

DESPIDO EN REPRESALIA POR LA INTERPOSICIÓN  
DE QUERRELLA CRIMINAL

*A propósito de la STSJ de Madrid de 16 de enero de 2001 (AS 543)*

ESPERANZA ROALES PANIAGUA\*

**SUPUESTO DE HECHO:** La parte actora, Dña. Rosa M<sup>a</sup>. V., prestaba servicios profesionales para la empresa demandada Sociedad General de Derechos Audiovisuales, SA, con sede principal en Hospitalet de Llobregat, (Barcelona), mediante contrato de trabajo indefinido suscrito el día 1 de febrero de 1999.

La actora prestaba servicios en el centro de trabajo de Madrid. A los efectos de establecer una sucursal en dicha ciudad, la actora fue trasladada con la finalidad de buscar y adquirir un local adecuado y dotarlo de mobiliario e instalaciones. Hasta el mes de septiembre de 1999 la actora era la única empleada que trabajaba en esa oficina. No obstante, acudían también a la misma personas relacionadas con determinadas producciones en que participaba la demandada, pero que no pertenecían a la misma ni estaban bajo las órdenes de la actora. Estas personas se movían con libertad y hacían uso del teléfono según su criterio.

Ocasionalmente, a partir del mes de abril de 1999, aproximadamente, viajaba a Madrid, Javier, S., que se ocupaba de las relaciones públicas correspondientes a las producciones en que intervenía la demandada. La última visita del Señor S., en que coincidió con la actora fue el día 14 de julio de 1999.

La actora había recibido instrucciones de la demandada de apoyar al Señor S. en sus cometidos. Así, solía ir a recibirlo al aeropuerto, organizaba reuniones y visitas, y le acompañaba a las mismas.

El día 14 de julio de 1999, la actora remitió una carta al Director General de la Compañía, acusando al Señor S. de estar acosándola sexualmente, bajo amenaza de perder su trabajo si no accedía a sus solicitudes. En respuesta a esa carta, el Director General envió otra a la actora, fechada el 19 de julio de 1999, en que manifiesta haber tomado nota de los hechos relatados y le indi-

---

\* Doctora en Derecho. Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ca que, al margen de las investigaciones que pudieran realizarse a fin de esclarecerlos, se había decidido que el Señor S. no acudiera solo a la sucursal de Madrid, sino acompañado de otra persona de la empresa.

El día 24 de septiembre de 1999, la actora interpuso querrela por acoso sexual contra el Señor S. De este procedimiento, se derivaron testimonios de particulares, a los efectos de instruir causa independiente, ante la posible comisión de un delito de amenazas por el Presidente de la empresa demandada. El día 10 de noviembre de 1999, se personó en la oficina de Madrid el Presidente de la Compañía, que sostuvo una discusión con la actora.

El día 22 de diciembre de 1999, Agustín P. —enviado por la empresa desde Barcelona para hacer entrega de la carta de despido— mantiene una conversación con la actora en la que éste le decía a aquélla que todos la creían más que al Señor S., pero que determinados intereses políticos y económicos les impedirían romper con él y les obligaban a despedirla.

Mediante carta fechada y notificada el citado día, la empresa demandada comunicó a la parte actora que procedía a su despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual, por la realización de numerosas llamadas particulares desde el teléfono de la empresa, entre otras causas.

**RESUMEN:** La sentencia, que es objeto de este comentario, califica el despido efectuado por la empresa como nulo al considerar que las faltas disciplinarias imputadas son inexistentes al tratarse de una conducta tolerada por la empresa, encontrando la verdadera causa de despido en la querrela por acoso sexual que interpone la trabajadora.

## ÍNDICE

1. FORMULACIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA FE
2. COMO CAUSA DE DESPIDO DISCIPLINARIO
3. INEXISTENCIA DE CAUSA Y NULIDAD DEL DESPIDO

### 1. FORMULACIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA FE

La formulación del principio de buena fe en el artículo. 7.1 del Código Civil como cláusula general, introduce una notable vaguedad y una indeterminación normativa que tiene que ser dotada de contenido más o menos completo paliando lo más posible la situación de inseguridad jurídica que la formulación de una cláusula general puede provocar<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> S. RODOTÁ, «Conclusioni: il tempo delle clausole generali», en AAVV, *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, págs. 262 y 263.

