

pd. 107.999

TE  
876



La extinción causal  
del contrato de trabajo  
por voluntad del trabajador

DONATIVO

"EXCLUIDO DE PRESTAMO"



Lda. ANA M. DE MIGUEL LORENZO

Delimitación del tema.

Capítulo primero: La resolución contractual por la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

- I. La modificación sustancial de las condiciones de trabajo como presupuesto comun a las diversas formas de extinción: concepto, legitimidad del empresario y condiciones modificables.
  1. Poder de dirección, *ius variandi* y modificación sustancial de las condiciones de trabajo: El concepto técnico jurídico de modificación sustancial.
  2. El procedimiento para la introducción de las modificaciones sustanciales.
    - 2.1. La finalidad del requisito procedimental.
    - 2.2. Modificaciones sustanciales colectivas e individuales y autonomía individual.
  3. Condiciones de trabajo susceptibles de modificación sustancial.
    - 3.1. La modificación de las condiciones reguladas en convenio colectivo.
    - 3.2. La modificación del objeto del contrato: la movilidad funcional ex artículo 41 ET.
    - 3.3. La modificación de condiciones más beneficiosas.
- II. Las vías de extinción por modificación sustancial de las condiciones de trabajo: Enumeración y caracterización.

### III. Las causas justas en concreto.

1. La lesión por modificación sustancial de la jornada, horario o del turno de trabajo.
  - 1.1. Los presupuestos sustantivos para el ejercicio de la opción resolutoria del artículo 41.3 ET.
  - 1.2. Modificaciones sustanciales y readmisión <<irregular>>.
2. El traslado del trabajador.
  - 2.1. Concepto de traslado y ámbito objetivo de aplicación del artículo 40.1 ET.
  - 2.2. Los presupuestos sustantivos para el ejercicio de la opción resolutoria del artículo 40.2 ET.
3. El perjuicio en la formación profesional o en la dignidad del trabajador como consecuencia de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.
  - 3.1. El ejercicio abusivo de la facultad de movilidad funcional.
    - 3.1.1. La movilidad funcional <<extragrupo>> y la falta de equivalencia profesional entre las funciones habituales y las asignadas al trabajador.
    - 3.1.2. La asignación de funciones de categoría superior.
    - 3.1.3. La asignación permanente o injustificada de funciones de categoría inferior.
  - 3.2. Otros supuestos.

Capítulo segundo: La resolución contractual por la falta de pago o retraso continuado en el abono del salario.

#### I. El supuesto resolutorio: caracterización.

1. Gravedad del incumplimiento e irrelevancia de la falta de culpabilidad empresarial.
2. Inexistencia de incumplimiento y causas de exención de la responsabilidad empresarial.

#### II. Incumplimiento empresarial y crisis económica: la concurrencia de pretensiones extintivas.

Capítulo tercero: La resolución contractual por incumplimiento contractual grave del empresario subsumible en el artículo 50.1.c) ET.

- I. La cláusula genérica del artículo 50.1.c) ET y su integración jurisprudencial.
- II. Un supuesto concreto de incumplimiento: La violación del derecho a la ocupación efectiva.
  1. La resolución contractual por falta de ocupación efectiva.
  2. Falta de ocupación efectiva y despido tácito.

Capítulo cuarto: Algunas cuestiones procesales relativas al ejercicio de la acción resolutoria.

- I. El plazo para la resolución: su distinta duración según la causa justa alegada para la extinción.
- II. Extinción judicial y extinción extrajudicial.
  1. El momento de la extinción: despido y resolución del contrato por voluntad del trabajador.
  2. El carácter judicial de la resolución por incumplimiento contractual grave del empresario y sus excepciones.
    - 2.1. La solicitud de extinción y la vigencia del contrato como presupuesto para el ejercicio de la acción resolutoria.
    - 2.2. El requisito del mantenimiento de la relación durante la tramitación de la demanda.
    - 2.3. El carácter potestativo del mantenimiento de la relación durante la sustanciación del recurso y la imposibilidad de ejecución provisional de la sentencia.
    - 2.4. Las excepciones a la regla general: A) La dejación anticipada del trabajo por circunstancias de especial gravedad. B) La evitación del proceso y la virtualidad extintiva de los acuerdos de conciliación previa y judicial.
  3. El carácter extrajudicial de la opción resolutoria por modificación sustancial de las condiciones de trabajo.
- III. La concurrencia de acciones de despido y de extinción del contrato por voluntad del trabajador.
  1. Los problemas que originaba la prohibición de acumulación de acciones establecida en la ley procesal anterior.

2. La acumulación de las demandas de despido y de extinción del contrato por voluntad del trabajador.
  - 2.1. Demandas acumulables y tiempo para la acumulación.
  - 2.2. Supuestos de acumulación y cauce procesal aplicable.
  - 2.3. La tramitación de las demandas acumuladas y los posibles contenidos del fallo resolutorio.

#### Capítulo quinto: Los efectos de la extinción.

- I. La indemnización.
- II. La protección por desempleo.

#### Capítulo sexto: La extinción del contrato por motivos discriminatorios en los Estados Unidos: <<*Constructive discharge*>>.

- I. El origen de la institución: La prohibición de discriminación por motivos sindicales y el caso *Cristal Pryncenton*.
- II. La adopción por los tribunales de la doctrina del <<*constructive discharge*>>.
- III. Las consecuencias de la existencia de un <<*constructive discharge*>>.

Conclusiones.

Bibliografía citada.

## DELIMITACION DEL TEMA

Dentro de la institución general de la resolución del contrato por voluntad unilateral del trabajador<sup>1</sup>, se analiza exclusivamente la realizada con justa causa y se prescinde, por tanto, de las dos formas de extinción no causal existentes en nuestro derecho: la <<dimisión>> del trabajador, o extinción sin causa y con preaviso (art. 49.4 ET), y el <<abandono>>, o extinción sin causa y sin preaviso, con fundamento, según autores, en el referido art. 49.2<sup>1</sup> o en la deslegalizada LCT, art. 81 *in fine* LCT<sup>1</sup>; sin perjuicio de lo cual serán consideradas como posible consecuencia de la ausencia o

---

<sup>1</sup>.- Como señalan ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, no existe, a diferencia de la resolución por voluntad unilateral del empresario (<<despido>>), un nombre típico general para referirse a ella, *Derecho del Trabajo*, Duodécima edición revisada, Facultad de Derecho, U. Complutense, Madrid, 1991, pág. 485.

<sup>1</sup>.- GARCIA FERNANDEZ defiende que el abandono constituye, tras el ET, un <<dimisión torpemente ejercitada>> y no un acto o negocio distinto a la dimisión del 49.4 ET, *La terminación del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, U. de Palma de Mallorca, 1983, pág. 61.

