tardar en hallar una colocación”, fijada por el propio Comité en cantidad comprendida entre el importe de 15 días y 3 meses de salarios.

Si bien, este cambio tan novedoso en las consecuencias de la ausencia de justa causa en el despido extraordinario no es, sin embargo, original, sino que revela una notable influencia directa de la legislación comparada, en concreto, del sistema previsto en la B.R.G alemana¹⁸.

¹⁶ Gaceta nº 331, de 27 de noviembre de 1926.

¹⁷ Este es el origen de los salarios de tramitación actuales. GÁRATE CASTRO, J., *Los salarios de tramitación*, Madrid, ACARL, 1994, pg. 85.

¹⁸ RODRÍGUEZ PIÑERO, M., *El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928*, op.cit. pág. 37.

3. La Segunda República y la primera Ley de Contrato de Trabajo. Los antecedentes del Despido Nulo

Recordemos que, en el momento de implantarse la II República, el régimen jurídico legal del despido estaba establecido con carácter general en dos fuentes: el Código de Trabajo y el RDL de Organización Corporativa Nacional.

Hubo una ingente aportación legislativa durante la II República, se dio un paso trascendental al incluir los derechos laborales en la Constitución de la República Española, de 9 de diciembre de 1931¹⁹. El legislador republicano reguló el despido en la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 y también en la Ley de Jurados Mixtos de 27 de noviembre de 1931²⁰, en la cual se siguió manteniendo, a favor del empresario, la posibilidad de elegir entre readmisión o la indemnización que fijase la sentencia²¹, en los casos de despido sin causa en los contratos de duración determinada. Por tanto, tal y como dice RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, con esta regulación, se otorgaba eficacia al despido arbitrario²².

La característica más significativa del nuevo sistema fue la supresión del despido ordinario “*ad nutum*”, enteramente libre, sin necesidad de causa²³. Éste era característico de la relación de duración indefinida, por lo que pierde importancia en este momento la distinción de tratamiento jurídico de la relación de duración determinada y la de duración indefinida, estableciéndose un régimen común de despido para ambos.

En esta época, el caso normal era el de permanencia y estabilidad del vínculo, que es indefinido o de duración determinada, pero, en principio, estable y firme, y por ello, no se admite en general la libertad de despido.

¹⁹ Gaceta nº 344, de 10 de diciembre de 1931.

²⁰ Ley relativa al Contrato de Trabajo. Gaceta nº 326, de 22 de noviembre de 1931. Ley de Jurados Mixtos, del trabajo industrial y rural, de la propiedad rústica y de la producción y las industrias agrarias. Gaceta nº 332, de 28 de noviembre de 1931.

²¹ RIERA VAYREDA, C., *El despido nulo*, op.cit. págs. 52 y 53.

²² RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., *El incidente de no readmisión*, Madrid, 1989, pág. 12.

²³ RODRÍGUEZ PIÑERO, M., *El régimen jurídico del despido (II); Leyes de Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos*, Revista de Política Social, nº 77, 1968, pág. 16.

Posteriormente, se aprobó el Decreto de 23 de agosto de 1932. Estableció que el empresario debía readmitir al trabajador contratado sin plazo fijo cuando el despido se declarase injusto en empresas de servicios públicos, en empresas bancarias y en las empresas en las que las Bases o Reglamentos de Trabajo se estableciese la obligación de instruir expediente previo en el que se acrediten las faltas laborales.

El Decreto de 20 de diciembre de 1934 y la Orden complementaria de 12 de enero de 1935²⁴: restablecieron el derecho de opción del empresario, siempre y cuando se siguiera un expediente previo a la resolución de cese. Esto aparece como requisito formal de necesario cumplimiento y además, que en la indemnización se tuviese en cuenta los derechos adquiridos por el trabajador en su permanencia en la empresa.

Un antecedente de la institución del despido nulo, lo encontramos en el Decreto de 29 de febrero de 1936 (Gaceta 1 de marzo), pues es aquí cuando aparece, por primera vez en la historia, el despido nulo por violación de derechos fundamentales. Si bien, en dicha época, no existía ninguna ordenación de derechos fundamentales, pero esto se configura como un antecedente de los mismos. Este Decreto introdujo la obligación de readmitir a todos los trabajadores despedidos a partir del 1 de enero de 1934 por sus ideas o con motivo de huelgas políticas y establece una indemnización por el tiempo que estuvieran privados de su profesión. La Orden de 30 de abril de 1936 disponía que ante la negación de readmitir del empresario, los Delegados Provinciales de Trabajo *“impondrán a los patronos rebeldes una multa que oscilará entre 25 y 100 pesetas por cada obrero que no fuera readmitido y por cada día que retrasen la readmisión”*. También, debían de abonar a cada obrero no readmitido los jornales que le correspondiesen.

4. Época franquista y la Transición Democrática

Lo comentado anteriormente desaparece, junto a los propios derechos y libertades fundamentales del hombre durante toda la etapa franquista. Vuelve a resurgir gracias a la sentencia del TC de 23 de noviembre de 1981, la cual otorga carta de naturaleza al despido radicalmente nulo por violación de derechos y libertades fundamentales.

²⁴ Decreto dictando reglas para el despido y readmisión de empleados y obreros. Gaceta nº 358 de 24 de diciembre de 1934. Orden complementaria de 12 de enero de 1935. Gaceta 13 de enero.

Durante el franquismo, se quiso promover la estabilidad en el empleo para lo cual se aprobó la ley de 6 de noviembre de 1941, que dio la opción a elegir entre admisión o indemnización en los casos en que se declarara injusto el despido. Es de destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1952, la cual determinó que sólo devendría la nulidad del despido en los supuestos en que la facultad de imposición quedase reservada por la Reglamentación a la Magistratura y se hubiera impuesto de forma indebida y directa por la empresa; en los demás casos no entraría en juego la declaración de nulidad. Ahora bien, durante esta época, tampoco se regularon los efectos derivados de la nulidad del despido y, por ello, la mayor parte de la doctrina valoró la readmisión como la condena más correcta para tal supuesto.

El Decreto de 26 de octubre de 1956²⁵ estableció un sistema de despido directo, otorgando la facultad al empresario de despedir, sin necesidad de instruir expediente ni elevar propuesta a la Magistratura de Trabajo, pero esto para los despidos individuales, pues los colectivos seguían siendo controlados por el Estado con la autorización administrativa. Esta facultad otorgada se considera el cambio más importante introducido por este Decreto. No obstante, no se fijó las consecuencias del aludido despido, por lo que entró la Jurisprudencia declarando la improcedencia del mismo sin forma, pero reservando la nulidad para los supuestos excepcionales en el art. 14, es decir, era nulo en casos de despido disciplinario de Caballeros Mutilados, productores que desempeñaren cargos electivos de carácter sindical, vocales de los Jurados de Empresa y Enlaces Sindicales de la Sección Femenina de la Falange Española Tradicionalista y de las JONS en los que no se había instruido el oportuno expediente. Si bien, para el despido colectivo, sí siguió siendo nulo si no había autorización administrativa.

Dos años más tarde se elaboró la Ley de Procedimiento Laboral, promulgada por Decreto de 4 julio²⁶ (en adelante, LPL/58) con el objetivo, entre otros²⁷, de completar aquellos vacíos que había dejado el Decreto de 1956. Debemos destacar el

²⁵ Decreto de 26 de octubre de 1956 por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Contrato de Trabajo. BOE nº 360, de 25 de diciembre de 1956.

²⁶ BOE nº 99, de 25 de abril de 1958.

²⁷ Así, ALEMANY CANO en *Las bases históricas para la reforma del proceso laboral*, Bilbao, 2009, pág. 248, señala que el Decreto de 4 de julio de 1958 tenía como fin garantizar y salvaguardar el derecho de las partes, así como fijar al juzgador la pauta a seguir en la jurisdicción de trabajo.

establecimiento de la calificación que se le debía dar a la falta de notificación escrita del despido al trabajador. Así, el artículo 98 de la misma Ley declaraba, aún en contra de la doctrina jurisprudencial sobre ese punto, que cuando se constara el incumplimiento por parte de la empresa del requisito formal dispuesto en el artículo 93, el Magistrado de Trabajo debía declarar de oficio la nulidad del despido. A partir de este momento, surgió la necesidad de distinguir entre despidos cuyo origen se encontraba en faltas cometidas por el trabajador y aquellos despidos no fundados en causas laborales y despidos sin causa (en estos casos, la calificación del mismo podía ser la procedencia o improcedencia del despido, pero nunca la nulidad). Debemos resaltar que el despido colectivo seguía declarándose nulo cuando no existía la correspondiente autorización.

En esta época se consolidó, tal y como dijo GALIANA MORENO, una dicotomía entre despido sin causa y despido sin forma²⁸.

Por último, cabe señalar los efectos del despido nulo según la LPL/58. En su artículo 113 fijó, en primer lugar, la reincorporación del trabajador a su anterior puesto de trabajo; y, en segundo lugar, la condena empresarial al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la readmisión del despedido.

Durante el período de la transición democrática española (1975-1978), resaltar que los vaivenes políticos y sociales característicos de esta etapa, influyeron decisivamente en el régimen del despido.

Nos situamos en un contexto de especial dificultad e inestabilidad política, caracterizado por el afán reformador y por las continuas reivindicaciones sociales. La clase trabajadora de esa época consideraba que el régimen de protección frente al despido se frustraba ante la posibilidad del empresario de indemnizar en vez de la readmisión. Estando así las cosas, se promulgó la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976²⁹, con el fin de incentivar la estabilidad en el empleo y así, atender a las reivindicaciones sociales.

²⁸ GALIANA MORENO, J. M; García Abellan, J. El despido nulo en *Estudios sobre el despido*, Univ. De Madrid, 1996, pág. 67.

²⁹ BOE n° 96, de 21 de abril de 1976.

En cuanto a los despidos colectivos, se mantenía el requisito de la previa autorización del Ministerio de Trabajo, pero, en estos momentos, dicha obligación se extendió a los supuestos de despidos ocasionados por fuerza mayor, por lo que la falta de autorización provocaba la nulidad del despido.

Los efectos del despido calificado nulo se regulaban en el artículo 35 de dicha Ley y en el RD 1925/1976³⁰. La novedad introducida consistió en sancionar la falta de causa justa con los efectos propios de la nulidad, es decir, con la obligación principal de readmitir al trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse aquél, y la accesoria de abonar el importe del salario dejado de percibir desde que se produjo el despido hasta la readmisión y no había opción a sustituir la readmisión por una indemnización. No obstante, esta regla tenía dos excepciones. Por un lado, las partes podían pactar la extinción de la relación fijando una indemnización; y, por otro lado, el Magistrado, teniendo en cuenta las circunstancias excepcionales que impedían la normal convivencia laboral, podía dejar sin efecto la readmisión mediante la fijación de una compensación económica.

Si bien, estas normas tuvieron una vigencia bastante escasa, pues entró en vigor el 8 de octubre de ese mismo año el RD-Ley 18/1976³¹, la cual declaró en suspenso tanto el artículo 35 así como las normas relativas al procedimiento de despido del RD 1925/1976. Con esta norma se vuelve a permitir la sustitución de la readmisión por la indemnización, equiparando los efectos del despido nulo y el despido improcedente. En ambos casos, la condena era la misma, es decir, la readmisión en las mismas condiciones y el pago de los importes de salario dejados de percibir. Pero, la negativa del empresario a cumplir la sentencia autorizaba al Magistrado a sustituir la obligación de readmitir por el resarcimiento de los perjuicios, declarando extinguida la relación laboral.

³⁰ Real Decreto 1925/1976, de 16 de julio, por el que se modifican determinados artículos de la Ley de Procedimiento Laboral. BOE n° 195, de 14 de agosto de 1976.

³¹ Real Decreto-Ley 18/1976, de 8 de octubre, sobre medidas económicas. BOE n° 244, de 11 de octubre de 1976.

Posteriormente, se aprueba el RD-Ley 17/1977, de 4 de marzo³², el cual consagra el despido causal, rechazando, por tanto, el despido libre. Además, confirma la carta de despido, la cual debía llevar los hechos que lo motivan y la fecha de efectos, y se aplica tanto al despido disciplinario como al despido por causas objetivas, introducido por esta misma norma. La nulidad se reserva para los incumplimientos formales ya mencionados, pero sólo para los generales, ya que la falta de comunicación al resto de representantes, cuando el trabajador despedido lo fuera, no era objeto de nulidad. Así, el art. 36, párrafo 3º dispone que “*el despido nulo producirá los mismos efectos que el despido improcedente*”. Sólo se mantiene la readmisión forzosa en caso de trabajadores con cargo electivo sindical, ya que el RDLRT/77 establecía que la sentencia había de ejecutarse en sus propios términos, salvo acuerdo entre las partes.