Ha sido, no obstante, en el ámbito de las relaciones patrimoniales donde el principio de buena fe se ha aplicado tradicionalmente. Así la manifestación del citado principio en el ámbito de las relaciones contractuales, se establece con carácter general en el artículo 1258 del Código Civil<sup>2</sup>. En este precepto la buena fe queda caracterizada por su carácter integrador y por su reciprocidad, lo que supone una exigencia de ésta para ambas partes contratantes, sin que la reivindicación de prestaciones no previstas sobre la base de la buena fe suponga para una de las partes un sacrificio extremadamente gravoso que altere el equilibrio de las prestaciones inicialmente pactadas<sup>3</sup>.

Así, una de las consecuencias de la aplicación del principio de buena fe en el ámbito de la relación obligatoria contractual es la influencia del mismo en el desarrollo de todo el proceso de ejecución contractual, tanto en el ejercicio de los derechos como en el cumplimiento de las obligaciones.

Consiguientemente, las citadas consecuencias son de aplicación ineludible en el ámbito del contrato de trabajo. Sin embargo, la jurisprudencia ha puesto de manifiesto que el principio de buena fe se refuerza en el contrato de trabajo siendo consustancial al mismo en atención al carácter duradero del vínculo contractual laboral, que impone a las partes unos deberes de buena fe y de cooperación más intensos que los exigibles en otros vínculos contractuales por la ejecución continuada del mismo a lo largo del tiempo<sup>4</sup>. Así la propia naturaleza de la relación trabajo y las implicaciones personales que indiscutiblemente se desarrollan en ella, hace que sea una relación más propicia a que se produzcan un mayor número de situaciones en las que sea exigible el deber de buena fe.

De esta manera el deber de buena fe debería presentar el mismo nivel de exigencia para el empresario y el trabajador. Aunque la anterior afirmación sea cierta en un plano meramente normativo, aunque limitadamente, no lo es en el terreno puramente fáctico. En efecto, aún cuando en el Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) se hace referencia al carácter recíproco del deber de buena fe de ambas partes, trabajador y empresario, en el artículo 20.2, no aparece en la norma estatutaria ningún precepto que afirme categóricamente y de forma independiente el deber de buena fe del empresario en el cumplimiento de sus obligaciones, tal como se hace en el artículo 5 a) del mismo texto legal para el trabajador. Sólo de manera indirecta lo podemos entrever en el artículo 4 del ET cuando se enuncian los derechos de los trabajadores.

<sup>2</sup> «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

<sup>3</sup> En este sentido, C. MASSIMO BIANCA, «La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale», *Rivista di Diritto Civile*, 1983-I, pág. 211.

<sup>4</sup> STS, 9 de diciembre de 1987 (RJ 8867).

De otro lado, la pretendida reciprocidad del deber de buena fe para el empresario y el trabajador queda en evidencia cuando se trata de reaccionar frente al incumplimiento de este deber por la parte que se considera perjudicada por el mismo. Cuando es el trabajador el sujeto responsable de la transgresión del deber de buena fe, el empresario puede en base su poder disciplinario imponer las sanciones adecuadas que se establezcan en las disposiciones legales o en los convenios colectivos que le sean de aplicación de conformidad con el artículo 58 del ET. Dependiendo de la gravedad del incumplimiento el empresario puede recurrir a determinadas sanciones que pueden modificar el contrato de trabajo pero que se definen por su naturaleza conservativa, mientras que en otros, el grado de culpabilidad del trabajador y la gravedad del incumplimiento lleva al empresario a recurrir al despido poniendo fin al vínculo contractual con fundamento en el artículo 54. 2. d) del ET.

Si es el empresario el que incumple el deber de buena fe, los recursos jurídicos a disposición del trabajador para reaccionar frente al incumplimiento son distintos en cuanto a la ejecutividad de los mismos y sobre todo en cuanto a los efectos. El ET no recoge expresamente la transgresión del deber de buena fe del empresario como incumplimiento susceptible de legitimar la mera solicitud de extinción del contrato de trabajo. En un intento de reconducir este incumplimiento a las causas previstas en el artículo 50 del ET, puede incluirse en el inciso primero del apartado c) que opera como una cláusula abierta al establecer que será causa justa «Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario». En este caso, a diferencia de la institución del despido disciplinario, estamos ante un supuesto de extinción que no es inmediatamente ejecutivo y autónomo: el trabajador debe esperar el pronunciamiento judicial continuando con la prestación de servicios en la empresa y estando obligado a cumplir con los deberes accesorios que impone el contrato de trabajo.