<sup>1</sup>.- Por todos, ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, cit. págs. 495 y ss.

insuficiencia de la causa alegada, o, aún concurriendo ésta, de la inobservancia de la técnica rogatoria especialmente diseñada para la resolución por incumplimiento<sup>4</sup>.

Una y otra, resolución no causal y causal, se diferencian en cuanto a su fundamento jurídico, porque mientras que la primera reposa pura y simplemente en el carácter voluntario y libre de la relación de trabajo (art. 1.1 ET) y, por eso, en la prohibición que establece el art. 1583 CC de vincularse por toda la vida, la motivada en alguna de las causas legalmente establecidas añade a ello la existencia de una conducta del empresario compulsiva y obstaculizadora de la relación contractual. Así, cuando esa conducta consiste en la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (arts. 41.3 y 40.2 ET), lo que justifica la extinción y que ésta, aunque voluntaria, sea indemnizada, es el perjuicio, la lesividad de la modificación; no, en cambio, la existencia previa de un incumplimiento contractual del empresario, pues su actuación es, en principio, legítima en cuanto que avalada por el acuerdo previo con los representantes de los trabajadores o la autorización de la Autoridad laboral; y si, por el contrario, el empresario actúa ilegítimamente, imponiendo la modificación sin el consentimiento de aquéllos o sin la autorización de ésta, el incumplimiento, aún existente, es irrelevante a efectos extintivos<sup>5</sup>, porque, como tiene señalado la jurisprudencia

---

<sup>4</sup>.- La extinción por alguna de las causas del art. 50 ET constituye una dimisión o abandono si no es solicitada al Juez de lo Social; ver *infra* Cap. Cuarto.II.

<sup>5</sup>.- Como se verá en el Cap. I, la modificación sustancial ilícita no basta por sí sola para provocar la extinción indemnizada del contrato ya que ésta requiere la concurrencia del

dencia, sólo cuando el incumplimiento tiene la suficiente entidad constituye el supuesto resolutorio que regula el art. 50 ET.

Es ésta, por tanto, la otra de las justificaciones posibles para la extinción: el incumplimiento contractual grave del empresario, que dicho art. 50 ejemplifica mediante dos supuestos concretos (letras a) y b) y generaliza a otros, cualesquiera, que reúnan esas mismas características (letra c). La interpretación conjunta y sistemática del precepto no permite llegar a otra conclusión; si el art. 50 desarrolla el 49.10, todas las causas resolutorias recogidas en aquél han de ser consideradas incumplimientos contractuales del empresario; y si la cláusula genérica del repetido art. 50 exige que el incumplimiento contractual sea grave, los expresamente tipificados también han de serlo. Además, del análisis individualizado de estos supuestos específicos se deduce la misma conclusión, pues ninguna otra calificación puede merecer el perjuicio que, con ocasión de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, se ocasiona al trabajador en su formación profesional o en su dignidad (letra a), ni tampoco, la falta de pago del salario o el retraso continuado en el abono del mismo (letra b), ya que, en ambos casos, la conducta del empresario supone una violación de los derechos laborales del trabajador del art. 4.2.b), e) y f) ET y, por tanto, un incumplimiento contractual grave de sus obligaciones contractuales.

---

perjuicio, simple, en el caso de los arts. 41.3 y 40.2 ET, o cualificado, en el del art. 50.1.a) ET. La ilegalidad de la modificación sólo da derecho a su impugnación y, en su caso, a la imposición de la sanción por infracción grave del art. 6.4 LIS.

La cláusula del art. 50.1.c) excluye los supuestos de fuerza mayor, de lo que la doctrina deduce que el incumplimiento del contrato, además de grave, debe ser culpable<sup>6</sup>. Respecto a ello cabe hacer las siguientes matizaciones:

- En primer lugar, que mientras el art. 54.1 ET requiere para la justificación del despido que el incumplimiento contractual del trabajador sea <<grave y culpable>>, el art. 50 sólo habla de gravedad, por lo que en éste la culpabilidad no debe ser exigida con el mismo rigor<sup>7</sup>.

- En segundo lugar, que si de incumplimiento culpable ha de tratarse, dicha culpabilidad ha de ser entendida en el sentido que expresa el art. 1104 CC que establece como criterio general, para los casos en que la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, la que sería exigible a un buen padre de familia<sup>8</sup>, culpa leve en abstracto pues, que determina la voluntariedad del incumplimiento por la

---

<sup>6</sup>.- En este sentido, ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, cit. pág. 491; ALBIOL MONTESINOS, *La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador*, Revista de Trabajo nº 93/1989, págs. 37-38; BORRAJO DACRUZ, *Reinterpretación jurisprudencial del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores*, en *Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, (AA. VV.) MTSS, Madrid, 1990, pág. 19. En contra, CRUZ VILLALON, *La resolución contractual por modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo*, RL, tomo I/1988, pág. 455; y DURAN LOPEZ, *Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido*, RL, nº 11/1990, pág. 9 y ss.

<sup>7</sup>.- En este sentido, ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, cit. pág. 488.

<sup>8</sup>.- CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo tercero (*Derecho de Obligaciones*), Decimoquinta edición, revisada por GABRIEL GARCIA CANTERO, Reus, Madrid, 1988, pág. 219.

mera negligencia<sup>1</sup>.

- En tercer lugar, que la salvedad de la fuerza mayor ha de ser entendida, respecto a los incumplimientos colectivos, como una remisión implícita a lo establecido en el precepto inmediato posterior, el art. 51 ET, que permite al empresario en los supuestos de fuerza mayor propia o impropia (crisis empresarial), extinguir los contratos de trabajo mediante el expediente de regulación de empleo tramitado al efecto.

- Por último, que, al menos en lo que se refiere a la causa de la letra b) (impago o retrasos en el abono del salario) la jurisprudencia ha venido interpretándola en sentido objetivo, con independencia de la culpabilidad del empresario incumplidor, aunque esta doctrina haya venido debilitándose respecto a los incumplimientos colectivos.

Se diferencian también resolución causal y no causal en cuanto a los efectos, pues, sólo cuando media justa causa, la extinción genera los derechos del trabajador a la indemnización de daños y perjuicios legalmente establecida y a la protección por desempleo; la primera, en una cuantía igual a la del despido improcedente, si de un incumplimiento contractual grave del empresario se trata, o de veinte días de salario por año de servicio con un máximo de nueve o doce mensualidades, según la causa sea de las previstas en el art. 41.3 ó en

---

<sup>1</sup>.- A diferencia del dolo que, aunque según la doctrina moderna, no requiere la intención de perjudicar al acreedor, supone <<la acción u omisión que, con conciencia y voluntad de producir un resultado antijurídico, impide el cumplimiento normal de la obligación>>, CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil...*, op. cit., pág. 224.

el 40.2 ET; el segundo, como supuesto especial, dentro de los ceses voluntarios, por la naturaleza condicionada o mediaticada de la dedisión del trabajador.