Es importante destacar que dicha norma incluyó un listado de circunstancias discriminatorias o lesivas de derechos fundamentales, imponiendo que éstas no podrían servir nunca de argumento para la procedencia del despido. Es decir, no los consideraba causa de calificación de nulidad, pero sí que fue un paso importante para llegar a lo que hoy entendemos como nulidad del despido.

5. Normas postconstitucionales y el inicio de la nulidad por motivos de fondo

Durante la década de los 80, y con la Constitución Española como norma suprema, comienza una nueva etapa en la evolución del régimen jurídico del despido nulo. Las primeras leyes promulgadas fueron la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (en lo sucesivo, ET) y el RD-Legislativo 1568/1980 que aprueba la Ley de Procedimiento Laboral (LPL/80)³³.

En ese tiempo se consagran los requisitos formales del despido que en caso de omisión continúan teniendo la consecuencia de la nulidad. Además, se crean nulidades por motivos de fondo, la nulidad por fraude de ley, en este caso por vía jurisprudencial, y la nulidad por vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

³² Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones laborales. BOE nº58, de 9 de marzo de 1977.

³³ Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. BOE nº 64, de 14 de marzo de 1980 y Ley de Procedimiento Laboral. BOE nº 182, de 30 de julio de 1980.

Analizaremos las tres novedades fundamentales introducidas por estos textos legales. La primera de ellas consistió en la diferenciación de los efectos del despido nulo y el despido improcedente, estableciendo que el despido nulo supone la inmediata readmisión del trabajador con el pago de los salarios dejados de percibir³⁴. En cambio, cuando se califica el despido como improcedente, el empresario tiene derecho a optar entre readmisión o la indemnización³⁵.

La segunda novedad, y quizás la más importante, fue la regulación de la nulidad por motivos de fondo. Por tanto, a partir de este momento, hay que distinguir entre nulidad por motivos de fondo y nulidad por motivos de forma.

Por último, dichos textos establecieron especiales requisitos formales para el despido de representantes de los trabajadores³⁶, imponiendo la nulidad en casos de omisión de los mismos.

En cuanto a la nulidad por forma, es de destacar que el artículo 55.1 del ET contenía las ya tradicionales formalidades que conllevaban los despidos³⁷. Ambas leyes expresaron que en los casos en que el empresario no cumpliera tales requisitos, el despido sería calificado como nulo³⁸.

³⁴ Artículo 55.4 del ET y artículo 103 de la LPL/80

³⁵ Artículo 56 del ET y artículo 103, párrafo 2º de la LPL/80

³⁶ Artículo 68, letra a) del ET y artículo 111, párrafo 1º de la LPL/80

³⁷ Formalidades como la comunicación escrita con expresión de los hechos que motivaban el despido y de la fecha de efectos.

³⁸ Así, en la Sentencia de 6 de abril de 1987 (RJ 1987/2350), el actor, «el 17 de Julio de 1985» fue «desenrolado» por el titular de la embarcación haciendo constar en la «cartilla de embarque» que aquél se llevaba a efecto en tal fecha «por voluntad del armador y en contra del mariner», ante esto el TS señaló que «*la jurisprudencia ha venido reiterando que esa notificación escrita, carente de «... carácter sacramental o rituario ...» -Sentencias de 28 de junio y 10 de octubre de 1985 (RJ 1985\3491 y RJ 1985\4705)-, es requisito constitutivo -Sentencia de 18 de julio de 1985 (RJ 1985\3807)-, de inexcusable concurrencia para que la manifestación de voluntad empresarial resolutoria del nexo laboral preexistente tenga efectos jurídicos -Sentencias de 16 de diciembre de 1985 (RJ 1985\6115), de mayo de 1986 (RJ 1986\2598), a título de ejemplo-, debiendo contener «... los detalles de la conducta imputada que resulten indispensables para su cabal identificación, en cuanto a su naturaleza y acaecimiento» - Sentencias de 19 de Febrero y 30 de Enero de 1986 (RJ 1986\784 y RJ 1986\300)-.*

A modo de ejemplo, en cuanto a la suficiencia que debe tener la notificación por escrito del despido, la Sentencia de 19 enero 1988 (RJ 1988\14) considera insuficiente: el «*haber presentado al cargo del IMD una factura cuyos géneros no fueron adquiridos*», sin más precisiones, además de que no existe en el expediente instruido pliego de cargos notificado al actor, por lo que el despido debe ser calificado -a entender del recurrente- como nulo, motivos aquellos que deben ser estimados, por cuanto ciertamente en dicha notificación no se puntualizan con la necesaria claridad y detalle los hechos motivadores de la sanción impuesta, conforme exige el referido artículo 55.1, con la finalidad de que sus destinatarios tengan el indispensable conocimiento de lo que se les acusa y así se elimina toda posible situación de

5.1. Sentencia Tribunal Constitucional 38/1981, de 23 de noviembre. El despido nulo radical

No podemos olvidar la Sentencia de 23 noviembre de 1981, por medio de la cual el Tribunal Constitucional dio vida al despido nulo radical³⁹. En esta sentencia, el Tribunal reaccionó de forma enérgica contra un acto de extinción que vulneraba un derecho fundamental. Es de destacar que tras esta Sentencia, se empezó a hablar de despido nulo radical por discriminación. La nulidad radical del despido, prohibía, según PALOMEQUE LÓPEZ, el trato indiferenciado injustificado⁴⁰.

El objeto del litigio que dio lugar a esta importantísima Sentencia, consistió en el despido alegando dificultades económicas⁴¹ (que finalmente no quedaron acreditadas) de unos trabajadores que previamente al mismo, habían sido proclamados como candidatos a las elecciones para delegado sindical, pertenecientes al Sindicato Andaluz de Trabajadores. Con respecto a los fundamentos jurídicos, se mencionan en la Sentencia los artículos 14, 28 y 24 de la Constitución Española de 1978. Señala el Tribunal, que *“la sentencia vulnera el artículo 14 porque, sin causa justificativa, mediante un despido discriminatorio, han sido despedidos de sus trabajos y las actuaciones empresariales discriminatorias tienen la sanción de la nulidad radical. Además se infringe el artículo 28 de la Constitución que consagra la libertad sindical, libertad que se vulnera cuando se despide injustificadamente a unos trabajadores proclamados candidatos a unas elecciones de representantes en la Empresa”*. Afirma la Sentencia la nulidad radical, y, por ello, *comporta necesariamente la readmisión, excluyéndose toda facultad de opción ejercitable por el empresario, pues los efectos que se anudan a tal nulidad reclaman la reintegración de los trabajadores en su puesto con el pago de los salarios y el mantenimiento de sus derechos adquiridos*.

Se impone en la misma la inversión de la carga de la prueba de la lesión del derecho, es decir, será el empresario quien asuma la carga de probar los hechos generadores de la

indefensión, la que podría producirse al no especificarse ni el día en que tales hechos ocurrieron ni el más mínimo dato identificativo de la aludida factura.

³⁹ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., El incidente de no readmisión, *op.cit.* pág.76.

⁴⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Despidos discriminatorios y libertad sindical*, Civitas, Madrid, 1983, pág. 52.

⁴¹ En un momento procesal no hábil, el despido se presentó como disciplinario. La sentencia recurrida en amparo había declarado nulo el despido por incumplimiento de los requisitos formales, los trabajadores despedidos instaban la tutela constitucional y la anulación de todo efecto al acto empresarial extintivo, hecho que lograron gracias a la Sentencia dictada por el TC.

extinción de la relación laboral y no, como sería en el supuesto de aplicación de las normas comunes en este asunto, es decir, que el trabajador alegue que el comportamiento empresarial ha supuesto una vulneración de un derecho fundamental del cual era titular. Así, sigue diciendo ÁLVAREZ DE LA ROSA, que no se le impone la *probatio diabolica* de un hecho negativo, si no que manifieste la proporcionalidad y razonabilidad de la medida adoptada⁴².

Con este pronunciamiento del TC, concluye BADIOLA SÁNCHEZ, se consolida un antes y un después en la efectividad de las decisiones extintivas empresariales. Esto es así, ya que en primer lugar, se prohíbe todo acto que impida el ejercicio real del derecho fundamental a la libertad sindical; además, gracias a ella se establecieron las bases identificativas del despido discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador; y, por último, se definen los mecanismos de tutela antidiscriminatoria: el desplazamiento de la carga de la prueba y la calificación de nulidad radical⁴³.

5.2. Ley de Procedimiento Laboral de 1990

En la década de los años 90 la nulidad del despido por motivos de fondo se convierte en un tema estrella, el cual pasó de ser una doctrina jurisprudencial a estar debidamente regulado por ley. En concreto, fue la Ley de Procedimiento Laboral de 1990⁴⁴ la que recogió la calificación de nulidad de los despidos discriminatorios. Fue con la promulgación de dicha ley cuando se estableció, por fin, la diferencia entre la calificación de improcedencia y la calificación de nulidad.

La LPL/90 introdujo importantes modificaciones, las cuales mencionaremos a continuación. En primer lugar, la calificación de nulidad radical, desaparece como tal, pero su contenido se integra en la calificación única de nulidad, si bien, con las mismas consecuencias que la jurisprudencia había adjudicado a la nulidad radical.

⁴² ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, pág.793.

⁴³ BADIOLA SÁNCHEZ, A.M., *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*, op.cit. pág. 251.

⁴⁴ Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral.

Así, el artículo 108 de esta ley unificó todos los supuestos de nulidad del despido disciplinario. En este listado, se incluyen las nulidades por defecto de forma, aunque, se añaden otros supuestos⁴⁵. También, se incluía los supuestos de nulidad por motivos de fondo y estableció que cuando la causa del despido era por motivo de discriminación previsto en la CE y en la Ley, o la violación de derechos fundamentales y libertades públicas, “el juez había de pronunciarse sobre ella, con independencia de cuál hubiera sido la forma del mismo”⁴⁶, ya que de lo contrario, se podría dilatar el proceso debido a que el empresario puede provocar un incumplimiento formal intencionadamente, lo que conseguiría proceder a un nuevo despido.

Es de destacar que esta ley no recoge los supuestos de nulidad por fraude de ley, dicho silencio conllevó a que el TS y los TSJ calificase de improcedente los despidos realizados en fraude de ley y abuso de derecho.

5.3. La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras

En primer lugar, debemos exponer cuál ha sido el fundamento de esta ley, para entender el por qué se llevaron a cabo los numerosos cambios en la legislación.

La transposición de la Directiva 96/34⁴⁷ se ha hecho por nuestro legislador a través de la inclusión en el artículo 37 de dos supuestos de ausencia retribuida⁴⁸. Dicha Ley

⁴⁵ Se añadieron los siguientes supuestos: el de los trabajadores afiliados a un sindicato, realizado sin la previa audiencia a los delegados sindicales, si los hubiere, y constándole al empresario la condición de afiliado del trabajador –supuesto que había sido descartado como causa de calificación de nulidad por parte de la jurisprudencia-. Respecto de los trabajadores representantes, se añaden varios matices, por ejemplo, la omisión del procedimiento disciplinario conllevaba la nulidad tanto para los representantes legales de los trabajadores como en caso de delegados sindicales.

⁴⁶ Art. 108 LPL/90.

⁴⁷ La cláusula 3 del Anexo de la Directiva 96/34 dispone que “*Los Estados miembros y/o los interlocutores sociales adoptarán las medidas necesarias para autorizar a los trabajadores a ausentarse del trabajo, conforme a la legislación, los convenios colectivos y/o los usos nacionales, por motivos de fuerza mayor vinculados a motivos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador. Los Estados miembros y/o los interlocutores sociales podrán precisar las condiciones de acceso y las modalidades de aplicación de la cláusula 3.1 y limitar dicho derecho a una duración determinada por año y/o por caso*”.

hace referencia al establecimiento de mecanismos que permitan un reparto equilibrado de responsabilidades entre hombres y mujeres en la vida profesional y la privada⁴⁹.