La consecuencia del incumplimiento grave del empresario de su deber de buena fe respecto del trabajador repercute directamente sobre éste que, en el mejor de los casos, podrá poner en marcha el mecanismo resolutorio de contenido resarcible tasado aunque perdiendo su puesto de trabajo. Pero si el incumplimiento empresarial no reviste la suficiente gravedad podemos afirmar que aquél quedará impune sin ninguna posibilidad de defensa para el trabajador<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> El trabajador en caso de incumplimientos no susceptibles de justificar la resolución del contrato, puede optar por la dimisión ordinaria extinguiendo "voluntariamente" su contrato de trabajo. Este mecanismo de autotutela no es el cauce más oportuno pues en estos casos el trabajador perjudicado ve extinguido su contrato de trabajo sin ningún tipo de contraprestación económica y sin ningún perjuicio para el empresario aunque sea éste el causante de la dimisión. En estos supuestos estaríamos ante el denominado despido indirecto o posición forzada de dimisión. Al respecto, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER Y M.ª F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, Madrid, 1998, pág. 111.

## 2. COMO CAUSA DE DESPIDO DISCIPLINARIO

De otro lado la práctica judicial ha procedido tradicionalmente a extender indebidamente el deber de buena fe del trabajador, exigiéndole determinados comportamientos que acentúan el grado de dependencia y subordinación del trabajador respecto del empresario. La extensión material del deber de buena fe para el trabajador ha tenido consecuencias en el ámbito de la estabilidad del empleo<sup>6</sup> pues, la transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario, se ha ido convirtiendo en el recurso fácil a utilizar por el empresario cuando se quiere dar cobertura jurídica a una extinción unilateral justificada del contrato de trabajo sin que concurra un incumplimiento contractual de suficiente entidad.

También la transgresión de la buena fe contractual presenta un doble inconveniente para su correcta apreciación: en primer lugar, el tipo de incumplimiento descrito en la norma es tan amplio que lo convierte en una causa general de despido, por lo que el primer elemento a cumplir para que entre en juego la responsabilidad disciplinaria se flexibiliza hasta el punto de aceptar, en principio, que cualquier incumplimiento puede estar bajo la cobertura de la causa contenida en el artículo 54.2 d) del ET. Es decir, en la citada causa de despido el principio de tipicidad propio del derecho sancionador pierde su rigidez propia que se mantiene en las restantes causas del artículo 54. Podemos afirmar así que el despido por transgresión de la buena fe tiene una función más expulsiva o liberatoria que propiamente aflictiva<sup>7</sup>. En segundo lugar, en la descripción del tipo hay ausencia de cualquier expresión que pueda ser identificada como indicadores de la culpabilidad y gravedad exigidas por el primer párrafo del artículo 54 del ET. Dicha ausencia supone que el empresario y posteriormente el juez, tendrán que entrar a valorar *ex novo* el incumplimiento, sin que tenga que ajustarse a una descripción legal cerrada que le obligue a verificar que existe la concurrencia de la causa para el despido.

No es infrecuente que la utilización por el trabajador de bienes y medios de la empresa para fines particulares sea alegada por el empresario como causa justificativa de despido disciplinario con fundamento en el artículo 54. 2 apartado d) del Estatuto de los Trabajadores por transgresión de la buena fe contractual<sup>8</sup>. Todo uso que no se corresponda con la realización de tareas pro-

<sup>6</sup> En este sentido, C. MOLINA NAVARRETE, «Hacia una revisión constitucional de la función de la buena fe contractual en las relaciones jurídico-laborales», *RRLL*, nº 11, 1992, pág. 16.

<sup>7</sup> Sobre ambas funciones del despido disciplinario, Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «Derecho, trabajo y despido» en J. CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, (coord.), *Presente y futuro de la regulación del despido*, Pamplona, 1997, pág. 34.

<sup>8</sup> Al respecto, E. ROALES PANIAGUA, *La transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza como causas de despido disciplinario*, Tesis doctoral, inédita, Sevilla, 2001, págs. 362 y ss.

pías y específicas de la prestación de trabajo, sin previa autorización de la empresa, es considerada causa de despido, máxime cuando aquél se prohíbe mediante circulares de empresa o código ético.

Uno de los casos más frecuentes se refiere a la utilización del teléfono para llamadas particulares<sup>9</sup>, en los que, pese a la pérdida de tiempo de trabajo que suponen tales acciones, la conducta ilícita se traduce en un perjuicio económico patrimonial adicional para el empresario, siendo ésta última la principal ratio que subyace en la alegación de las citadas acciones como causa de despido.