Se analiza en capítulos sucesivos cada una de las causas resolutorias alegables por el trabajador, las cuestiones procesales que plantea el ejercicio de la acción y los efectos de la extinción, para terminar con un estudio sobre el despido indirecto en los Estados Unidos.

## CAPITULO PRIMERO

### LA RESOLUCION CONTRACTUAL POR LA MODIFICACION SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO.

I. LA MODIFICACION SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO  
COMO PRESUPUESTO COMUN A LAS DIVERSAS FORMAS DE EXTINCION:  
CONCEPTO, LEGITIMIDAD DEL EMPRESARIO Y CONDICIONES  
MODIFICABLES.

1. PODER DE DIRECCION, *IUS VARIANDI* Y MODIFICACION SUSTANCIAL  
DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO: EL CONCEPTO TECNICO-JURIDICO  
DE <<MODIFICACION SUSTANCIAL>>.

Como señalan ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE<sup>11</sup>, ninguna  
regla fija cuándo una modificación es sustancial, por lo que,  
desvirtuada por la jurisprudencia y por la doctrina la presun-  
ción que el ET, art. 41.2, parece establecer en favor de la  
sustancialidad de las materias que *ad exemplum* enumera<sup>11</sup>, el

---

<sup>11</sup>.- *Derecho del Trabajo*, cit. pág. 376.

<sup>11</sup>.- No obstante algunos autores mantienen esa presunción,  
LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, *La modificación sustancial de las  
condiciones de trabajo*, U. Alicante, pág. 143, <<la alteración  
de las condiciones de trabajo que versen sobre las materias  
indicadas en el apartado 2 del art. 41 siempre será sustancial

concepto de <<modificación sustancial>> ha de ser deducido, por exclusión, de la calificación que merezcan las modificaciones que pueden ser introducidas mediante otros institutos -poder de dirección y *ius variandi*-, así como de las características generales del precepto (art. 41 ET).

1.1. El *poder de dirección* regulado en los arts. 5.5 y 20 ET confiere al empresario la facultad de determinar el contenido del contrato mediante la especificación o concreción del objeto y de las condiciones acordadas por las partes, por lo que los cambios que deriven de su ejercicio no pueden ser sustanciales, ya que dicho poder supone, por definición<sup>14</sup>, la

---

[...] cualquiera que sea el grado y daño u onerosidad de la alteración>>; PLANAS PUCHADES, *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, REDT, nº 13/1983 pág. 98, <<no se trata de una modificación que afecte en más o en menos, sino de una modificación que afecte a determinadas materias y que, por ello mismo, se califica de sustancial>>; y SALA FRANCO, *Movilidad Funcional*, en *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*; EDERSA, t. VIII, pág. 41, nota 67, <<el art. 41 ET, al enumerar una serie de condiciones y atribuirles el carácter de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, parece contradecir [la] posibilidad [...] de que una misma condición de trabajo pueda ser modificada sustancial o accidentalmente>>. Algunas sentencias siguen esta línea; ver STSJ Murcia, 8 octubre 1990 (RL nº 2/1991, pág. 27), <<la calificación de si [una modificación] es o no es esencial, no le corresponde [...] ni tan siquiera al juzgador, al haberla realizado ya el propio legislador [...] en el art. 41.2 ET>>; y las SSTCT de 1 diciembre, 6 octubre y 15 marzo de 1987 (Ar. 26817 y RL, tomo I/1988, págs. 460 y 734, respectivamente), estableciendo que la modificación horaria tiene siempre la consideración de sustancial.

<sup>14</sup>.- Es ya clásica la definición de poder de dirección como <<el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y riesgo, ordenando las singulares prestaciones y organizando el trabajo en la empresa>>, MONTOYA MELGAR, *El poder de dirección*, Madrid, 1965, pág. 44.

<<ejecución de lo pactado en el contrato>><sup>14</sup>, la <<transformación de la *prestación* [relativamente] *genérica* del trabajador en una *prestación específica*>><sup>14</sup>, o lo que es lo mismo, la <<actualización por el empresario de su genérico *derecho de crédito*>><sup>14</sup>. De acuerdo con ello, la movilidad funcional que regula el art. 39 ET tiene que constituir, por fuerza, una de las manifestaciones del poder de dirección<sup>15</sup>, pues si permite al empresario, sin limitación causal ni temporal, la variación entre las funciones correspondientes a categorías próximas entre sí, los cambios funcionales realizados dentro de sus límites habrán de ser considerados siempre accesorios o accidentales<sup>17</sup>.

1.2. En cambio, el *ius variandi* permite al empresario <<variar unilateralmente de modo esencial y con carácter temporal el contenido de la prestación de trabajo, en función de las necesidades sobrevenidas en la organización producti-

---

<sup>14</sup>.- RIVERO LAMAS, *Modificación de las condiciones de trabajo*, en *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. EDERSA, t. VIII, pág. 138.

<sup>14</sup>.- CRUZ VILLALON, *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social, Madrid, Primera edición, 1983, pág. 20.

<sup>15</sup>.- MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, Duodécima edición, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 348.

<sup>16</sup>.- El art. 39 es el <<precepto delimitador de la prestación debida>>, CRUZ VILLALON, *Las modificaciones ...*, op. cit., pág. 52 y ss.

<sup>17</sup>.- RODRIGUEZ-PIÑERO, *La movilidad del trabajador dentro de la empresa*, DL nº 9/1983, pág. 28.

va>>". Cuando se ejercita este poder se están alterando las obligaciones contractuales mediante modificaciones que, por esta razón, han de ser consideradas sustanciales o esenciales, en la medida en que suponen una excepción a la regla general establecida en el art. 20.1 ET y 1091 CC; y, por otro lado, la figura del *ius variandi* está pensada para cubrir necesidades empresariales temporales, normalmente cualificadas por las notas de urgencia o imprevisibilidad (arts. 23.4 y 35.3 ET y art. 64 páf. segundo LCT), aunque también puede ser ejercitado por razones organizativas o productivas que surgen normalmente en la empresa, en cuyo caso, o viene asegurada la transitoriedad de la medida mediante la fijación *ex lege* de un tiempo máximo (arts. 40.3 y 23.1 ET), o la ley obliga al empresario a que establezca previamente su límite temporal (art. 36.2 ET). La provisionalidad de la modificación permite, no obstante, que pueda ser llevada a cabo de modo unilateral -sin tener que acudir al pacto novatorio con el trabajador- y directo -sin necesidad de que un tercer sujeto, público o colectivo, le autorice para ello-, ya que el perjuicio que pueda causar al trabajador o es inexistente o es perfectamente soportable por su carácter temporal.