Centrándonos en el despido nulo, esta Ley introdujo nuevos supuestos de despido, tanto disciplinario como objetivo, nulo. En cuanto a la primera categoría, modificó la redacción de los artículos 55.5 ET y 108.2 LPL, introduciendo los siguientes supuestos:

a) Trabajadoras/trabajadores con contrato de trabajo suspendido por riesgo durante el embarazo o permiso por maternidad/paternidad bilógica o adoptiva.

b) Trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión por maternidad o por riesgo durante el embarazo, y el de los trabajadores que hayan solicitado permiso o reducción de jornada por motivos familiares (art. 37.4 y 5 ET) o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado excedencia por cuidado de familiares (art.46.3 ET).

En cuanto a la categoría de despido objetivo nulo, la Ley 39/1999 ha modificado el artículo 53.4 y el 122.2 LPL incluyendo como supuestos de nulidad de la decisión empresarial extintiva los mismos que han quedado señalados para el despido disciplinario. Con estas modificaciones se completó la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria.

En definitiva, esta Ley pretende dar un paso más hacia la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo.

5.4. Ley 3/2007, para la igualdad efectiva de Mujeres y Hombres

La última novedad legislativa en materia de igualdad de género, lleva por título Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres⁵⁰ (en adelante, LOIMH). Con dicha Ley se modificó, por segunda vez, los artículos 53.4 y 55 ET:

⁴⁸ El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente: Dos días por el nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días.

⁴⁹ Exposición de motivos de la Ley 39/1999. BOE nº 266, de 6 de noviembre de 1999.

⁵⁰ BOE nº 71, de 23 de marzo de 2007.

a) Se añadió como nula la decisión extintiva en el supuesto de riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia natural y paternidad.

b) Se introdujo un nuevo apartado, el c), el cual establece un novedoso supuesto de nulidad del despido: el realizado a los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Dicha Ley también modificó la LPL, en concreto, el apartado 2 de sus artículos 108 y 122.

A pesar de estas reformas, que pretenden alcanzar el mayor grado de igualdad entre mujeres y hombres, no podemos olvidar que en nuestro país sigue existiendo una clara tendencia machista, una sociedad en la que la mujer debe cumplir ciertos roles, entre los que se encuentran, por supuesto, el cuidado de los hijos y las tareas domésticas, configurando éstos un impedimento a la libertad de las mujeres y a la vida laboral de las mismas. Por todo ello, aunque dichas reformas han ayudado, es necesario un cambio en la mentalidad de la sociedad española, para que estas reformas hechas en el año 1999 y en el 2007 tengan el deseado éxito.

III. Despido nulo por violación de Derechos Fundamentales

1. Vulneración de derechos constitucionales laborales inespecíficos

1.1. Introducción

La Constitución Española de 1978 establece una serie de derechos fundamentales⁵¹ inherentes a las personas, es decir, sin ningún tipo de vinculación a la condición de parte en la relación laboral. Por lo tanto, dichos derechos podrán ser invocados por los trabajadores en el ámbito de las relaciones de trabajo, tal y como estableció la STC 88/1985.

Tradicionalmente, se ha entendido que los derechos fundamentales contenido en normas constitucionales se aplicaban exclusivamente en la relación existente entre el

⁵¹ Se recogen en la sección primera, del capítulo II, del Título I de la CE, denominada expresamente “De los derechos fundamentales y libertades públicas”.

estado y los ciudadanos, y esto es porque, históricamente, los derechos fundamentales nacieron como consecuencia de la injerencia de los poderes públicos en la libertad de los ciudadanos y, por ello, no afectaba a las relaciones privadas. No obstante, a partir de los años 50 se comienza a hablar, en Alemania, de la incidencia de los derechos fundamentales en la relación jurídico privada, y de ahí nació la doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte*⁵². En España, QUADRA-SALCEDO realizó un estudio pionero sobre la cuestión y defendió la doctrina alemana de los derechos fundamentales en nuestro país. El TC sostiene con acierto la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Finalmente, se admitió el recurso de amparo en caso de violación de derechos fundamentales por los particulares. En línea similar se sitúa PECES-BARBA. Esta tesis se sostiene ya que, como señalaba BILBAO UBILLOS, el poder ya no está concentrado en el aparato estatal sino que está disperso, diseminado en la sociedad⁵³.

El TC ha reconocido, desde un principio, que la celebración de un contrato de trabajo no implicaba la privación para el trabajador de los derechos que la CE le reconoce como ciudadano, ya que las organizaciones empresariales no forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa del art.38 de la CE legitima el que quienes prestan servicios en aquellas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional⁵⁴.

Según PALOMEQUE LÓPEZ, estos derechos de titularidad general ejercidos por trabajadores asalariados, reciben el nombre de derechos constitucionales inespecíficos y

⁵² Literalmente significa efecto frente a terceros de los derechos fundamentales. Siguiendo lo expuesto por GARCÍA TORRES, J., en su obra *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1986, a raíz del título I (“*los derechos fundamentales*”) de la GG, un sector doctrinal que tiene en Thomas Nipperdey su más representativa figura, elaboró la teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte*. La argumentación de Nipperdey admite que hay una serie de derechos fundamentales que solo vinculan al poder público en el estricto sentido de la palabra, pero que hay una serie de derechos fundamentales que garantizan a cada ciudadano un status sociales en sus relaciones jurídicas con los demás. Es decir, la *Drittwirkung* concede a los particulares una determinada posición jurídica en sus relaciones con los otros particulares.

⁵³ BILBAO UBILLOS, J.M.: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares. Análisis de la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pág.242.

⁵⁴ STC 88/1985, de 19 de julio.

al ser atribuidos a los ciudadanos en el momento en que son parte de una relación laboral, adquieren un contenido o dimensión laboral sobrevenido⁵⁵.

1.2. Despido discriminatorio

1.2.1. Diferencia entre el principio constitucional de igualdad y de prohibición de la discriminación

La CE, en varios de sus preceptos, proclama el principio de igualdad⁵⁶. Del análisis de los mismos, se extrae las diversas vertientes de dicho principio. Por ello, debemos hacer alusión a la distinción entre el principio de igualdad y no discriminación, ya que es imprescindible para fijar el alcance de los mismos en las relaciones laborales. El artículo 14 de la CE hace referencia en primer lugar al principio de igualdad y, posteriormente, pasa a referirse a la prohibición de discriminación, configurándose como una regla específica de dicho principio.

La prohibición de no discriminar, siguiendo las palabras de NOGUEIRA GUASTAVINO⁵⁷, se dirige a los poderes públicos, pero también se proyecta sobre la negociación colectiva y, en definitiva, sobre cualquier acto que adopte el empresario en el ejercicio de su poder de dirección y organización. Por tanto, habrá despido discriminatorio cuando exista un trato diferente entre trabajadores y cuyo fundamento se encuentra en un factor discriminatorio⁵⁸.

En cuanto al principio de igualdad, el TC ha establecido en numerosas sentencias⁵⁹, que éste impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable o resulte desproporcionada en relación con dicha justificación. Si bien, señala el TC que es *conditio sine qua non* que se ofrezca un término de comparación que permita ilustrar la desigualdad que se denuncia. En cambio, la

⁵⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos”, en *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Madrid, 2003.

⁵⁶ Arts.1, 9.2, 14, 35 y 24 CE.

⁵⁷ NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente*, Lan harremanak, págs. 21 y 22.

⁵⁸ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Despidos discriminatorios y libertad sindical*, op.cit. pág. 53.

⁵⁹ Una de ellas: la STC nº 212/2001 de 29 de octubre.

doctrina se ha mostrado dividida en si la discriminación requiere, o no, para su existencia de un término de comparación⁶⁰. No obstante, coincidimos con HERRAIZ MARTÍN en que no es necesario un término de comparación legal, ya que no existe en el artículo 14 CE una intención tipificadora cerrada.

En estos momentos, tanto el principio de igualdad como el de no discriminación se han configurado como dos distintos derechos fundamentales⁶¹. El legislador, teniendo en cuenta el artículo 14 de la CE, ha plasmado la prohibición de discriminación entre los trabajadores en el Estatuto de los Trabajadores, en concreto, en los artículos 4.2.c y 17⁶².

En definitiva, los despidos discriminatorios son aquellos basados en una vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas por parte del empresario, excediéndose en el poder de dirección y organización, y castigados con la nulidad del acto.

En los siguientes apartados abordaremos el estudio de diversos supuestos de despido discriminatorio por vulneración de derechos fundamentales inespecíficos.

1.2.2. Libertad religiosa, ideológica y de culto

La Constitución reconoce a los ciudadanos la libertad ideológica, religiosa y de culto en su artículo 16. También aparece como factor discriminatorio en el artículo 14. Por tanto, y como dijimos anteriormente, la persona trabajadora cuando entra a formar parte

⁶⁰ HERRAIZ MARTÍN, M.S., *El despido nulo: causas y efectos*, Madrid, Thomson Reuters, 2008, pág. 57.

⁶¹ RODRÍGUEZ PIÑERO, M. Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986, pág. 38.

⁶² Art. 17.1 ET: Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español. Art. 4.2.c ET: Los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de: A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.

de la empresa, no pierde estos derechos. Los trabajadores no tienen ninguna obligación de manifestar, en el ámbito laboral, su ideología o creencias, pero si lo hacen, el empresario no puede tomar represalias ante éstas⁶³.

Un claro ejemplo de nulidad del despido por vulneración de la libertad ideológica lo encontramos en la sentencia del TSJ de País Vasco, Sala de lo Social, del 30 de noviembre de 2011 (rec. 2724/2011). El caso resuelto trata sobre una trabajadora que formó parte del anterior Gobierno de PNV con el cargo político de Directora de Gabinete de la Consejera de Industria, Comercio y Turismo. Una vez finalizada su etapa y como consecuencia del cambio político acontecido en el Gobierno, la trabajadora, se reintegra en la empresa pública vasca donde venía prestando sus servicios. Posteriormente, la trabajadora recibe comunicación escrita donde se le informa sobre el descontento respecto a determinadas tareas y responsabilidades por ella desarrolladas y apenas un mes después le remiten carta de despido en la que se le indica que procede a la extinción ex art. 54.2, b) LET porque, pese a la advertencia, mantiene sus “actitudes reiteradas de desobediencia a sus superiores jerárquicos”. En la sentencia de instancia constan como hechos probados que la trabajadora desarrollaba su actividad con normalidad y que aquellas imputaciones de desobediencia a sus superiores no sólo fueron desacreditadas, sino incluso desmentidas. Por todo ello, tanto la sentencia de instancia como la del TSJ estiman la existencia de indicios razonables de que el despido pudo deberse a su adscripción política, hecho que obligaba a las empresas a acreditar lo contrario. Sin embargo, no lo consiguieron, y por eso, ambos juzgadores determinaron la nulidad del despido por vulneración de un derecho fundamental, en concreto, la libertad ideológica amparada en el artículo 16 de la CE.

En definitiva, tanto ésta como otras muchísimas sentencias⁶⁴ que hemos podido estudiar, reflejan que la discriminación por motivos ideológicos es muy frecuente en la contratación laboral, y sobre todo, en el ámbito de las Administraciones locales.

⁶³ HERRAIZ MARTÍN, M.S., *El despido nulo: causas y efectos*, op.cit. pág. 66.

⁶⁴ STSJ de Canarias (sede Las Palmas), Sala de lo Social, sec. 1ª, del 21 de noviembre de 2005, nº1274/2005, rec. 504/2005, versa sobre la sustitución de personal laboral por personal funcionario que afecta únicamente a uno de los conserjes y entiende el Tribunal que el despido se debe como consecuencia de su militancia y confrontación pública. En la misma dirección encontramos la STC 47/1985, de 27 de marzo de 1985, en la cual se declara nulo el despido de una profesora de un colegio privado que, según éste, no sigue las normas de la Dirección del Centro y no se ajusta al ideario que rige

1.2.3. Despido nulo por lesión del derecho de libertad de expresión e información

En nuestro texto constitucional, se reconoce como derecho fundamental la libertad de expresión y de información, la primera en el artículo 20.1.a): “A *expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción*” y la segunda en el artículo 20.1.d): “A *comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades*”⁶⁵. De la lectura de los mismos, extraemos que el bien jurídico protegido es la existencia de opinión pública, esencial en un sistema democrático. Según DEL REY GUANTER, la vulneración de estos derechos fundamentales se encuentra muy extendida en el sector empresarial⁶⁶, de ahí la importancia del estudio de los mismos.