En los incumplimientos contractuales relacionados con conductas que menoscaban el patrimonio empresarial la reacción de los tribunales es especialmente dura si la comparamos con la que tienen ante otros incumplimientos transgresores de la buena fe contractual. La posición mantenida por el Tribunal Supremo de inaplicar criterios para graduar la gravedad de los incumplimientos hace que la mayoría de ellos sean considerados como justificativos del despido disciplinario efectuado por el empresario<sup>10</sup>.

En esta modalidad de transgresión del deber de buena fe contractual no es mayoritaria la posición que aplica la teoría gradualista<sup>11</sup>, al contrario, existe una línea jurisprudencial muy asentada que considera que cualquier incumplimiento de esta naturaleza es justificativo del despido pues hace perder la confianza del empresario en el trabajador. La cuestión de confianza queda reducida de esta manera a ser un protector del patrimonio de empresario frente a cualquier conducta de los trabajadores que, independientemente de su gravedad, lo puedan poner en peligro.

Si bien los Tribunales Superiores de Justicia han estado influidos por la constante y unánime doctrina del Tribunal Supremo, en los últimos años empieza a apreciarse un leve cambio en algunos de ellos en cuanto a la aplicación de la llamada teoría gradualista.

Frente a posiciones jurisprudenciales consolidadas en la doctrina de entender que el quebrantamiento del deber de buena fe que necesariamente ha de presidir las relaciones empresa-trabajador justifica la extinción de la relación laboral porque sin aquélla se hace inviable la convivencia humana y profesional<sup>12</sup>, encon-

<sup>9</sup> Entre otras, pueden verse las SSTSJ, Cataluña, 30 de marzo de 2000 (AS 1696), 30 de marzo de 1999 (AS 1808) y 17 de diciembre de 1997 (AS 4927).

<sup>10</sup> Llama la atención que en un recorrido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde 1981 hasta 1992, sólo existan dos sentencias en esta materia que consideran los despidos efectuados como improcedentes. Así, STS, 2 de octubre de 1986 (RJ 5370) y 4 de abril de 1990 (RJ 3101). Para ver más detenidamente la posición del Tribunal Supremo, E. ROALES PANIAGUA, op. cit., pág. 353 y ss.

<sup>11</sup> Al respecto, puede verse R. AGUILERA IZQUIERDO, *Las causas de despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, Pamplona, 1997, pág. 55.

<sup>12</sup> SSTJ, 3 de octubre de 1988 (RJ 7503) y 17 de septiembre de 1990 (RJ 7014). Es significativa la posición del TSJ de Galicia al respecto, así SS, 29 de septiembre de 2000 (AS 3017) «... sino lo que realmente penado es el quebrantamiento de la buena fe depositada en el trabajador...»; 22 de enero de 2000 (AS 59); 15 de febrero de 1999 (AS 199) y 27 de julio de 1999 (AS 2357).

tramos otras que aunque aceptan las premisas sobre la que se sienta la anterior, flexibilizan el criterio de enjuiciamiento de los incumplimientos contractuales transgresores de la buena fe sobre la base de aplicar, estrictamente en este caso, el llamado principio de proporcionalidad entre hecho cometido, persona que lo comete y la sanción impuesta por el empresario<sup>13</sup>. Para los defensores de la primera posición no se admite graduación en los incumplimientos del deber de buena fe realizando una valoración objetiva y automática del incumplimiento mientras que, para los que participan de la segunda, ninguna de las causas que se relacionan en el artículo 54.2 del ET – y entre ellas la transgresión de la buena fe contractual – opera automáticamente sino que han de ser analizadas en su realidad, en el momento en que se han producido y con los efectos que causan, de forma que debe estudiarse específica e individualmente el caso concreto que ha de ser objeto de resolución sin desconocer el factor humano<sup>14</sup>.

A pesar del carácter que se ha querido dar al principio de proporcionalidad éste adquiere especial significación en la transgresión de la buena fe contractual, ya que se convierte en el elemento principal para valorar la culpabilidad y la gravedad, toda vez que, legalmente, faltan elementos para apreciar dichos requisitos. En estos momentos la virtualidad del principio de proporcionalidad consiste en ser elemento imprescindible en la revisión judicial del despido<sup>15</sup>.

La consecuencia de la aplicación del citado principio, por algunos tribunales, da lugar a la apreciación y aplicación de circunstancias eximentes y atenuantes de la responsabilidad del trabajador, de circunstancias relacionadas con comportamientos preaviso y coetáneos de las partes que pueden redundar en la apreciación o no de la culpabilidad, y de factores que, relacionados con los efectos que provoca el incumplimiento, inciden en la graduación del requisito de la gravedad.