1.3. Frente a las modificaciones anteriores, las reguladas en los arts. 40.1 y 41 ET suponen una mayor flexibi-

---

".- RODRIGEZ-PINERO, *La movilidad...*, op. cit., pág. 31. De forma similar, CRUZ VILLALON, *Las modificaciones...*, op. cit., pág. 90.

lidad<sup>19</sup> pues dichos preceptos facultan al empresario para adaptar las condiciones de trabajo a las simples necesidades <<técnicas, organizativas o productivas>> de la actividad productiva sin sujeción a límite temporal. Su finalidad principal es otorgar una mayor libertad para la <<movilidad interna>> del trabajador, concebible como mal menor frente a la <<movilidad externa>>, ya que lo que se pretende es que las necesidades empresariales puedan satisfacerse sin tener que acudir a la extinción de los contratos. Por eso la doctrina interpreta que los arts. 41 y 40 constituyen una garantía para el mantenimiento del empleo, si bien los cambios que permiten repercuten también en la movilidad externa en la medida en que habilitan nuevas formas de extinción de los contratos<sup>20</sup> (arts. 41.3 y 40.2 ET) y, pueden ocasionar un <<despido indirecto>> del trabajador (art. 50.1.a) ET). Con todo, se trata de una <<flexibilidad>> relativa o controlada pues el ejercicio de la facultad empresarial está sometido a la aprobación previa de los representantes legales de los trabajadores o, subsidiariamente, de la Autoridad laboral.

Repárese en que, si una modificación es sustancial cuando <<es de tal naturaleza que altere y transforme la cosa misma [...] pasando a ser otra diferente notoria y claramente de la

---

<sup>19</sup>.- CRUZ VILLALON, *Las modificaciones ... op. cit.*, pág. 217; LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, *La modificación...*, *op. cit.*, pág. 98; y RIVERO LAMAS, "La modificación de condiciones de trabajo en la práctica administrativa y en la jurisprudencia", AL, nº 26/1989, pág. 335.

<sup>20</sup>.- RIVERO LAMAS, *Modificación de las condiciones...*, *op. cit.*, pág. 132.

primitiva>><sup>11</sup>, en principio, comparten aquél calificativo tanto las alteraciones que derivan del ejercicio por el empresario del *ius variandi*, como del poder de modificación previsto en los arts. 41 y 40.1 ET; pero cuando el ET habla de <<modificaciones sustanciales>>, lo hace refiriéndose a estas últimas, para individualizarlas respecto a aquéllas, por lo que, en sentido técnico, sólo habrán de ser consideradas <<sustanciales>> las variaciones esenciales de las condiciones de trabajo que, para su introducción por el empresario de modo unilateral y sin límite temporal, necesitan fundamentarse en razones técnicas, organizativas o productivas y ser aprobadas previamente por los representantes legales de los trabajadores o por la Autoridad laboral.

Repárese además en que si bien la ley presume el carácter no lesivo de las variaciones cuando son temporales, no presume lo contrario cuando aquéllas son definitivas. Prueba de ello es que el perjuicio efectivo ha de ser acreditado, y no de cara a la calificación de la modificación, sino sólo para el ejercicio de la opción resolutoria por el trabajador, por lo que el perjuicio no forma parte del concepto de modificación sustancial<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup>.- ALONSO OLEA, *La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador*, RPS, n.º 126/1980, pág. 142. Del mismo autor, *Un problema cada vez más complejo: La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Separata del Vol. LXV (1989) del Boletín de la Facultad de Derecho de la U. de Coimbra, pág. 11. Son sustanciales las <<modificaciones que afectan en lo esencial a la propia y básica naturaleza del contrato>>, dice la (STS 14 julio 1989, Ar. 5474).

<sup>12</sup>.- En el mismo sentido SALA FRANCO, ALBIOL MONTESINOS, CAMPS RUIZ, GARCIA NINET y LOPEZ GANDIA, *Derecho del Trabajo*, ed. Tirant lo Blanch, 6.ª edición, Valencia, 1991, pág. 449; RAMIREZ MARTINEZ, *La modificación sustancial de las condiciones de*

## 2. EL PROCEDIMIENTO PARA LA INTRODUCCION DE LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES.

### 2.1. LA FINALIDAD DEL REQUISITO PROCEDIMENTAL.

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en señalar que, salvo que la modificación haya sido pactada en convenio colectivo o derive directamente de lo acordado en el mismo<sup>11</sup>, la observancia del procedimiento establecido en los arts. 41.1

---

*trabajo: planteamientos jurisprudenciales*, AL n° 23/1991, pág. 299. No obstante, hay que admitir que toda modificación sustancial es siempre *potencialmente* dañosa para el trabajador, en cuanto que el art. 41 contempla el perjuicio como uno de los posibles efectos de la misma, LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, *La modificación...*, op. cit., págs. 139-143; ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 377.

<sup>11</sup>.- SSTCT 7 febrero 1989 (Ar. 67), 22 noviembre 1988 (Ar. 7218), 25 mayo 1987 (Ar. 10917), 14 abril 1987 (Ar. 9072), 27 febrero 1987 (Ar. 4593) y 11 diciembre 1984 (Ar. 9540). La modificación constituye la ejecución del Plan de Reconversión textil, en STCT 10 noviembre 1988 (Ar.7068); o de <<las previsiones organizativas y de eficacia pactadas con las centrales sindicales del sector>>, en STCT de 20 de abril de 1987 (Ar. 8017); o del <<Plan de viabilidad>> de la empresa aprobado por la mayoría absoluta de los trabajadores y suscrito por el Comité de Empresa y por las centrales sindicales, en STCT de 10 de febrero de 1987 (Ar. 2839). Dudosa la STCT 29 noviembre 1988 (Ar. 7280), en un supuesto de cambios sucesivos de horario justificados en las previsiones de la Ordenanza Laboral aplicable. En contra, RODRIGUEZ-SANUDO GUTIERREZ, *Flexibilización de la jornada de trabajo. Normas legales y normas convenidas*, DL, n° 22/1987, pág. 31, <<No parece que [lo pactado en convenio colectivo] pueda sustituir adecuadamente la exigencia de acuerdo con los representantes de los trabajadores que el [art. 41.1] contiene, [porque] no es lo mismo una negociación entre el empresario y aquellos representantes, en la que se valoran las circunstancias existentes en el momento y se acuerde el contenido y el alcance de una modificación determinada, que un acuerdo general, con pretendida validez para todo el tiempo de vigencia del convenio>>, lo que según este autor, supone <<regular una materia sin el exigido respeto a las leyes a que se refiere el art. 85.1 ET>>. Para un estudio de pactos colectivos de modificación del tiempo de trabajo, ver este mismo autor y obra, págs. 18-28.