En palabras de DIEZ-PICAZO, la libertad de expresión e información puede ser vista como único derecho fundamental, por más que su régimen jurídico varíe parcialmente según cuál sea el elemento predominante en cada caso⁶⁷. Para entender la diferencia entre expresión e información, podríamos utilizar términos como noticia y opinión, es decir, una objetiva, basada en datos reales y constatados, y la otra, una simple manifestación subjetiva con respecto a algo o alguien. El problema es que en la práctica, ambos derechos suelen ir entrelazados, ya que es complicado dar una noticia sin emitir la propia opinión, o bien, manifestar una opinión sin aportar, a su vez, datos reales y objetivos. Así, encontramos sentencias en las que se ve reflejado esta mezcla de derechos, pero que, a juicio del Tribunal, uno de ellos tiene un valor predominante sobre el otro. Ejemplo de ello, la STC 57/1999 (rec.1667/1996), en la que el recurrente prestaba servicios en la Dirección General de Aviación y su función era la de garantizar que el mantenimiento de las aeronaves cumple las condiciones de seguridad reglamentarias. Tras un accidente y un fallecido, un periódico publicó una entrevista

en el mismo. Sin embargo, el Tribunal consideró que para que el despido fuese lícito era necesario probar la existencia de “*fricciones contra los criterios del Centro, consistentes en actos concretos de la profesora y en una actividad contraria al ideario*” (FJ 4º). No obstante, éstos no quedaron probados, por lo que se declaró nulo el despido.

⁶⁵ Es de destacar que estos derechos también se proclaman en el artículo 10 CEDH y 11 CDFUE.

⁶⁶ DEL REY GUANTER, S., *Libertad de expresión e información y contrato de trabajo: un análisis jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 1994, p.23.

⁶⁷ DIEZ-PICAZO, L.M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Navarra, Civitas, 2013, pág. 313.

que le había realizado y en la que el trabajador comentaba el mal estado de los aviones. La empresa, como reacción a dicha entrevista, le despidió por transgresión de la buena fe contractual. El TC declaró la nulidad del despido por violación del derecho fundamental a transmitir información veraz. Por tanto, en este caso, y siguiendo la doctrina del propio TC⁶⁸, predominó el derecho a la libertad de información. Debemos destacar, en cuanto al requisito exigido constitucionalmente de que la información sea veraz, la doctrina expresada por la STC 6/1988, según la cual: *“cuando la Constitución requiere que la información sea veraz no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas -o, sencillamente, no probadas en juicio- cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como hechos haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado”*. Por tanto, si entran en conflicto la libertad de información y el derecho al honor del empresario, prevalecerá el primero, siempre y cuando se cumpla la condición de veracidad, pues se entiende más importante la opinión pública libre.

Por el contrario, en el derecho a la libre expresión, no se exige tal requisito de veracidad, pues las ideas u opiniones no son susceptibles de ser objetivas ni verificables, ya que se trata de meros juicios que se tienen sobre alguien o algo. Por ello, el derecho de libertad de expresión se encuentra internamente ilimitado, salvo que lesionen otros derechos fundamentales o bienes jurídicamente protegidos⁶⁹. Por tanto, los jueces y tribunales estarán al caso concreto para comprobar si se ha ejercido el derecho de forma abusiva, en cuyo caso, procederán las consecuencias jurídicas derivadas del

⁶⁸ STC, Sala 1ª, del 21 de enero de 1988, nº 6/1988 manifiesta la diferencia entre libertad de expresión e información: *“si los hechos difundidos son exactos y si quien los difunde así lo acredita, nos encontraríamos con un acto irreprochable del ejercicio del derecho de libre comunicación de información veraz, del que no podrían seguirse consecuencias jurídicas desfavorables, porque ningún deber contractual de buena fe obliga al trabajador a callar o a no difundir -es decir, a no ejercitar su derecho fundamental del art. 20.1.d)- unos hechos que son jurídicamente ilícitos y que pueden constituir una inconstitucional discriminación, amén de ser bien poco coincidentes con un orden de libertad y democracia. Nos hallaríamos, entonces, en un supuesto similar al de la STC 88/85: Si no hay exceso en el ejercicio del derecho del art. 20.1.d) -y no lo habría cuando se difunden hechos verdaderos constitutivos de un ilícito jurídico-, el despido supondría una reacción contractual utilizada abusivamente”*.

⁶⁹ DE DOMINGO PÉREZ, T., *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, Madrid, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pág. 204.

incumplimiento de la buena fe contractual. En este sentido, debemos tener en cuenta la STC 204/1997 (rec. 3481/1996), la cual refleja un ejemplo del abuso del derecho a la libre expresión, apuntando, en su FJ 4º, que *“en sus declaraciones el recurrente no se limitó a informar y exponer los hechos y a explicar sus críticas al respecto, sino que también hizo juicios de valor claramente ofensivos, innecesarios para expresar su opinión sobre los hechos denunciados, y proferidos en descrédito de los directivos y responsables de la empresa (...). Es por ello que quedan excluidas del ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión consagrado en el art. 20 CE pues, como antes se dijo, la Constitución no reconoce el derecho al insulto”*.

Por último, debemos mencionar, dada su relevancia, la STC 94/1994 (rec. 1635/1991), ya que proclama la prevalencia del derecho a la libre expresión sobre asuntos de interés público, frente a los derechos del artículo 18 de la CE⁷⁰.

1.2.4. Despido nulo por menoscabo de la intimidad y dignidad del trabajador. Especial alusión al acoso laboral

En el artículo 10.1 de la CE se establece la garantía de la dignidad de las personas, concretamente dice: *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*. Este artículo es la pieza angular de todo el sistema de derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución⁷¹. Y se manifiesta en la legislación laboral en los artículos 4.2.c), 18, 20.3, 39.3 y 50.1.a) del ET.

La dignidad humana es un concepto jurídico indeterminado y se manifiesta como valor, principio y derecho, por lo que determinar el concepto es una tarea bastante compleja⁷². No obstante, el TC se ha atrevido a dar una definición de la dignidad de la persona en su sentencia 53/1985, en la que la define como *“un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación*

⁷⁰ El art. 18 CE garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

⁷¹ MERINO NORVERTO, Mª., *Sinopsis del artículo 10 de la Constitución Española*, Portal del Congreso de los Diputados, 2003. Actualizado por Sieira, S., Letrada de las Cortes Generales, 2011.

⁷² DE PAIVA MEDEIROS DE OLIVEIRA, F., *El acoso laboral*, Universidad de Valencia, 2005, pág.155.

consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”.

Como dice DE PAIVA MEDEIROS DE OLIVEIRA, el respeto a la dignidad presupone el respeto y protección a la integridad física y moral⁷³. Es decir, está conectado con el derecho proclamado en el artículo 15 de la CE, el cual señala que *“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes...”*.

Puede apreciarse en la actualidad fenómenos emergentes en el ámbito laboral como el acoso moral u otros de similar naturaleza. Son llamados, genéricamente, riesgos psicosociales. Éstos han sido definidos por la OIT como las interacciones entre el contenido, la organización y la gestión del trabajo y las condiciones ambientales, por un lado, y las funciones y necesidades de los trabajadores, por otro. Estas interacciones pueden ejercer una influencia nociva en la salud de los trabajadores a través de sus percepciones y experiencia. Los factores de riesgo psicosocial estarían más ligados al objetivo de alcanzar un bienestar personal y social de los trabajadores, con una calidad en el trabajo, que a la clásica perspectiva de la seguridad y salud para evitar la producción de accidentes y enfermedades profesionales⁷⁴. Todos estos riesgos tienen en común el bien jurídico dañado, que es la salud de los trabajadores, su dignidad e integridad personal, tanto moral como psíquica⁷⁵.

En cuanto a las normas que regulan el acoso laboral, encontramos la Carta Social Europea de 3 de mayo de 1996 la cual lo define como *“actos condenables o explícitamente hostiles dirigidos de modo repetido contra todo asalariado en el lugar de trabajo...”*. No podemos olvidar la Directiva 2006/54/CE, 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, cuyo artículo 2.c) expone una definición de acoso: *“situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la*

⁷³ DE PAIVA MEDEIROS DE OLIVEIRA, F., *El acoso laboral*, op.cit. pág. 159 y 160.

⁷⁴ MUÑOZ ARRIBA, J., *La responsabilidad del empresario en relación al acoso moral, también conocido como mobbing*, Boletín de legislación El Derecho, n°335, 2004, pág. 1.

⁷⁵ HERRAIZ MARTÍN, M.S., *El despido nulo: causas y efectos*, op.cit. pág. 76.

dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante y ofensivo”.

Profundizando en este fenómeno, cabe apreciar la doctrina elaborada por los TSJ⁷⁶, la cual establece una serie de elementos que deben concurrir en la conducta para que se produzca el mismo. Antes de analizarlos, debemos decir que la conducta causante de lesión, puede provenir tanto del empresario como de los compañeros (acoso vertical y horizontal). Pues bien, la conducta ha de ser vejatoria o intimidatoria de carácter injusto; debe reiterarse en el tiempo; tener como finalidad minar psicológicamente al acosado; intención de dañar; y, finalmente, producir un daño en la esfera de los derechos personales. Podemos resumir estos elementos, en uno de carácter subjetivo, cual es la intencionalidad.

Es importante tener en cuenta la diferencia entre el acoso moral o mobbing y el ejercicio abusivo y arbitrario del poder de dirección del empresario, regulado en el artículo 20 del ET. Como apunta HERRAIZ MARTÍN, este último hace referencia a aquel empresario, que haciendo un uso no adecuado de su poder de dirección empresarial, busca sacar el mayor partido posible al capital humano del que dispone. En cambio, siguiendo lo dispuesto en la STJS de Andalucía, del 3 de octubre de 2013⁷⁷: *“para recibir la consideración jurídica propia de acoso, ha de involucrarse la actuación empresarial desde el prisma de una presión que ha de ser maliciosa y con cierta continuidad en el tiempo, con claro objetivo degradante para la personalidad del trabajador afectado por la conducta”.*

Existen numerosas sentencias que reflejan la importancia de la distinción entre las estas dos conductas. Verbigracia, la STSJ de Galicia del 4 de febrero de 2013⁷⁸, que señala: *“...se impone distinguir entre lo que propiamente es hostigamiento psicológico con el defectuoso ejercicio - abusivo o arbitrario - de las facultades empresariales. En el primero se agreden derechos fundamentales de la persona - básicamente su dignidad e integridad moral -, en tanto que el segundo se limita a comprometer estrictos derechos laborales; diferencia que incluso puede predicarse de la motivación, dado que*

⁷⁶ HERRAIZ MARTÍN, M.S., *El despido nulo: causas y efectos*, op.cit. pág. 79 y 80.

⁷⁷ STSJ de Andalucía, Málaga, Sala de lo Social, sec.1ª, del 3 de octubre de 2013, nº 1581/2013, rec. 1045/2013.

⁷⁸ STSJ de Galicia, Sala de lo Social, sec.1ª, del 2 de febrero de 2013, nº 766/2013, rec. 5504/2012.

en el hostigamiento se aprecia intención de perjudicar al trabajador y en el ejercicio indebido de la actividad directiva prima el interés -mal entendido- empresarial. Pero también ejercicio arbitrario del poder empresarial y acoso moral se diferencian por el perjuicio causado. En el primer caso pueden verse afectados los derechos laborales sobre lugar, tiempo, modo y contraprestación por el trabajo, en el segundo su integridad psíquica, su salud mental”.

Es necesario distinguir la figura del acoso moral de la conflictividad laboral. Para ello, consideramos que la STSJ de Galicia, de 17 de diciembre de 2010, expone, a través del caso que analiza, la diferencia entre las mismas⁷⁹.

1.2.5. Despido nulo por vulneración de la garantía de indemnidad

En esta ocasión, debemos citar el artículo 24 de la CE, según el cual *“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”*. Conviene destacar que el artículo 24 es el precepto más invocado en materia de derechos fundamentales⁸⁰. Extrapolándolo a las relaciones laborales, este derecho se encuentra formulado en el artículo 4.2.g) ET, por tanto, los trabajadores tienen derecho *“Al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo”*.