En los pronunciamientos judiciales, y el que comentamos es uno de ellos, se encuentran casos en los que el incumplimiento imputado al trabajador en un despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual no se considera suficientemente justificativo al faltar el requisito exigido de la culpabilidad, debido a que el trabajador no tiene conciencia de estar cometiendo una falta sancionable porque el supuesto incumplimiento consiste en una actuación del trabajador que ha estado tolerado anteriormente por la empresa.

<sup>13</sup> SSTJ, 28 de enero de 1984 (RJ 111); 17 de abril de 1986 (RJ 2196) y 2 de abril de 1992 (RJ 2590). También recientemente en los Tribunales Superiores de Justicia, SSTSJ, Aragón 10 de julio de 2000 (AS 2434) Cantabria, 29 de mayo de 2000 (AS 2540) y La Rioja, 6 de abril de 1999 (AS 834).

<sup>14</sup> SSTJ, 28 de febrero de 1990 (AS 1248) y 18 de mayo de 1990 (RJ 4356).

<sup>15</sup> En este sentido, J. LUJÁN ALCARAZ, «Algunas reflexiones sobre el principio de proporcionalidad en la calificación del despido», en *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario*, Santiago de Compostela, 1997, pág. 27.

Son supuestos en los que la prestación debida por el trabajador se realiza con ciertas irregularidades —consideradas éstas bajo un prisma puramente objetivo— que son conocidas y aceptadas por las dos partes de la relación laboral. Si el conocimiento y aceptación de dichas irregularidades por la empresa se consolida a lo largo del tiempo teniendo suficiente consistencia y validez para que a partir de ella pueda deducirse de manera inequívoca y concluyente una manifestación de voluntad de admitir como no sancionable determinados incumplimientos contractuales, estamos ante un régimen de tolerancia<sup>16</sup> que no podrá dejarse de aplicar sorpresivamente pues si es cierto que «la tolerancia no genera un derecho, también lo es que no justifica un despido la sanción de despido apoyada en actos realizados en el clima de la tolerancia y dentro del margen de la misma»<sup>17</sup>. Lo contrario constituiría un atentado al deber de buena fe que se deben las partes y vulneraría la doctrina de los actos propios<sup>18</sup>.

Ante esta situación de hecho el despido fundamentado en una conducta que previamente ha sido tolerada, se considera improcedente pues, teniendo en cuenta las circunstancias previas al incumplimiento en aplicación del principio de proporcionalidad, no se le puede imputar al trabajador el incumplimiento al faltar el requisito de la culpabilidad<sup>19</sup>. Sin embargo, más que debido a la falta de culpabilidad, la calificación de improcedencia proviene de la propia inexistencia del incumplimiento contractual transgresor de la buena fe porque las pretendidas irregularidades pierden aquel carácter al insertarlas el régimen de tolerancia empresarial en el sinalagma contractual<sup>20</sup>.

Como la tolerancia no genera un derecho se admite que el empresario pueda dejar sin efecto la autolimitación establecida en el ejercicio del poder disciplinario efectuando previas advertencias de prohibición de aquellos comportamientos que anteriormente han sido tolerados o, a lo sumo, aplicar una sanción menor dejando claro que, en caso de reincidencia, aplicará la sanción máxima de despido<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> La jurisprudencia del Tribunal Supremo hizo especial hincapié en el hecho de que la tolerancia debe exteriorizarse a través de actos u omisiones suficientemente significativos para crear la confianza de que se actúa dentro de un margen de permisividad, para distinguirla de los supuestos en que la empresa conociendo las irregularidades no actúa inmediatamente, pero sí dentro de un plazo razonable que no cree expectativas de permisividad, ante la justificación razonable de establecer el verdadero alcance del incumplimiento. En este sentido, STS, 30 de septiembre de 1987 (RJ 6436).

<sup>17</sup> STSJ, Cantabria, 25 de mayo de 1998 (AS 854)

<sup>18</sup> A. MONTOYA MELGAR, *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Madrid, 2001, pág. 85.

<sup>19</sup> STS, 20 de febrero de 1991.

<sup>20</sup> En este sentido se pronuncia la STSJ, Madrid, 8 de febrero de 2000 (AS 1535).

<sup>21</sup> SSTSJ, Navarra, 9 de junio de 1998 (AS 2531) y Comunidad Valenciana, 4 de noviembre de 1998 (AS 4444).