y 40.1" constituye un requisito necesario para el ejercicio legítimo por el empresario de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo", pues aunque goza de un poder unilateral de variación -la decisión inicial y final del cambio son exclusivamente suyas- no se trata de un poder incondicionado, sino sujeto en su ejercicio al apoyo del sujeto colectivo o de la Autoridad laboral", por lo que la falta de este trámite

---

".- O del establecido, en su caso, en el convenio colectivo, STSJ Valencia 8 junio 1990 (BJ, vol. III/1990, ref. 530) y STCT 11 junio 1986 (Ar. 5317); siempre que el procedimiento convencional suponga una mejora de los mínimos legales, STCT 13 marzo 1987 (Ar. 7070).

".- Aunque el cambio esté justificado en razones técnicas, organizativas o productivas, STSJ Murcia 8 octubre 1990 (RL, nº 2/1991, pág. 27), y sean acreditadas en juicio, STCT 27 marzo 1989 (Ar. 2119); de lo contrario, <<se sobrepasa el límite habitual del *ius variandi* y se invade el campo de unas condiciones cuya modificación sustancial no es dable sin la garantía que -para paliar las consecuencias de una eventual desigualdad (STCo de 25 de enero de 1983)- representa la comprobación administrativa de la razonabilidad y la justicia de la decisión empresarial>>, STCT 11 octubre 1988 (RL, tomo II/1988, pág.747). En el mismo sentido, STCT 14 julio 1986 (Ar. 6150). No cabe la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, porque como excepción que es del principio *pacta sun servanda*, ha de ser siempre restrictiva, máxime cuando existe el procedimiento del art. 41.1 ET para imponer las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, STCT 9 junio 1986 (Ar. 5310). La aceptación previa de los representantes legales no ha de ser anterior a la decisión modificativa, STCT 9 septiembre 1988 (Ar. 5490).

".- CRUZ VILLALON, *Las modificaciones...*, op. cit. pág. 209 y ss; LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, *La modificación...*, op. cit. págs. 120-121; SAGARDOY BENGOCHEA, *La libertad sindical y los espacios de la autonomía privada*, DL nº 24/1988, pág. 23. MONTOYA MELGAR, *Poder del empresario y movilidad laboral* (REDT nº 38/1989, pág. 169 y ss, que lo califica de poder <<débil>> de modificación, frente al <<fuerte>> de decidir modificaciones <<ordinarias>> (art. 39 ET) o <<excepcionales>> (arts. 23 y 40.3 ET y 64 LCT), en sentido similar, aunque inverso (en función de los efectos de la modificación sustancial), a la STSJ Murcia 2 octubre 1989 (RL nº 1/1990, pág. 85), que diferencia entre un *ius variandi* <<fuerte>> (art. 41 ET) y <<débil>> (art. 39 ET). El acuerdo o autorización tiene efectos *ex nunc*, STCT 27 abril 1988 (Ar. 2888).

procedimental" conlleva la ilegalidad de la variación operada.

La intervención administrativa, exclusiva en los traslados (art. 40.1) y subsidiaria -en defecto del acuerdo con los representantes de los trabajadores- en las modificaciones sustanciales del art. 41", ha sido criticada por un amplio sector de la doctrina porque, a su entender, constituye un residuo del régimen intervencionista anterior" en el que funcionaba como instrumento de sustitución de la negociación colectiva, por lo que su mantenimiento en el actual sistema de relaciones laborales es incoherente y supone una injerencia en la relación jurídico privada, en detrimento de la autonomía individual y colectiva". Sin embargo su presencia cumple dos finalidades: por un lado, proporciona al empresario una respuesta rápida a su propuesta modificativa, evitando situaciones de <<impasse>>" que se producirían de tener que buscar necesariamente el acuerdo; y, por otro, amplía las posibilidades de

---

".- No existe acuerdo con los representantes legales cuando la aceptación no es terminante e incondicionada, SSTCT 24 enero 1989 (Ar. 437); 13 abril 1988 (Ar. 2767); 10 marzo 1988 (Ar. 1994) y 16 de junio de 1986 (Ar. 5324). Ni autorización administrativa si la resolución no es firme, SSTCT 15 junio 1988 (Ar. 4266) y 23 septiembre 1987 (Ar. 19670). En un supuesto de reducción de jornada y salario acordada por el <<Consejo Escolar>>, STSJ Madrid 10 septiembre 1991 (AL nº 44/1991, marg. 1110), ver Nota de MARIN CORREA.

".- SSTCT 13 diciembre 1988 (Ar. 608), 9 septiembre 1988 (Ar. 5490), 12 y 25 marzo 1987 (Ar. 5623 y 5638), 27 julio 1987 (Ar. 16967) y 21 julio 1987 (Ar. 16561).

".- RIVERO LAMAS, *La modificación... op. cit.* pág. 335.

".- CRUZ VILLALON, *Las modificaciones ... op. cit.* págs. 218-219, LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, *La modificación... op. cit.* págs. 106-107.

".- RODRIGUEZ-PINERO, *La movilidad... op. cit.* págs. 45-46.

denuncia de la eventual ilegalidad del acuerdo suscrito por el empresario con el Comité de empresa o los Delegados de personal, ya que, con la vigente LPL, si tras recibir el traslado de dicho acuerdo (art. 2.1 DMSE), la Administración laboral aprecia la existencia de dolo, coacción o abuso de derecho (art. 145.b LPL), deberá iniciar de oficio el proceso correspondiente". Con ello, la ley atribuye a la Administración una competencia fiscalizadora" de la actuación de esos sujetos que ya había sido reclamada en el pasado por la doctrina", y que significa además, la confirmación de la tesis de que la intervención de los representantes legales de los trabajadores y de la autoridad laboral no se limita a controlar tan sólo la veracidad de las causas alegadas por el empresario, sino

---

".- De notable similitud con el proceso de impugnación de los convenios colectivos, BAYLOS GRAU, CRUZ VILLALON y FERNANDEZ LOPEZ, *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, edit. Trotta, 1991, pág. 369. Lo dispuesto en el art. 145.b) LPL significa dos cosas: primera, la derogación del inciso final del art. 2.1 DMSE que, coherentemente con la regulación anterior, limitaba la intervención de la Administración Laboral, en el supuesto de que el empresario consiguiera el acuerdo con los representantes de los trabajadores, a su simple conocimiento; y segunda, que en contra de lo que venía admitiendo la jurisprudencia, no cabe la aceptación tácita por dichos representantes de la propuesta de modificación, ya que, de lo contrario, la Autoridad laboral quedaría imposibilitada para ejercer esa labor de control que le encomienda la LPL.