En el ámbito internacional, este derecho aparece recogido en el Convenio número 158 de la OIT (ratificado por España, BOE de 29 de junio de 1985), el cual dispone en su artículo 5.c) que no podrá darse por terminada la relación de trabajo por *“haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante*

⁷⁹ La Sala confirma que *“hay una situación conflictiva laboral como consecuencia, entre otras, de que la empresa ha entendido que el actor no tenía derecho a percibir un complemento mensual que le venía abonando, lo que ha obligado al trabajador a presentar demanda, habiendo obtenido sentencia parcialmente favorable; pero esto no parece evidenciar actuación empresarial dirigida a menoscabar la dignidad del trabajador, sino un distinto entendimiento de normas legales; por otra parte, la denegación de tres días de vacaciones, igualmente puede resolverse por la vía jurisdiccional y, el hecho de que se le encomiende las tareas más sencillas o que realice trabajos ayudando a otro trabajador, es fruto de la falta de formación del actor en tareas de mecánica y no de otra cuestión diferente (...) no puede deducirse la existencia del acoso, sino de la existencia de unos cambios en la situación laboral, que han ocasionado una insatisfacción del trabajador”*.

⁸⁰ DÍEZ-PICAZO, L.M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, op.cit. pág. 404.

las autoridades administrativas competentes”. En el ámbito comunitario, debemos tener en cuenta las Directivas sobre igualdad de trato que protegen al trabajador que reclama frente a posibles represalias empresariales, entre ellas la Directiva 2006/54/CE, 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*, la cual en su considerando 32 señala que “*Dado el carácter fundamental del derecho a una tutela jurídica efectiva, conviene garantizar que los trabajadores continúen gozando de dicha protección incluso tras la extinción de la relación que haya dado lugar a la supuesta vulneración del principio de igualdad de trato. Un empleado que defienda o testifique a favor de una persona amparada por la presente Directiva debe tener derecho a idéntica protección*”.

Se trata de otorgar protección al trabajador, frente a las posibles represalias que pueden tomar los empresarios, por cualquier reclamación de sus derechos ante los órganos jurisdiccionales. La protección consiste en que la reacción empresarial será calificada como discriminatoria y, por tanto, nula por ser contraria a ese Derecho Fundamental. En caso de no existir tal garantía, no tendría ningún sentido para los trabajadores acudir a la Justicia.

Encontramos numerosos ejemplos de vulneración de este derecho en la jurisprudencia. Así, por ejemplo, la STS del 5 de julio de 2013 relata un supuesto de contratación temporal de una trabajadora con prestación de servicios no asociada al objeto del contrato, que es cesada tras haber reclamado ante la Administración la relación laboral indefinida. Pues bien, entiende el Tribunal que 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 (tutela judicial).

Debe advertirse, que tiene el mismo efecto de nulo tanto si la actuación proviene de un empresario privado como si es realizada por las Administraciones. En la STS de 4 de marzo de 2013, apreciamos que el empresario es una Administración Pública; la trabajadora prestaba sus servicios a la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid.

Un interrogante que ha venido resolviendo la jurisprudencia es si la protección mencionada abarca exclusivamente el ejercicio, por parte del trabajador, de acciones judiciales o por el contrario, si se extiende a otras actuaciones. Sobre esto, existe una muy elaborada doctrina originada a raíz de sentencias del TC 55/2004 y 87/2004. En la primera de ellas, el TC estima el amparo promovido por un trabajador, despedido como represalia por la carta que su abogado remitió a su empresa con la finalidad de evitar acudir a la vía judicial y plantear reclamación sobre la explotación ilegal de una patente cuya intervención pertenecía al trabajador. Se consideró vulnerado su derecho a la garantía de indemnidad, ya que, aunque no ejercitó ninguna acción judicial, la actuación de su abogado sí fue incluida en el ámbito de protección de este derecho, pues según el Tribunal *“el objetivo de evitar un proceso permite extender la garantía de indemnidad a esa actividad previa no imperativa pero conveniente y aconsejable, cuando del contexto se deduzca sin dificultad que aquélla está directamente encaminada al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”*. En la segunda, el TC manifiesta *“...el derecho consagrado en el art. 24.1 no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza”*. También, quedan amparadas en el ámbito de protección de la tutela judicial, las denuncias interpuestas a organismos, como la Inspección de Trabajo⁸¹ o la interposición de una demanda de conflicto colectivo⁸². Sin embargo, para algunos autores esta extensión de la garantía de la indemnidad es un tanto excesiva, en el sentido de que se olvida cuál es el bien jurídico protegido que es el interponer acciones judiciales.

⁸¹ STS, Sala 4ª, de 23 de diciembre de 2010, rec. 4380/2009: *“...imponiendo tal lesión la calificación del cese como despido nulo por lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, garantía que alcanza no sólo a las actuaciones judiciales propiamente dichas, sino a los actos previos o preparatorios al ejercicio de las acciones judiciales, como pueden serlo la denuncia a la Inspección de Trabajo y la actuación de la misma en supuestos de calificación de relaciones de servicios”*.

⁸² TSJ de Murcia, Sala de lo Social, sec. 1ª, del 17 de enero de 2013, nº 1/2013, rec. 6/2012 declara en su FJ 7º: *la violación de los derechos fundamentales de indemnidad y libertad sindical. La empresa debe justificar objetiva, razonable y proporcionalmente la medida adoptada, pues de lo contrario se debe apreciar la vulneración de derechos al existir fundados indicios de ellos: el sindicato ha promovido elecciones sindicales, convocando una huelga y presentando un conflicto colectivo, lo que ha generado una reacción negativa por parte de la empresa. En esta contemplamos la vulneración de dos derechos fundamentales: la indemnidad y la libertad sindical.*

2. Vulneración de derechos constitucionales laborales específicos

2.1. Despido nulo por lesión del derecho de libertad sindical

Los artículos 7 y 28.1 de la CE encierran el contenido esencial del derecho a la libertad sindical. Con respecto a este derecho, es necesario delimitar los dos elementos determinantes sobre los que se han construido las bases de la tutela antidiscriminatoria frente a decisiones extintivas empresariales: el ámbito subjetivo de protección y las conductas integradas en el derecho fundamental recogido en el artículo 28.1 CE⁸³.

En cuanto al primer elemento, debemos decir que, aunque el artículo 28.1 CE use la palabras “todos”, corresponde a los trabajadores por cuenta ajena. Se debe traer a colación la Recomendación de la OIT 143, en concreto, su apartado III establece que *los representantes de los trabajadores en la empresa deberían gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarles, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales representantes, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor*⁸⁴.

Sobre el segundo elemento, es decir, aquellas conductas amparadas por la libertad sindical, encontramos todas las actividades realizadas en representación y defensa de los trabajadores dentro de la empresa, tal y como dijo el TC en su sentencia 38/1981, de 23 de noviembre. Además, cualquier impedimento u obstaculización al sindicato o a sus miembros de participar en el proceso electoral puede constituir una violación de la libertad sindical, así lo establece el TC en su sentencia 104/1987, de 17 de junio. También, quedan protegidas aquellas actividades presindicales, como la convocatoria de reuniones dirigidas a tratar problemas laborales, ya que así quedó establecido por el TC sentencia 197/1990, de 29 de noviembre, en la que la trabajadora fue despedida por convocar una asamblea al margen de los cauces sindicales al no existir en la empresa representantes colectivos, acto que es calificado por el TC “*como acto preparatorio*

⁸³ BADIOLA SÁNCHEZ, A.M., *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*, op.cit. pág. 291.

⁸⁴ En su apartado III.7.1 señala que *la protección prevista en virtud de lo dispuesto en el párrafo 5 de la presente Recomendación debería, asimismo, aplicarse a los trabajadores que son candidatos, o que han sido presentados como candidatos, mediante los procedimientos apropiados existentes a la elección o al nombramiento de representantes de los trabajadores.*

del ejercicio a la libertad sindical, debiendo calificarse el despido como radicalmente nulo". El TC estima que "si no se promueve la debida tutela en estadios primarios a quien promueve por primera vez una actuación encaminada a dotarse de unas vías que canalicen y defiendan los intereses colectivos, difícilmente podrá transitarse hacia la organización y actuación propiamente sindical, contemplados como derechos fundamentales de la Constitución."

En definitiva, son comportamientos antisindicales todos aquellos que coarten, limiten o sancionen el libre y legítimo ejercicio de la libertad sindical⁸⁵. Es importante resaltar el Convenio número 98 de la OIT, ya que en su artículo 1.2.b) establece que los trabajadores deben gozar de una adecuada protección frente al despido efectuado como consecuencia de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o con el consentimiento del empresario, durante las horas de trabajo. También, el Convenio 158 OIT en su artículo 5 dispone, entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo, la afiliación a un sindicato o a la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo y ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad. En el mismo sentido se manifiestan los Convenios número 117 y 135 de la OIT.

2.2. Despido nulo por lesión del derecho de huelga

Otro de los derechos de carácter fundamental específicamente laboral es el de la huelga. Aparece regulada en el artículo 28.2 de la Constitución. Se trata de un mecanismo de defensa de los intereses de los trabajadores, por tanto, el empresario no puede, ante una huelga legal, despedir al trabajador por haber participado en la misma, pues dicha actuación será calificada de nula, por haber violado el derecho fundamental a la huelga. Deducimos pues, que ningún empresario puede sancionar el ejercicio de forma regular del derecho a la huelga, pero sí podrá sancionar las conductas del trabajador que supongan una extralimitación del mismo. Si bien, esto viene recogido en el artículo 6.1 del DLRT conforme al cual el ejercicio del derecho de huelga no extingue la relación de trabajo, ni puede dar lugar a sanción alguna, salvo que el trabajador, durante la misma, incurriera en falta laboral. Y todo ello, en virtud del

⁸⁵ BADIOLA SÁNCHEZ, A.M., *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*, op.cit. pág. 293.

principio de garantía de indemnidad, ya que ésta se traduce, en el ámbito de las relaciones laborales, en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos⁸⁶. A pesar de ello, encontramos sentencias en las que se aprecia, no la vulneración de dicha garantía, sino la violación del derecho de huelga⁸⁷.

No podemos olvidar la regulación que hacía el artículo 33 del DLRT, el cual establecía como justas causas para el despido: “la participación activa en huelga ilegal o cualquier otra forma de alteración colectiva en el régimen normal del trabajo” (apartado j) y “la negativa, durante la huelga, a la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuera precisa para ulterior reanudación de las tareas de la empresa” (apartado k). No obstante, este artículo fue derogado por la disposición final 3.15 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo del ET. Así, lo expresaron también sentencias del TS como la del 10 de mayo de 1984. Sin embargo, la STS de 21 de mayo de 1984, admite implícitamente la vigencia del art.33 j). La STS de 17 de abril de 1986, establece que dicho artículo sigue vigente por remisión del artículo 16 del mismo RD⁸⁸.

Actualmente, la jurisprudencia mayoritaria de la Sala IV del TS sostiene la inaplicabilidad del artículo 33 DLRT y, por tanto, la necesaria regulación de los efectos disciplinarios de la participación en huelga ilegal por el artículo 54 del ET. La STS, Sala IV, de 8 de mayo de 1986, estableció que el despido por participación en huelga se

⁸⁶ BAYLOS GRAU, A., *Estudios sobre la huelga*, Albacete, Bomarzo, 2005, pág.132.

⁸⁷ Esto lo podemos observar de forma muy clara en la STSJ de las Islas Canarias, del 2 de marzo de 2005 en la que razona lo siguiente “ *la huelga del sector del transporte discrecional de viajeros tuvo lugar en el mes de octubre de 2002 y el actor es despedido el 23 de diciembre de ese mismo año, pero no es menos cierto que la interposición de una querrela criminal por parte del sindicato convocante de la huelga, imputando durante el desarrollo de la misma la comisión de un delito contra los derechos de los trabajadores (previsto en el artículo 315 del Código Penal) a las personas físicas representantes de una empresa del sector, por impedir o limitar el ejercicio del derecho de huelga, es una manifestación directísima del ejercicio de dicho derecho constitucional. Por todo lo expuesto, nada tiene que objetar la Sala a la valoración realizada por el Magistrado de instancia, pues de la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida y de los documentos incorporados a las actuaciones se desprenden elementos probatorios que evidencian que se ha producido una violación del derechos fundamentales, consistente en la toma de represalias contra un trabajador por su participación activa en una huelga legal y en los acontecimientos que se derivaron directamente de la misma.*”

⁸⁸ CEINOS SUÁREZ, A., *La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de huelga*, Granada, Comares, 2000, pág.196 y 197. El artículo 16 establece que los trabajadores que participasen en huelga ilegal o cualquier otra forma de alteración colectiva en el régimen normal del trabajo, incurrirán en falta prevista en el apartado j) del artículo 33.

incardina en el art. 54.2.c) o d) ET. En STS del 18 de julio de 1986, el TS afirma que *será el particular modo de participación del trabajador en una huelga ilegal concreta, desarrollada de la forma singular en que lo haya sido, lo que permitirá decidir si ha concurrido o no un incumplimiento contractual grave y culpable, merecedor de la sanción de despido.*

IV. Despido nulo de la trabajadora embarazada

1. Marco normativo

Para empezar con el estudio de esta clase de despido nulo, es preciso delimitar el marco normativo, comenzando por la exposición de la legislación internacional, pasando por la comunitaria, hasta llegar al análisis de nuestro ordenamiento jurídico nacional.