En la sentencia que es objeto de este comentario, la alegación de llamadas particulares por parte de los trabajadores como imputación de causa de despido por transgresión de la buena fe contractual por parte de la empresa, no es considerada por la Sala como justificativa del despido habida cuenta de que la empresa tuvo puntual conocimiento de todas las facturas en la que se detallan los números de teléfono de los receptores, siendo claro que la empresa en todo momento tuvo conocimiento claro de las llamadas que se realizaron por motivos laborales y qué otras eran personales de cada trabajador, pudiendo o no cargar a éstos el correspondiente importe, pero sin que en ningún caso exista transgresión de la buena fe, al no existir ocultación alguna siendo una decisión libre de la empresa el asumir el coste de las llamadas particulares realizadas por los trabajadores. El hecho de que la empresa tuviera conocimiento en el momento oportuno de las llamadas realizadas por la trabajadora, que por otro lado, no tenía limitado el uso del teléfono por orden expresa de la empresa, no constituye incumplimiento alguno por parte de la trabajadora. «ni puede la empresa, sorpresivamente, después de tolerar la conducta, basarse en la misma para despedir sin advertencia previa»<sup>22</sup>.

La imposibilidad de sancionar sorpresivamente una situación tolerada por la empresa entronca con el deber de buena fe del empresario en el ejercicio del poder disciplinario. Podemos afirmar que el principio de buena fe constituye un límite jurídico general en el ejercicio de los poderes empresariales<sup>23</sup>.

La aplicación del principio de buena fe en el ejercicio del poder disciplinario se hace imprescindible teniendo en cuenta que el empresario utiliza una facultad coercitiva de carácter potestativo, bien para garantizar el cumplimiento de las obligaciones por el trabajador o para sancionar los incumplimientos que se produzcan, pudiendo incluso llegar a la resolución del contrato de trabajo mediante despido.

Dejando a un lado otras limitaciones impuestas por el principio de buena fe<sup>24</sup>, la que nos interesa para el comentario de la sentencia es aquella que está relacionada con la función teleológica que cumple el poder disciplinario. Si consideramos que la finalidad última del poder disciplinario es la de servir como mecanismo de ejemplaridad para el resto de los trabajadores teniendo la facultad sancionadora un efecto preventivo reduciendo el número de incumplimientos futuros<sup>25</sup>, es necesario que el empresario sea diligente en el uso de sus facultades sancionadoras, pues la desidia de aquél puede conver-

<sup>22</sup> Fundamento jurídico cuarto.

<sup>23</sup> M. LUQUE PARRA, *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, Barcelona, 1999, pág. 130.

<sup>24</sup> Pueden verse en E. ROALES PANIAGUA, op. cit., págs. 149 y ss.

<sup>25</sup> M<sup>o</sup>. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *El poder disciplinario en la empresa*, Madrid, 1991, pág. 64. Sobre la preponderancia del fin correctivo sobre el punitivo, J.L. GIL Y GIL, *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, Madrid, 1994, pág. 134.

irse en la práctica en una conducta tolerada por el empresario pudiendo generar expectativas de impunidad<sup>26</sup>. De esta forma el principio de buena fe actúa provocando la inmediatez en el ejercicio del poder disciplinario actuando como medio de control de la discrecionalidad empresarial. Lo que se quiere impedir con la exigencia del principio de inmediatez es que el ejercicio intempestivo de las facultades disciplinarias ponga en serio peligro las posibilidades de defensa del trabajador creando una situación de inseguridad jurídica. El quebranto del citado principio nos llevaría al terreno del retraso desleal entroncando con la vulneración, como se ha expresado anteriormente, de la interdicción de accionar contra los actos propios<sup>27</sup>.

### 3. INEXISTENCIA DE CAUSA Y NULIDAD DEL DESPIDO

Al igual que sucede con los derechos de libertad de expresión e información en los que en numerosos casos aparecen implicados en despidos por transgresión de la buena fe contractual, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española (en adelante CE) se ve implicado en despidos disciplinarios basados en la citada causa<sup>28</sup>. Lo que se produce en la mayoría de los casos es la imputación por la empresa de hechos disciplinarios inexistentes o carentes de entidad suficiente que encubren una acción de represalia por el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En el supuesto de hecho contemplado en la sentencia que comentamos, la imputación de la empresa de incumplimientos transgresores del deber de buena fe son inexistentes para la Sala, llegando a la consideración de que el despido producido encubre, efectivamente, una acción de represalia para la trabajadora por el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto en cuanto, la medida disciplinaria es la reacción frente a la interposición por la trabajadora de una querrela por acoso sexual, contra una persona relacionada con la empresa, de la cual se deriva causa independiente contra el Presidente de la compañía por la comisión de un posible delito de amenazas.