".- Ejercida esporádicamente en el pasado, pese a la falta de previsión legal, ante supuestos de violación flagrante de normas de derecho necesario, v.gr. RDGT, Exp. 799/1987, RL tomo II/1987, pág. 940, denegando la convalidación de un acuerdo sobre iniciación de la jornada antes de las cuatro de la madrugada.

".- Ante la imposibilidad de impugnación directa del acuerdo por el trabajador o trabajadores afectados, se propugnaba la aplicación analógica del art. 51.5 ET, RODRIGUEZ-PIÑERO, *La movilidad...*, op. cit., pág. 55-56, ; CRUZ VILLALON, *Las modificaciones...*, op. cit., pág. 321-322 y LOPEZ-TARRUELLA, *La modificación...*, op. cit. pág. 167; RIVERO LAMAS, *Modificación...*, op. cit., pág. 181

también sus posibles consecuencias, en especial, el menoscabo que la modificación sustancial pueda ocasionar en los derechos del trabajador a su dignidad y a su formación profesional.

En cuanto a los representantes legales de los trabajadores<sup>11</sup>, no existe una postura unánime en la doctrina a cerca de la naturaleza jurídica del acuerdo que puede derivar de su intervención; así, mientras para algunos autores constituye un convenio impropio<sup>12</sup>, para otros, no es una manifestación de negociación colectiva<sup>13</sup>, porque no existe deber de negociar y porque la posición de fuerza de los representantes legales es relativa<sup>14</sup>, ya que el empresario puede acudir subsidiariamente a la Autoridad laboral. Se trata más bien de una fórmula de participación cercana a la cogestión que podría denominarse <<facultad de veto>><sup>15</sup>, de un derecho de codeterminación <<que se conecta más con la idea de estudio conjunto que con la de negociación>><sup>16</sup>. No obstante, nada impide que se pase del mero informe a la negociación sobre el alcance de la modificación, la selección de los trabajadores afectados, etc, en cuyo caso

---

<sup>11</sup>.- Sobre la constitución válida del Comité de empresa y la adopción de decisiones en el ejercicio de la facultad del art. 41.1 ET, STCT 9 febrero 1987 (Ar. 2706).

<sup>12</sup>.- ALONSO OLEA y BARREIRO GONZALEZ, *El Estatuto de los Trabajadores*, Tercera edición, Cívitas, Madrid, 1991, pág. 190. En este sentido, STCT 6 marzo 1989 (Ar. 1996) y 9 febrero 1987 (Ar. 2706).

<sup>13</sup>.- MONTOYA MELGAR, *Poder del empresario...*, op. cit., págs. 174-175. RIVERO LAMAS, *Modificación...*, op. cit. págs. 178-179.

<sup>14</sup>.- LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, *La modificación...*, op. cit. págs. 179-182.

<sup>15</sup>.- CRUZ VILLALON, *Las modificaciones...* op. cit. págs. 252 y ss.

<sup>16</sup>.- RODRIGUEZ-PIÑERO, *La movilidad...* op. cit. pág. 42.

sí podría calificarse como convenio colectivo atípico o impropio<sup>41</sup>.

Por lo demás, dichos representantes, a parte de la verificación de las causas alegadas por el empresario y del control de las consecuencias de la modificación<sup>42</sup>, tienen encomendada la importante función de la tutela del interés colectivo que es siempre necesaria en las modificaciones sustanciales de alcance o relevancia colectiva. El acuerdo o desacuerdo ha de ser escrito y motivado (art. 2.1-2 DMSE), si bien la jurisprudencia entiende que existe aceptación aunque no sea expresa<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup>.- CRUZ VILLALON y RIVERO LAMAS, ver obras y páginas citadas; o un <<acuerdo distinto de la negociación colectiva estricta>>, MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, Duodécima edición, Tecnos, 1991, pág. 408.

<sup>42</sup>.- <<Los representantes del personal tienen, con arreglo al art. 41.1 ET, la misión de autorizar las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo [...] con la misma amplitud con la que estaba atribuida anteriormente esta competencia a la Autoridad Laboral>>, STCT 5 marzo 1984 (Ar. 2081). Son competentes, por tanto, para aceptar o rechazar una modificación sustancial, pero no para calificarla, por lo que la modificación llevada a cabo infringe el art. 41.1 ET si es sustancial, pese al parecer contrario del Comité de Empresa, STCT 7 julio 1986 (Ar. 7146).

<sup>43</sup>.- El art. 41.1 ET <<no exige [...] a diferencia de cuando recaba la aprobación de la Autoridad Laboral, que exista una expresa solicitud de la empresa y una formal aceptación de los representantes legales, bastando pues que se lleve a cabo la modificación y no se produzca oposición del Comité de Empresa>>, STCT de 12 de mayo de 1987 (Ar. 9774). En el mismo sentido, SSTCT 15 junio 1988 (AL, nº 34/1988, marg. 852) y 13 enero 1987 (Ar. 458) y la STSJ de Madrid 26 febrero 1991 (RL, nº 14/1991, pág. 107).

## 2.2. MODIFICACIONES SUSTANCIALES COLECTIVAS E INDIVIDUALES Y AUTONOMIA INDIVIDUAL DE LA VOLUNTAD.

El carácter colectivo de las condiciones de trabajo listadas en el art. 41 ET -con reservas respecto a la jornada y el horario- y la intervención necesaria de los representantes legales de los trabajadores, son datos que llevan a la conclusión de que las modificaciones que regula son fundamentalmente colectivas. (Los traslados, por el contrario, normalmente afectan a un sólo trabajador y por eso el ET, art. 40.1, prescinde del sujeto colectivo"; sólo cuando adquieren dimensiones colectivas -ejemplo claro es el cambio del centro de trabajo- el ET prevé la participación de la representación del personal (art. 64.1.3.b), si bien a nivel de información activa, previa y preceptiva, pero no vinculante").

El problema está en determinar cuándo estamos ante una modificación colectiva y cuándo ante una modificación individual.