En lo referente al ámbito internacional, debemos destacar el Convenio número 3 de la OIT, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto⁸⁹, reconoce que es ilegal el despido en aquellos casos en que la trabajadora no se encuentre en su puesto de trabajo por estar disfrutando de un periodo de descanso como consecuencia del embarazo o parto, siempre y cuando no se supere el periodo máximo establecido por cada país. Además, establece que es obligatorio el descanso durante al menos 6 semanas después del parto. También quedan protegidos aquellos supuestos en que la mujer se ausenta de su puesto de trabajo por padecer enfermedad derivada del embarazo. En el mismo sentido, el Convenio número 156 de la OIT, sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores con responsabilidades familiares⁹⁰, considera que las responsabilidades familiares no es un motivo de extinción del contrato de trabajo. Por último, debemos mencionar el Convenio número 158 de la OIT⁹¹, que en su artículo 5 d) se prescribe que el embarazo no constituirá causa justificada para la terminación de la relación de trabajo. En la misma dirección, el artículo 4.1 de la Recomendación

⁸⁹ Convenio relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto. Entrada en vigor: 13 de junio de 1921. Ratificado por España el 13 de julio de 1922 (Gaceta, 15), revisado por el Convenio número 103 de 1952.

⁹⁰ Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadoras con responsabilidades familiares. Entrada en vigor 11 de agosto de 1983. Ratificado por España el 26 de julio de 1985 (BOE de 12 de noviembre).

⁹¹ Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. Entrada en vigor 23 de abril de 1985.

número 95 de la OIT establece que el período durante el cual será ilegal para el empleador despedir a una mujer embarazada debe comenzar a contarse a partir del día en que le haya sido notificado el embarazo por medio de un certificado médico (esto será matizado, como veremos, por la legislación española). También, la Declaración de 1975 sobre igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras, en su artículo 8.1 se insiste en que la mujer encinta estará protegida contra todo despido por razón de su condición durante el período de embarazo.

Estudiada la normativa internacional, procederemos al estudio de la comunitaria, pues España es un Estado Miembro de la Unión Europea. En este ámbito, también queda protegida la situación del embarazo, pues se entiende que el despido motivado por esta causa es discriminatorio y, por tanto, contrario a los objetivos planteados por la Unión Europea, entre ellos, el de la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo, recogido en el artículo 137.1.i del Tratado de Constitutivo de la Comunidad Europea (actual artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Entre las diversas Directivas que amparan la igualdad de género, encontramos la Directiva 76/207/CEE del Consejo de 9 de febrero de 1976, sobre igualdad en las condiciones de trabajo, modificada por la actual Directiva 2006/54/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo⁹², cuyo objetivo garantizar la aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres en temas de empleo. Esta regulación viene completada por la Directiva 92/85/CEE del Consejo⁹³, que aporta una definición de conceptos como “trabajadora embarazada⁹⁴”, “trabajadora que ha dado a luz⁹⁵”, “trabajadora en periodo de lactancia⁹⁶” (artículo 2). Es esencial el artículo 10 de dicha directiva que establece regula la prohibición del despido durante el comienzo del embarazo y el final del período de maternidad; para que sea efectivo, el

⁹² Directiva 2006/54/CEE 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. Diario Oficial L 204, de 26 de julio de 2006.

⁹³ 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 salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Diario Oficial L 348 de 28 de noviembre de 1992.

⁹⁴ “Cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”.

⁹⁵ “Cualquier trabajadora que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales”.

⁹⁶ “Cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales”.

empresario deberá motivar que el mismo se basa en razones objetivas y, por tanto, que no se debe a una intención discriminatoria.

Por último, en nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 14 de la CE establece el principio de igualdad ante la ley, por medio del cual se prohíbe cualquier discriminación por razón de sexo. En la legislación laboral, concretamente en el Estatuto de los Trabajadores, se reconoce el derecho de la mujer a no ser discriminada para el empleo en múltiples artículos como el 4.2.c), el cual se configura como la extrapolación del artículo 14 de la CE; también, el artículo 17, el cual lleva como rótulo “no discriminación en las relaciones laborales” y estima nula cualquier decisión del empresario que conlleve una situación de discriminación por razón de sexo, entre otras muchas. Profundizando en materia de despido, se deben tener en cuenta los artículos 52 y 55.5.b) del ET. Sobre estos, incidió la Ley 39/1999, ya mencionada en líneas anteriores, la cual introdujo importantes cambios en materia de despido nulo para conseguir la tan estimada igualdad entre mujeres y hombres. No debemos olvidar los preceptos de la LRJS que versan sobre el tema que nos ocupa. Así, por ejemplo, el artículo 108.2.c) y 122.1.c) que casi que reproducen lo dispuesto en el artículo 55.5 del ET. Destacable es el artículo 96, el cual establece que cuando hay indicios fundados de discriminación por razón de sexo, como en el caso del despido de una trabajadora embarazada, *corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.*

Asimismo, debemos tener presente la LO 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que modifica el ET en su artículo 52.d) con el fin de justificar las faltas de asistencia por situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda. También, introduce la posibilidad de la movilidad geográfica de víctima de violencia de género y por último, la suspensión con reserva de puesto de trabajo y la extinción del contrato de trabajo.

Y la LOIMH, ya mencionada anteriormente, la cual amplía el catálogo de causas de calificación de nulidad con la cobertura de la suspensión del contrato, el permiso de maternidad y paternidad, la reducción de la jornada, además de la protección extendida

en los nueve meses siguientes a la vuelta al trabajo, una vez disfrutados los permisos⁹⁷. Si bien, se protege a la mujer embarazada salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias.

Es preciso dejar constancia del por qué no se ha incluido este epígrafe dentro de los despidos discriminatorios, ya que a simple vista podemos apreciar la existencia de una discriminación por razón de sexo. No obstante, el legislador ha querido dos bloques diferentes de protección en relación con la nulidad del despido. Por un lado, los motivados por causas de discriminación prohibidas o por violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, y, por otro lado, aquellos que conllevan una vulneración de las normas de conciliación de la vida familiar y laboral⁹⁸. Por lo tanto, como dice HERRAIZ MARTÍN, el argumento expuesto permitiría afirmar que la nulidad del despido de la trabajadora embarazada deriva del propio artículo 55.5 ET sin tener que acudir a la discriminación.

2. Conocimiento de la situación de embarazo por parte del empresario

En este apartado, expondremos principalmente el cambio jurisprudencial tan importante que ha habido en esta materia, determinando el momento exacto en que comienza la protección legal de la trabajadora embarazada.

El hecho de si el empresario debe conocer la situación de embarazo de la mujer para que proceda la nulidad del despido o si, por el contrario, dicho conocimiento no es necesario, ha sido un tema bastante polémico.

En primer lugar, se debe tener presente la normativa internacional. Recordemos la definición que da la Directiva 92/85/CEE de trabajadora embarazada: Cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales. Ahora bien, la Directiva comunitaria es una norma de mínimos y, por ello, puede ser mejorable por cada Estado Miembro. Veamos

⁹⁷ ALCALDE GARCÍA-FERRES, C., *Nulidad del despido por maternidad*, La Rioja, Universidad de la Rioja, 2012, pág. 16.

⁹⁸ HERRAIZ MARTÍN, M.S., *El despido nulo: causas y efectos*, op.cit. pág. 107.

la regulación que hace nuestro país sobre este tema. El artículo 55.5 b), conforme a la redacción otorgada por la Ley 39/1999, dispone que será nulo el despido de “*las trabajadoras embarazadas, desde la fecha del inicio del embarazo*”. Observamos que en dicho precepto no se establece ningún tipo de exigencia a la mujer sobre la comunicación de su embarazo al empresario. A pesar de ello, tanto el TS como el TC han venido considerando, hasta hace poco, la exigencia de comunicar al empleador la situación de embarazo.

Podemos empezar la exposición de la jurisprudencia sobre este asunto, con una destacable sentencia del TS, de 24 de julio de 2007, en la que se despide a una trabajadora por no haber superado el periodo de prueba, justo unos días más tarde al embarazo de la misma. El TS concluye que la calificación de nulidad del despido de mujeres embarazadas se trata de un supuesto particular de despido discriminatorio por razón de sexo y matiza que el móvil discriminatorio se presume legalmente «*iuris et de iure*» únicamente si el empresario conoce el hecho del embarazo. Entre los argumentos que apoyaban la tesis del conocimiento previo del empresario, encontramos el principio de seguridad jurídica, recogido en el artículo 9.3 de la CE y la Directiva, que comentamos antes, 92/85/CE que establece el conocimiento previo.

En cuanto al TC, hasta la sentencia de 21 de julio de 2008, ha venido entendiendo que resultaba necesario que el empleador tuviera constancia del embarazo para poder determinarlo como lesivo del derecho fundamental de no discriminación por razón de sexo. Ejemplo de esta doctrina lo encontramos en la sentencia nº 41/2002, de 25 de febrero⁹⁹, en la que la Sala razona que no es posible entender que la empresa basó su decisión extintiva en el embarazo, pues en los hechos probados queda constatado que la empresa desconocía tal circunstancia. Por tanto, es en el año 2008 con la sentencia nº 92/2008¹⁰⁰, por la que el TC elimina, como requisito para declarar la nulidad del despido de la mujer embarazada, el conocimiento previo por el empresario de esa situación, restableciendo la dicción literal del artículo 55 ET, reformado en 1999, y rechazando cualquier interpretación restrictiva del mismo. Afirma el Tribunal que el

⁹⁹ Tribunal Constitucional Sala 2ª, 25 de febrero de 2002, nº 41/2002, BOE 80/2002, de 3 de abril de 2002, rec. 1203/1997.

¹⁰⁰ Tribunal Constitucional Sala 1ª, S 21-7-2008, nº 92/2008, BOE 200/2008, de 19 de agosto de 2008, rec. 6595/2006.

amparo de la trabajadora debe extender, aunque no haya quedado acreditado dicho conocimiento de su estado por la empresa, porque la finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios motivados por razón de embarazo. En cuanto a los argumentos utilizados para defender esta opción, encontramos además de la interpretación literal del artículo 55.5.b), el hecho de que el legislador quiera tipificar como supuesto distinto a los despidos discriminatorios, al establecer “*será también nulo el despido en los siguientes supuestos*”. Tanto la doctrina jurisprudencial como constitucional entienden que la exigencia de comunicación o notificación del estado de embarazo de la trabajadora al empresario, cuando expresamente la ley no lo exige, supondría atentar contra la dignidad de la mujer embarazada y contra el propio espíritu del legislador¹⁰¹.

3. Protección de la mujer embarazada durante el periodo de prueba

Abordaremos la cuestión de si rige la misma protección durante el período de prueba. Si bien, en este tema ha habido cambios jurisprudenciales muy importantes que comentaremos a continuación.

En primer lugar, se debe saber que el periodo de prueba viene regulado en el artículo 14 ET, tratándose de una norma potestativa, por lo que se aplica en defecto de convenio colectivo. No existe ninguna ley que obligue a establecer dicho período, salvo la Ley 3/2012¹⁰² que impone un período de prueba de un año en los contratos a jóvenes menores de 30 años que comienzan su actividad laboral. La finalidad de dicho período es que las partes se conozcan mutuamente, aunque en la realidad con esta figura el empresario pretende conocer las aptitudes, conocimientos y habilidades para la prestación del trabajo pactado. El período de prueba tiene como característica principal que el empleador puede extinguir el contrato de trabajo en cualquier momento y el trabajador también puede abandonar la relación de trabajo, sin tener ninguno que alegar causas o justificación. Es importante tener en cuenta que el período de prueba “*no se*

¹⁰¹ HERRAIZ MARTÍN, M.S., *El despido nulo: causas y efectos*, op.cit. pág. 113.