El artículo 24.1 de la CE reconoce el derecho de los titulares e intereses legítimos a obtener una tutela judicial efectiva que se traduce en el acceso de a los órganos jurisdiccionales y a obtener una resolución fundada en Derecho.

<sup>26</sup> Expectativas que como señala M<sup>a</sup>. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «son vinculantes para la empresa en el futuro», en *El poder disciplinario en la empresa*, cit., pág. 314.

<sup>27</sup> Aunque el principio de inmediatez posee un carácter estrictamente normativo del que le dota el artículo 7.1 del Código Civil, es también exigible por la aplicación directa del artículo 10 de la Recomendación 166 de la OIT que establece, «Se debería considerar que el empleador ha renunciado a su derecho de dar por terminada la relación de un trabajador a causa de una falta de éste si no hubiera adoptado esta medida dentro de un tiempo razonable desde que tuvo conocimiento de la falta».

<sup>28</sup> Al respecto, ver, E. ROALES PANIAGUA, op. cit., pág. 272 y ss.

Sin embargo, como ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional «dicho derecho no sólo se satisface mediante la actuación de jueces y tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad»<sup>29</sup>. Esta garantía se traduce en la interdicción de medidas de represalia directas o encubiertas derivadas del ejercicio del trabajador de pedir su derecho de tutela a los órganos jurisdiccionales.

En concreto, la medida de disciplinaria de despido como respuesta al ejercicio de acción judicial por el trabajador está prohibida en el artículo 5 c) del Convenio 158 de la OIT de 22 de junio de 1982<sup>30</sup>, relativo a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, pues excluye de entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo «presentar queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes». Como se aprecia, la protección contra el despido abarca la interposición de reclamaciones frente al empresario sean o no de carácter judicial<sup>31</sup> y se extiende también al ámbito administrativo protegiendo al trabajador cuando interpone recursos o reclamaciones ante la Administración.

También el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación<sup>32</sup>, establece en su artículo 11 la obligación de los Estados miembros de adoptar «en sus ordenamientos jurídicos las medidas que resulten necesarias para proteger a los trabajadores contra el despido o cualquier otro trato desfavorable adoptado por el empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato», para que la garantía de indemnidad de los trabajadores quede protegida. La protección es menor que la establecida en el convenio 158 toda vez que la garantía se aplica sólo a las reclamaciones ante la empresa, —omitiendo las reclamaciones ante las Administraciones Públicas— y a unas acciones judiciales muy concretas: las que con su interposición persigan la aplicación del principio de igualdad.

De otro lado, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva desciende normativamente para incorporarse en el Estatuto de los Trabajadores, en concreto en el artículo 4 donde establece en el apartado primero letra g) el

<sup>29</sup> STC, 18 de enero de 1993 (RTC 1993/14), fundamento jurídico segundo.

<sup>30</sup> Ratificado por nuestro país por instrumento de 18 de febrero de 1985 (BOE de 29 de junio de 1985).

<sup>31</sup> La STSJ, Asturias, 20 de diciembre de 1996 (AS 4036), consideró nulo el despido de una trabajadora cuya causa final y oculta obedecía a la reiterada petición de reingreso de aquélla realizada tras la finalización del periodo de excedencia voluntaria.

<sup>32</sup> DOCE L 303 de 2 de diciembre de 2000, págs. 0016-0022.

derecho de los trabajadores al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo.

La protección del derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador se consigue sólo declarando nulo el despido cuando éste se efectúa después de haber presentado demanda ante el órgano jurisdiccional, sino que las garantías vinculadas al derecho fundamental se extienden también a los actos previos o preparatorios necesarios para el ejercicio de la acción judicial, pues de otro modo «se dificultaría la efectividad del derecho»<sup>33</sup>.

Podemos afirmar, sin lugar a dudas, que la garantía de indemnidad adquiere mayor relevancia en el ámbito de la Jurisdicción Laboral de trabajo en función de la existencia de una clara subordinación y dependencia de una de las partes de contrato, en donde con mayor posibilidad puede darse una situación de represalia; cabe entender que debe establecerse una mayor cautela protectora respecto a los derechos que son más susceptibles de ser vulnerados. La citada garantía entra a formar parte del entramado esencial de derechos fundamentales que le deben ser respetados al trabajador tras su incorporación a la empresa, donde no sólo no se pierden sus derechos cívicos por consecuencia de la suscripción de un contrato de trabajo, sino que incluso cabe entender que debe surgir una mayor cautela protectora respecto a algunos de ellos, más susceptibles de ser lesionados, como ocurre con la garantía que se viene citando<sup>34</sup>.