Desde luego son siempre colectivas las modificaciones que afectan a toda la plantilla, o a grupos o a categorías de trabajadores en cuanto tales", pero, debido al fenómeno de <<colectivización de las condiciones individuales>>", especialmente intenso en las grandes empresas, los cambios organiza-

---

".- En el mismo sentido, CRUZ VILLALON, *Las modificaciones* ..., *op. cit.* pág. 232.

".- SALA FRANCO, *Movilidad geográfica, en Comentarios a las Leyes laborales...* *cit.*, Tomo VIII, EDERSA, pág. 106.

".- ALONSO OLEA-BARREIRO GONZALEZ, *El Estatuto.. op, cit.*, pág. 190.

".- CRUZ VILLALON, *Las modificaciones...* *op. cit.* págs. 251-252.

tivos pueden tener relevancia colectiva aunque luego se materialicen en un sólo trabajador, por lo que no importa tanto la dimensión cuantitativa, como la cualitativa", es decir, la relevancia colectiva o individual del cambio, independientemente del número de trabajadores que resultan afectados. Desde este punto de vista, tampoco puede afirmarse, como algún autor ha señalado", que la modificación es colectiva siempre que traiga causa en una decisión empresarial de reorganización técnica, productiva o económica, porque el interés organizativo empresarial no tiene por qué identificarse necesariamente con el interés colectivo de los trabajadores; la prueba está de nuevo en los traslados, que el ET, art. 40.1, supedita a las mismas necesidades organizativas que las previstas en el art. 41, aunque la modificación afecte en exclusiva al interés individual del trabajador".

En consecuencia, si es la presencia del interés colectivo lo que determina la intervención obligatoria del sujeto de la misma naturaleza, sólo cuando la modificación sea individual, esto es, cuando afecte en exclusiva a derechos o intereses de

---

".- En este sentido, RODRIGUEZ-PINERO, *La movilidad...*, op. cit. págs. 41-43; CRUZ VILLALON, *Las modificaciones...*, op. cit. pág. 236; ORTIZ LALLANA, *Movilidad funcional: atribución al trabajador de tareas de categoría inferior a título permanente. Límites y calificación jurídica*, RL, tomo II/1987, págs. 566-569.

".- DURAN LOPEZ y SAEZ LARA, *Autonomía colectiva y autonomía individual en la fijación y modificación de las condiciones de trabajo*, RL, nº 20-21/1991, pág. 117.

".- Y ya en el ejercicio empresarial del *ius variandi*, los desplazamientos (art. 40.3 ET) constituyen igualmente una prueba de la imposibilidad de realizar esa identificación.

un trabajador, singularmente considerado, cabe el recurso a la novación contractual como vía alternativa". Pero eso no significa que no puedan llevarse a cabo modificaciones individuales mediante la aceptación de los representantes legales o la autorización de la Autoridad laboral porque:

En primer lugar, si bien es cierto que los representantes legales <<representan los intereses colectivos [...] y no los singulares de cada trabajador>>", su intervención en el proceso de implantación de las modificaciones sustanciales no se reduce a la tutela de aquellos intereses, sino que además tienen la función de controlar la veracidad de las causas alegadas por el empresario para justificar el cambio pretendido -las concretas razones <<técnicas, organizativas o productivas>>- , así como valorar los posibles efectos que puedan derivar de la puesta en práctica de la modificación".

Y en segundo término, porque sólo las modificaciones no acordadas o unilaterales permiten al trabajador perjudicado

---

".- Ya que el ET <<permite seguir considerando el [cauce] paralelo de la novación contractual como normal [...] y cuya posibilidad jurídica es indiscutible>>, RIVERO LAMAS, *Modificación ...*, op. cit. pág. 134. En el mismo sentido, GARCIA PIQUERAS, *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo mediante el pacto entre las partes afectadas*, AL nº 25/1988, marg. 613, pág. 1401 y ss. Salvo que constituya una renuncia anticipada del trabajador <<producida mediante la aceptación contractual de un libre e incondicionado *ius variandi*>>, STSJ Madrid 21 junio 1991 (Colex, JL, nº 587/1991) y SSTCT 19 mayo 1989 (Ar. 3372), 28 abril 1989 (Ar. 2786), 27 febrero 1989 (Ar. 1314), 25 enero 1989 (Ar. 457), 18 julio 1988 (Ar. 4935) y 9 septiembre 1986. Se declara la validez del pacto novatorio en SSTCT 12 noviembre y 4 junio 1987 (Ar. 24849 y 12257).

".- ALONSO OLEA y BARREIRO GONZALEZ, *El Estatuto...*, op. cit. pág. 190.

".- En sentido similar, SALA FRANCO y LOPEZ-TARRUELLA, *La modificación de la prestación de trabajo*, edit. DEUSTO, pág. 106. Ver también la STS 13 junio 1988 (Ar. 5279).

resolver su contrato, por lo que de exigirse forzosamente el acuerdo en las individuales, se estaría impidiendo el ejercicio de un derecho que la ley establece sin distinciones (arts. 41.3 y 40.2 ET).

En suma, si la modificación es individual, el trabajador es libre para pactar si lo desea con el empresario, en cuyo caso no es necesario que éste acuda al procedimiento establecido en el art. 41.1<sup>o</sup>; pero si las partes no llegan a un acuerdo, eso no impide que la modificación pueda ser aprobada por los representantes legales o la Autoridad laboral<sup>11</sup>. Así lo entiende la jurisprudencia mayoritaria, pues, de lo contrario, habría que entender que la facultad de modificar sustancialmente las condiciones individuales de trabajo, o forma parte del *ius variandi* empresarial<sup>12</sup>, o requiere necesariamente el acuerdo entre las partes; y las dos posturas son desechables, porque donde la ley no distingue el intérprete no está autorizado a distinguir, y porque la rigidez contractual va contra la finalidad del precepto que pretende facilitar la modificación de los contratos para adaptarlos a las necesidades empre-

---

<sup>11</sup>.- STS 13 mayo 1986, Ar. 2538 y SSTCT 19 febrero 1988 (Ar. 1431) y 17 septiembre 1987 (Ar. 19306). En presencia del Delegado de Personal, STCT 28 enero 1986 (Ar. 402). La novación objetiva alcanza a todas las cláusulas modificadas, STS 20 marzo 1991 (Colex, JL, n<sup>o</sup> 261/1991).

<sup>12</sup>.- En este sentido, LOPEZ-TARRUELLA, *La modificación...*, op. cit. págs. 164-167; RIVERO LAMAS, *Modificación...*, op. cit. págs. 145-146; PLANAS PUCHADES, *La modificación...*, op. cit. págs. 101-102. En contra, ALONSO OLEA-BARREIRO GONZALEZ, *El Estatuto...*, op. cit. págs. 190 y 192; CRUZ VILLALON, *Las modificaciones...*, op. cit., págs. 232 a 241; y DURAN LOPEZ y SAEZ LARA, *Autonomía colectiva...*, op. cit. págs. 118 y 125.