¹⁰² Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. BOE nº 162, de 7 de julio de 2012.

trata de un estadio previo al vínculo obligacional sino propiamente de la misma relación laboral en una etapa o período inicial”¹⁰³.

En un principio, jueces y tribunales venían considerando la nulidad del despido de la trabajadora embarazada durante el periodo de prueba. La tesis defendida puede resumirse del siguiente modo: *“a pesar de que el empresario puede rescindir la relación laboral de un trabajador en período de prueba sin fundarla en motivos tasados, el uso de la facultad rescisoria no puede hacerse valer en contra de un derecho fundamental, tal cual ocurre en el presente caso, ya que la extinción del contrato por no superar el período de prueba de una trabajadora embarazada, cuando la empresa no acredita suficientemente los motivos que justifican su decisión probando la concurrencia de causas razonables que pongan indubitadamente de manifiesto la inexistencia de ánimo discriminatorio, es un acto contrario a derecho que no puede entenderse legitimado por la libertad con la que cuenta el empresario para decidir la extinción o no de un contrato de trabajo durante el período de prueba, pues la mera negativa del empresario es jurídicamente relevante cuando a la luz de los hechos probados queda acreditado que ha sido un motivo prohibido por discriminatorio el que ha dado lugar a la extinción de la relación laboral, porque entra de lleno en el ámbito de aplicación del art. 14 CE, y deben serle aparejadas las consecuencias lógicas que se derivan de esta calificación y que implican la nulidad del acto empresarial (STSJ de Cataluña, de 23 de octubre de 2001¹⁰⁴). Opera en estos casos, el desplazamiento de la carga probatoria, tal y como pone de manifiesto el TSJ de las Islas Canarias, en su sentencia de 20 de febrero de 2006¹⁰⁵, que establece “en el caso de despido de una mujer embarazada no hace falta que la misma aporte indicios de que se ha producido discriminación por razón del propio embarazo para que se desplace la carga de la prueba y corresponda al empresario probar la existencia de un motivo objetivo y razonable de despido, ajeno por completo a todo propósito discriminatorio, sino que basta la simple aportación de la extremadamente sencilla y objetiva prueba de que el despido se produjo estando la trabajadora embarazada”.*

¹⁰³ MARTÍN VALVERDE, A., *Derecho del trabajo*, Madrid, Tecnos, 2007, pág. 489.

¹⁰⁴ TSJ de Cataluña Sala de lo Social, S 23-10-2001, nº 8102/2001, rec. 3159/2001

¹⁰⁵ TSJ de Canarias (sede Las Palmas) Sala de lo Social, sec. 1ª, S 20-2-2006, nº 157/2006, rec. 1192/2005

Sin embargo, este año hemos asistido a un *overruling* en la doctrina constitucional. El Pleno del TC dicta la STC 173/2013, de 10 de octubre de 2013 en resolución de recurso de amparo promovido por una trabajadora que, estando embarazada, durante el período de prueba de su relación laboral ve concluida dicha relación por desistimiento unilateral del empresario. La Sala IV del TS resolvió el asunto en una sentencia pronunciada por la Sala General con fecha de 18 de abril de 2011¹⁰⁶. Para la comprensión de este cambio en la doctrina tan brusco, seguiremos el excelente análisis llevado a cabo por RAMOS QUINTANA¹⁰⁷. En la STC se tomaron argumentos expuestos por el TS: 1. La distinción de supuestos conforme la evidente diferencia de institutos jurídicos entre despido y período de prueba (el primero que exige formas y causa de las que puede prescindir el segundo); 2. La imposible aplicación analógica a supuestos que no guardan “identidad de razón esencial” entre sí (despido y período de prueba); 3. La recuperación lineal del razonamiento expresado sobre la legalidad ordinaria: el legislador se ha decantado por limitar la tutela reforzada del art. 55.5. b) LET sólo al caso de despido. Además, ambos Tribunales entienden que al no haberse acreditado que la empresa conociera el estado de embarazo, se descarta que su decisión tuviera como móvil tal circunstancia. Con esto, se vuelve a una situación anterior al momento de la aplicación de la doctrina constitucional sentada en la STC 92/2008, ya explicada.

En conclusión, la STC 173/2013 ha derivado en una mayor desprotección de las mujeres gestantes durante el período de prueba del contrato de trabajo ante decisiones empresariales de ruptura de la relación laboral, incluso cuando se tiene conocimiento del embarazo.

V. Despido nulo por falta de forma: Sistema vigente

1. Nulidad del despido objetivo

El artículo 52 ET regula la extinción del contrato por causas objetivas. Esta modalidad de despido lleva consigo unas formalidades legales recogidas en el artículo

¹⁰⁶ Tribunal Supremo Sala 4ª, S 18-4-2011, rec. 2893/2010.

¹⁰⁷ RAMOS QUINTANA, M.I., "Modelo constitucional de relaciones de trabajo y seguridad social. El impacto de la reciente doctrina del Tribunal Constitucional". Conferencia impartida en la Universidad de Barcelona. XXV Jornadas Catalanas de Derecho del Trabajo. Barcelona, 21 y 22 de febrero de 2014.

53.1 entre las que se encuentra la comunicación escrita al trabajador expresando la causa, la puesta a disposición del trabajador la indemnización de veinte días por año de servicios y el preaviso de quince días.

Pues bien, antes de la ley 35/2010¹⁰⁸, el apartado 4º del artículo 53 preveía que “cuando el empresario no cumplierse los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo (...) la decisión extintiva será nula”. Pero, una vez vigente esta ley, fue eliminada de la redacción del artículo 53.4 ET la nulidad por defecto de forma. Actualmente, el despido objetivo realizado sin cumplir los requisitos formales del artículo 53.1, se declarará improcedente, tal y como dispone el artículo 53.4¹⁰⁹.

2. Nulidad del despido colectivo

Otra modalidad de despido es el colectivo, que se regula en el artículo 51 ET. Se entiende por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un período de noventa días, afecte al umbral de trabajadores establecido en el apartado 1º del artículo 51.

Las modificaciones introducidas por la Ley 3/2012 en materia de despido colectivo han supuesto un novedoso proceso especial, regulado en el artículo 124 LRJS¹¹⁰, a través del cual se articula el control judicial de los despidos colectivos, una vez suprimida la autorización administrativa¹¹¹. El anterior artículo 124 de la LPL establecía como único supuesto de nulidad los casos en que no se hubiese obtenido la previa autorización administrativa.

¹⁰⁸ Ley 35/2012, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. BOE nº 227, de 18 de septiembre de 2010.

¹⁰⁹ “La decisión extintiva se considerará procedente siempre que se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva y se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo. En otro caso se considerará improcedente”.

¹¹⁰ Art.124 LRJS: La sentencia declarará nula la decisión extintiva “únicamente cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En este supuesto la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de esta ley”.

¹¹¹ PRECIADO DOMENÈCH, C.H., *Actual regulación del despido colectivo. Adecuación a la normativa comunitaria y de la OIT*, Tarragona, 2013, pág. 36.

La primera causa de nulidad contemplada en el 124.11 LRJS es la ausencia del periodo de consulta. Sobre esta causa se manifiesta la STSJ de Andalucía, de 8 de mayo de 2013¹¹², en la que la parte actora alega la falta de legitimación del Comité de Empresa para negociar en representación de los trabajadores en el periodo de consulta. El TSJ entiende que el acuerdo adoptado sería nulo e invalidaría el propio período de consultas, si fuera adoptado por el que no está legitimado para negociar, lo que sería equiparable, a los efectos que nos ocupan, a la ausencia del periodo de consultas y, conllevaría como consecuencia la nulidad del despido colectivo.

Otro ejemplo de nulidad lo hallamos en la SAN, de 27 de julio de 2012¹¹³, que se pronuncia sobre la superación de los umbrales en el proceso de despido colectivo, declarando su nulidad, porque se despidieron a treinta y dos trabajadores por causas no imputables a los mismos en un periodo de 90 días.

Debemos profundizar en el tema de la nulidad por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Actualmente, se recoge en el artículo 124.2.c) LRJS, el cual dispone que se podrá demandar cuando la decisión extintiva aparezca fundada en fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, es decir, no refleja la nulidad por esta causa y, tampoco se refleja en el apartado 11 del 124 LRJS. Ello dio lugar a sentencias contradictorias, ya que unas estimaron que sí son motivos de nulidad y otras, en cambio, establecieron que las causas de nulidad son *numerus clausus*, y, por tanto, el fraude, dolo, coacción o abuso de derecho lo que origina es un pronunciamiento no ajustado a derecho¹¹⁴. Este debate se resuelve fácilmente si tenemos en cuenta que tanto el dolo y la coacción provocan vulneraciones de derechos fundamentales, tales como la negociación colectiva o la libertad sindical. Dicho esto, concluimos en que no pueden recibir un pronunciamiento de mero desajuste a derecho, pues ello supondría un desamparo en el ejercicio de tales derechos (artículo 55 LOTC) y sería contrario al 124.11 LRJS, el cual prevé la nulidad para los casos de vulneración de derechos fundamentales. Solución distinta pueden tener el fraude de ley (artículo 6.4 CC) o el abuso de derecho (artículo 7.2 CC). La consecuencia de estas dos figuras será también la nulidad, pero la vía es

¹¹² TSJ de Andalucía (sede Sevilla) Sala de lo Social, sec. 1ª, S 8-5-2013, nº 1377/2013, rec. 5/2013.

¹¹³ Audiencia Nacional Sala de lo Social, sec. 1ª, S 27-7-2012, nº 92/2012, rec. 127/2012.

¹¹⁴ PRECIADO DOMENÈCH, C.H., *Actual regulación del despido colectivo. Adecuación a la normativa comunitaria y de la OIT*, op.cit. pág. 37.

diferente, es decir no van por violación de derechos fundamentales, sino por los otros cauces del 124.11 LRJS.

A continuación, aportaremos varias sentencias que han declarado la nulidad del despido colectivo y mencionaremos el por qué del mismo: 1. SAN, de 30 de noviembre de 2012, nº 264/2012 establece la nulidad por no aportar memoria explicativa, cuentas anuales de los dos últimos ejercicios ni provisionales del corriente; 2. STSJ de Madrid, de 11 de junio de 2012, nº 22/2012 determina la nulidad por omisión del informe técnico sobre causas organizativas, técnicas o productivas; 3. STSJ de Madrid, de 22 de junio de 2012, nº 20/2012, la falta de aportación por la empresa demandada de la preceptiva documentación en la que funda el despido colectivo por causas económicas¹¹⁵.

VI. Efectos del despido nulo

1. Consideraciones generales

A continuación, expondremos las consecuencias que conlleva la calificación de nulidad de un despido, reguladas tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. No obstante, la jurisprudencia ha intervenido en unas ocasiones para completar alguna regulación y en otras para matizar ciertos aspectos.

Tanto el artículo 53.5 –despido objetivo- como el 55.6 ET –despido disciplinario- establecen que el despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir. También vienen recogidos en el artículo 113 LRJS. Por tanto, de la lectura de los mismos concluimos que, una vez declarada la nulidad del despido, el trabajador deberá continuar con la misma relación de trabajo, es decir, como si nunca si hubiera interrumpido¹¹⁶. Asimismo, encontramos los artículos 123.2 LRJS y 53.5 ET, los cuales hacen referencia a que en caso de declararse nulo un despido por circunstancias objetivas producirá los mismos efectos

¹¹⁵ PRECIADO DOMENÈCH, C.H. *Actual regulación del despido colectivo. Adecuación a la normativa comunitaria y de la OIT*, op.cit. pág. 50.

¹¹⁶ HERRAIZ MARTÍN, M.S., *El despido nulo: causas y efectos*, op.cit. pág. 155.

que los indicados para el despido disciplinario, remitiendo así, a los anteriores artículos. Lo mismo ocurre con el artículo 124 de la LRJS, referido a las extinciones colectivas.

Una de las cuestiones que más dudas ha generado ha sido el hecho de si la decisión empresarial de despedir tiene o no eficacia extintiva, es decir, si se estima rota la relación la relación laboral desde el preciso instante en que el empresario despide al trabajador, o, si por el contrario, es la decisión judicial la que confirma dicha ruptura. Si bien, la doctrina mayoritaria del TS se manifiesta a favor de la naturaleza extintiva de la resolución empresarial del despido¹¹⁷.