Los casos examinados en recursos de amparo por el Tribunal Constitucional están relacionados principalmente con la vulneración de la garantía de indemnidad como consecuencia de haber ejercitado el trabajador acción judicial solicitando el reconocimiento de la naturaleza laboral de la relación contractual que le unía con la empresa<sup>35</sup>, o bien solicitando la declaración de fijeza de la relación<sup>36</sup>.

De otro lado, en ocasiones, el despido hecho en represalia es la consecuencia de la interposición por parte del trabajador de acciones judiciales penales contra el empresario o contra los administradores de empresas que revisten la forma jurídica de sociedad, como es el caso de la sentencia que comentamos. En estos casos el hecho mismo de la interposición de la denuncia penal se considera como conducta transgresora del deber de buena fe

<sup>33</sup> STS, 18 de enero de 1993 (RTC 1993/14), fundamento jurídico tercero. Doctrina recogida por la SSTC, 24 de febrero de 1995 (RTC 1995/54), fundamento jurídico tercero; 22 de julio de 1999 (RTC 1999/140), fundamento jurídico cuarto, y 10 de abril de 2000 (RTC 2000/101), fundamento jurídico segundo.

<sup>34</sup> STS, 24 de febrero de 1995 (RTC 1995/54). Recogiendo esta doctrina, puede verse, entre otras muchas, STSJ, Cataluña, 3 de noviembre de 2000, (AS 2001/1116).

<sup>35</sup> SSTC, 22 de julio de 1999 (RTC 1999/140); 27 de septiembre de 1999 (RTC 1999/168); 25 de octubre de 1999 (RTC 1999/191) y 10 de abril de 2000 (RTC 2000/101).

<sup>36</sup> STS, 18 de enero de 1993 (RTC 1993/14).

cuando el delito o falta resulta imputado resulta archivado, mientras que otras veces se encubre la acción de represalia con la imputación de incumplimientos contractuales carentes de entidad.

Así, la posición de los tribunales determina que el sobreseimiento de una denuncia penal implica que en la conducta no se han encontrado pruebas que permitan encajarlo en el tipo penal, pues el trabajador simplemente denuncia unos hechos y corresponde al Juzgado calificarlos, no implicando la mera interposición de la misma transgresión de la buena fe si los hechos existían con independencia de su calificación penal<sup>37</sup>. Sólo en el caso de una denuncia total y absolutamente temeraria podríamos referirnos a una transgresión de la buena fe contractual, pues es cierto que al igual que otros derechos fundamentales, el derecho a la tutela judicial, lo que conlleva a afirmar que el principio de indemnidad no desplegará sus efectos en todo supuesto imaginable<sup>38</sup>.

Por lo que se refiere al enmascaramiento de la verdadera causa de despido alegando otra, esto es, cuando el acto empresarial aparece formalmente conectado a un motivo diferente y distinto del propósito de represalia por el ejercicio del derecho fundamental del trabajador a la tutela judicial efectiva, debe existir un nexo causal entre reclamación o denuncia y despido. Una vez alegados por el trabajador indicios razonables de la lesión corresponde al empresario probar que la decisión de despedir obedece a causas reales, serias y con entidad suficiente como para considerarla ajena a cualquier vulneración de un derecho fundamental. Se trata, por tanto, de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, lo que claramente dejaría inoperante la prueba indiciaria<sup>39</sup>.

Esta doctrina evita que incumplimientos nimios y sin suficiente gravedad, —como los incumplimientos imputados en el supuesto de hecho de la sentencia que ha sido objeto de este comentario— encubran un despido discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales. Se presenta como primordial en los incumplimientos imputados por transgresión del deber de buena fe, en los que, como sabemos, su apreciación presenta una gran flexibilidad que facilita la decisión extintiva del empresario por la tradicional ausencia de graduación con que estas faltas han sido enjuiciadas por los Tribunales.

<sup>37</sup> STSJ, Galicia, 7 de diciembre de 2000 (AS 4213) fundamento jurídico tercero. En este sentido también SSTSJ, País Vasco, 9 de febrero de 1999 (AS 2046) y Asturias, 23 de julio de 1999 (AS 2220).

<sup>38</sup> En este sentido, STSJ, Andalucía (Málaga), 27 de abril de 2001 (AS 1837).

<sup>39</sup> STC, 10 de abril de 2000, cit.