2. Readmisión

El empresario, ante una sentencia declarando la nulidad del despido, le corresponde una doble obligación de readmitir al trabajador y de pagarle los salarios de tramitación (según lo dispuesto, como ya vimos, en el artículo 113 LRJS). La obligación de readmitir es la consecuencia fundamental de la calificación de nulidad del despido, dado que es una de las grandes diferencias con respecto al despido improcedente, pues en éste último, el empresario puede optar (por tanto, la ley le otorga el derecho a elegir, no como en el caso de nulidad) entre la readmisión o el pago de una indemnización.

3. Los salarios de tramitación

En primer lugar, es conveniente analizar la naturaleza jurídica de estos salarios. Aunque algunas sentencias han afirmado el carácter salarial, la mayoría de los pronunciamientos del TS se han inclinado a favor de la naturaleza indemnizatoria de los mismos. Entre los argumentos en que se apoya el TS para defender la naturaleza indemnizatoria, encontramos el propio objetivo de los salarios de tramitación: compensar al trabajador un perjuicio ocasionado con la extinción de su relación laboral injusta y durante la tramitación del proceso correspondiente. Además, no vienen regulados en el artículo 26 ET, el cual define las partidas salariales. La jurisprudencia ha establecido que durante el periodo de tiempo que va desde la extinción del contrato hasta la calificación de nulidad, el trabajador no genera derecho a la antigüedad.

¹¹⁷ HERRAIZ MARTÍN, M.S., *El despido nulo: causas y efectos*, op.cit. pág. 156.

Debe resaltarse el supuesto de que un trabajador fuera despedido mientras se encuentra en situación de incapacidad temporal, y éste, se declarase nulo. En este caso, el empresario se libra del pago de los salarios de tramitación, ya que en ese tiempo el trabajador cobró las prestaciones correspondientes por incapacidad temporal.

Con respecto a la determinación de la cantidad que debe pagar el empresario por este concepto, debemos decir que es doctrina consolidada del TS que para fijar dicha cantidad será necesario tener en cuenta la última nómina abonada del trabajador más el prorrateo de las pagas extraordinarias, quedando excluidas del cómputo las partidas extrasalariales¹¹⁸.

4. La indemnización debida por vulneración de derechos fundamentales

La nulidad del despido, causada por vulneración de algún derecho fundamental, no sólo tiene como consecuencia las recogidas en el artículo 55.6, ya estudiadas en líneas anteriores, sino también es compatible la indemnización compensatoria de los daños morales causados al trabajador. Se requiere la producción de un daño resarcible y que existe una relación de causalidad entre el daño y la conducta empresarial.

Sobre este tema, es destacable la sentencia del TS, de 9 de junio de 1993, en la que ante un comportamiento antisindical, el Tribunal sostiene que se deben reparar *“las consecuencias del acto, incluyendo la indemnización que procediera y por esto debe entenderse que no es necesario probar que se ha producido un perjuicio para que nazca el derecho al resarcimiento sino que, por el contrario, una vez acreditada la vulneración del derecho fundamental se presume la existencia del daño y debe decretarse la indemnización correspondiente”*.

En cuanto a la tasación del resarcimiento del daño, debemos tener presente el artículo 183 LRJS¹¹⁹. También debe traerse a colación el interrogante sobre si la indemnización derivada de vulneración del derecho fundamental puede ser compatible con la derivada

¹¹⁸ HERRAIZ MARTÍN, M.S., *El despido nulo: causas y efectos*, Madrid, *op.cit.* pág. 165.

¹¹⁹ Este artículo establece que *“cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados”*.

de una actuación empresarial consistente en el incumplimiento de obligaciones recogida en el artículo 50 ET. Pues bien, en un principio, la postura del TS fue la de rechazar tal compatibilidad, así se muestra en el pronunciamiento contenido en la STS de 11 marzo 2004, donde, de forma tajante, se niega toda posible compatibilidad indemnizatoria, al entender que la indemnización laboral por extinción del contrato engloba todo tipo de daños producidos. Si bien, esta interpretación olvida la diversidad de daños que pueden darse, y por eso se estaría *“exonerando al causante de la obligación de reparar las consecuencias de un acto ilícito que no han sido compensadas por una indemnización que sólo cubre el daño derivado de la extinción del contrato”* (voto particular del Magistrado DESDENTADO BONETE a la aludida STS de 11 marzo 2004)¹²⁰.

Sin embargo, la actual doctrina unificada viene reconociendo que la indemnización prevista en el artículo 50.2 ET es compatible con otra cuando la causa extintiva es la lesión de un derecho fundamental. Con la STS de 17 de mayo de 2006 se produce un cambio de criterio jurisprudencial en la materia que intenta atenuar los efectos de la anterior construcción jurisprudencial. En ella se resuelve una reclamación por acoso moral en el trabajo en la que el trabajador solicita tanto la extinción del contrato por la vía del artículo 50.1.a ET, con su respectiva indemnización, como la correspondiente a los daños causados por vulneración de sus derechos fundamentales (en este caso, la integridad moral contemplada en el artículo 15 de la CE). El TS afirma en su FJ 6º que *“no sólo 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...”*

De todo esto, concluimos que es necesario valorar de forma separada los daños y perjuicios derivados de la extinción del contrato de trabajo y aquellos inherentes a la lesión del derecho fundamental del trabajador.

¹²⁰ CORREA CARRASCO, M., *Cambio jurisprudencial en materia de extinción causal del contrato de trabajo e indemnizaciones adicionales por acoso moral en el trabajo*, El Derecho Editores (Base de Datos de Bibliografía El Derecho), 2006.

VII. Conclusiones

Primera: El único límite real impuesto por el legislador a la facultad de extinguir el contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario ha sido a lo largo de la historia y es en la actualidad, la calificación de nulidad del despido por los órganos judiciales.

Segunda: Es imprescindible el conocimiento del origen y la evolución del despido nulo para poder comprender la regulación actual. Se aprecia en este estudio, un claro afán del legislador por mantener la libertad de despido decidida unilateralmente por el empresario. Sin embargo, a lo largo de la historia se observan cambios normativos y jurisprudenciales que, con el paso del tiempo, castigan cada vez más al empresario por despedir sin justa causa. En un principio, la institución, objeto de estudio, nació para aquellos despidos efectuados sin respetar las exigencias formales.

Tercera: La STC 38/1981 creó la categoría de la nulidad radical, para hacer frente a los despidos lesivos de derechos fundamentales. A partir de esta Sentencia, se distingue la calificación de nulidad simple y nulidad radical. No obstante, esta distinción desaparece en la Ley de Procedimiento Laboral de 1990, integrándose el contenido de la nulidad radical en la calificación única de nulidad.

Cuarta: La normativa internacional y comunitaria se ha preocupado en estos últimos tiempos en regular medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal y familiar. No se trata de una mera necesidad igualitaria de compartir las cargas familiares, sino de la fijación de mecanismos que posibiliten a la mujer un acceso al mercado laboral y al hombre una participación en las mentadas responsabilidades familiares. Sobre este tema, adquieren importancia la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de Mujeres y Hombres, las cuales han introducido nuevos supuestos de nulidad para aquellos casos en que el despido se fundamente en un incumplimiento de los derechos en materia de conciliación. Esta última, modificó los artículos 52 y 55.5 ET, por lo que se consideran nulos los despidos de las trabajadoras embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, sin que tenga relevancia la previa

comunicación del embarazo por parte de la mujer al empresario. Se configura, por tanto, la nulidad objetiva del despido de una embarazada, lo cual es esencial para el reforzamiento de la posición de la mujer en el mercado laboral.

Quinta: La STC 92/2008 supuso un giro jurisprudencial, en el sentido de que a partir de esta, se eliminó el requisito de la previa comunicación, por parte de la mujer, de la situación de embarazo al empresario para que el despido pueda ser calificado como nulo. Proporciona pues, una garantía reforzada para las trabajadoras embarazadas.

Sexta: A raíz de la reciente STC 173/2013, las mujeres embarazadas se ven desamparadas al no tener la garantía de la nulidad frente a posibles despidos durante el período de prueba.

Séptima: La nulidad por defecto de forma en el despido objetivo ha sufrido un cambio legislativo importante en virtud de la Ley 35/2010. Ahora, el despido objetivo sin llevar a cabo las formalidades del artículo 53.1 acarrea la improcedencia del mismo, pero no la nulidad. En el despido colectivo, también ha habido una modificación, quedando regulada la nulidad en el artículo 124.11 de la LRJS.

Octava: Los efectos de la calificación de la nulidad del despido son tanto la readmisión inmediata del trabajador como el abono, por parte del empresario, de los salarios dejados de percibir desde que es despedido hasta que es readmitido. Estos efectos también son compatibles con la indemnización debida en casos de vulneración de derechos fundamentales, que intenta reparar el daño moral causado al trabajador.

VIII. Bibliografía

- ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 2002.
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, Granada, Comares, 2011.
- GÁRATE CASTRO, J., *Los salarios de tramitación*, Madrid, ACARL, 1994.
- ALEMANY CANO, *Las bases históricas para la reforma del proceso laboral*, Bilbao, 2009.
- GALIANA MORENO, J. M; GARCÍA ABELLAN, J. El despido nulo en *Estudios sobre el despido*, Univ. De Madrid, 1996.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.L., *El incidente de no readmisión*, Madrid, 1989.
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. y PALOMEQUE LOPEZ, M.C., *Derecho del Trabajo*, Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.
- BADIOLA SÁNCHEZ, A.M., *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*, LEX NOVA, Valladolid, 2003.
- GARCÍA TORRES, J., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1986.
- BILBAO UBILLOS, J.M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares. Análisis de la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos, en *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Madrid, 2003.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente*, Lan harremanak, nº 25, 2012.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Despidos discriminatorios y libertad sindical*, Madrid, Civitas, 1983.

HERRAIZ MARTÍN, M.S., *El despido nulo: causas y efectos*, Madrid, Thomson Reuters, 2008.

RODRÍGUEZ PIÑERO, M. Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986.

DEL REY GUANTER, S., *Libertad de expresión e información y contrato de trabajo: un análisis jurisprudencial*, Madrid, Civitas, 1994.

DÍEZ-PICAZO, L.M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Navarra, Civitas, 2013.

DE DOMINGO PÉREZ, T., *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, Madrid, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

MERINO NORVERTO, M^a., *Sinopsis del artículo 10 de la Constitución Española*, 2003. Portal del Congreso de los Diputados, 2003. Actualizado por SIEIRA, S., *Letrada de las Cortes Generales*, 2011.

DE PAIVA MEDEIROS DE OLIVEIRA, F., *El acoso laboral*, Universidad de Valencia, 2005.

MUÑOZ ARRIBA, J., *La responsabilidad del empresario en relación al acoso moral, también conocido como mobbing*, Boletín de legislación El Derecho, nº335, 2004.

BAYLOS GRAU, A., *Estudios sobre la huelga*, Albacete, Bomarzo, 2005.

CEINOS SUÁREZ, A., *La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de huelga*, Granada, Comares, 2000.

ALCALDE GARCÍA-FERRES, C., *Nulidad del despido por maternidad*, La Rioja, Universidad de la Rioja, 2012.

MARTÍN VALVERDE, A., *Derecho del trabajo*, Madrid, Tecnos, 2007, pág. 489.

RAMOS QUINTANA, M.I., "Modelo constitucional de relaciones de trabajo y seguridad social. El impacto de la reciente doctrina del Tribunal Constitucional". Conferencia impartida en la Universidad de Barcelona. XXV Jornadas Catalanas de Derecho del Trabajo. Barcelona, 21 y 22 de febrero de 2014.

PRECIADO DOMENÈCH, C.H. *Actual regulación del despido colectivo. Adecuación a la normativa comunitaria y de la OIT*, Tarragona, 2013.

LLUCH CORELL, F.J., *¿Es vinculante para el trabajador el régimen procesal previsto para la ejecución de los despidos nulos? Foro abierto*, Revista de jurisprudencia El Derecho nº4, 2008.

CORREA CARRASCO, M., *Cambio jurisprudencial en materia de extinción causal del contrato de trabajo e indemnizaciones adicionales por acoso moral en el trabajo*, El Derecho Editores, 2006.