<sup>13</sup>.- Es la postura que parece defender la STCT 18 junio 1985 (Ar. 4059).

sariales, con independencia del número de trabajadores que resulten afectados".

No obstante, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo no han quedado fuera del fenómeno que amenaza en la actualidad con descomponer el tradicional predominio de lo colectivo y lo heterónimo sobre lo individual y lo autónomo" y que supone un nuevo retorno -aunque distinto de las experiencias históricas anteriores"- al contrato individual: la <<individualización de las relaciones laborales>>.

Expresión de esta tendencia es, en efecto, la confirmación jurisprudencial del recurso a la autonomía individual para la realización de modificaciones sustanciales de alcance colectivo (en contra de otra corriente paralela ya consolidada que admite únicamente la validez de los acuerdos novatorios cuando no existen representantes unitarios en la empresa"), con base

---

".- En este sentido, STSJ Madrid 12 febrero 1991 (AL nº 28/1991, marg. 693), STS 13 junio 1988 (Ar. 5279) y SSTCT 19 octubre 1988 (Ar. 6193), 23 diciembre 1987 (Ar. 29230), 2 julio 1987 (Ar. 14983), 3 noviembre 1986 (Ar. 10829), 5 marzo 1984 (Ar. 2081) y 19 septiembre 1983 (Ar. 7518). En contra, STCT 15 marzo 1989 (Ar. 2080), <<las modificaciones del art. 41 deben ser colectivas [...] pues la exigencia de aceptación [...] por los representantes legales de los trabajadores está en función de su propio rol de representación de intereses colectivos o de categoría, no de los singulares de cada trabajador>>; y STCT 18 junio 1985 (Ar. 4059).

".- RODRIGUEZ-PINERO, *Negociación colectiva e individualización de las relaciones laborales*, RL nº 20-21/1991, pág. 2.

".- Que busca hoy <<desmontar la igualdad de los trabajadores [...] sobre la que opera el complejo legislativo y convencional colectivo del Derecho del Trabajo tradicional>>, CASAS BAAMONDE, *La individualización de las relaciones laborales*, RL, nº 20-21/1991, pág. 129.

".- Acuerdo que ha de ser unánime, según STCT 16 diciembre 1987 (Ar. 28452) o mayoritario, según las SSTCT 21 julio 1987 (Ar. 16561) y 17 abril 1989 (Ar. 2686). Y que no obsta la solicitud ulterior de la autorización administrativa (STCT 13 febrero

en dos consideraciones: primera, la apariencia formalmente válida de la operación oferta/aceptación realizada para la consecución de esos acuerdos (pues el empresario no impone la modificación, sino que emite una oferta generalizada de libre aceptación o rechazo por los trabajadores); y segunda, el carácter más favorable en cómputo global de la regulación resultante de los mismos<sup>11</sup>.

Como señala la doctrina, al margen de que el recurso a los acuerdos novatorios <<en masa>><sup>12</sup> pueda constituir una conducta antisindical del empresario, por su utilización como mecanismo de fuga de la regulación uniforme del convenio colectivo estatutario<sup>13</sup>, constituye siempre una conducta

---

1987, Ar. 3158). Si existen representantes legales, el voto mayoritario de los trabajadores sólo tiene carácter consultivo STCT de 6 de febrero de 1987 (Ar. 2560), por lo que la modificación realizada sin su intervención es ilegal, ya que <<la autorización mayoritaria de la plantilla no suple los requisitos establecidos en el art. 41.1 ET>>, STCT 5 abril 1988 (Ar. 2702).

<sup>11</sup>.- En contra de lo pactado en convenio colectivo SSTCT 15 marzo 1989 (Ar. 119), dictada a raíz de la STCT 1 julio 1987 (RL, tomo II/1987, pág. 690) declaratoria de la adecuación del procedimiento de conflicto colectivo; 16 y 7 marzo 1988 (RL, tomo II/1988, págs. 576 y 569), y 26 enero 1987 (Ar. 2036); y ante la falta de previsión expresa en el mismo, SSTCT 7 diciembre 1988 (Ar. 605), 22 febrero 1988 (Ar. 80) y 16 enero 1987 (Ar. 458). Jurisprudencia que debe completarse con la recopilada por ESCUDERO RODRIGUEZ, RL, nº 20-21/1991, págs. 176-188. Para los comentarios a estas sentencias, CASAS BAAMONDE y BAYLOS GRAU, *Organización del trabajo y autonomía individual: la <<desregulación>> del convenio colectivo*, RL, tomo I/1988, págs. 171 y ss; y SAEZ LARA, *Los límites de la autonomía individual en la modificación de las condiciones de trabajo*, RL nº 8/1991, pág. 6 y ss.

<sup>12</sup>.- GARCIA-PERROTE, *Autonomía individual "en masa" y anti-sindicalidad*, RL, t. II/1989, pág. 256 y ss.

<sup>13</sup>.- CASAS BAAMONDE y BAYLOS GRAU, *Organización del trabajo...*, op. cit. págs. 171 y 176-177. En contra, SAGARDOY BENGOCHEA, *La libertad sindical...*, op. cit., págs. 25 y ss; del mismo autor, *Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral*, en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, Estudios ofrecidos

<<antirrepresentativa>> o <<anticolectiva>>”, pues elude la intervención de los representantes de los trabajadores, impidiendo que ejerzan una de las competencias que, junto con las otorgadas a los mismos en los supuestos de suspensión y extinción de los contratos, integran el mayor nivel de participación que ostentan en la gestión empresarial”. Y desplaza igualmente a la Administración laboral, de forma que, no es ya que ésta no pueda intervenir -a falta de acuerdo del empresario con los representantes legales- para la autorización o denegación de la modificación. Es que, en el caso de no tener que hacerlo, tampoco puede ejercitar sus competencias fiscalizadoras que la LPL, art. 145.b), le atribuye ni, por ello mismo, iniciar el proceso de oficio en el caso de que los acuerdos se firmaran mediando abuso de derecho, dolo o coacción. Por lo que, no es que resulte difícil entender que el interés general pueda ser algo distinto al deseo manifestado por un grupo más o menos amplio de trabajadores”, sino que, de acuerdo con el art. 63.1 ET, no son los trabajadores individualmente considerados, uno a uno, los sujetos indicados para la protección de dicho interés.

---

por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor MANUEL ALONSO OLEA, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, pág. 284.

“.- CASAS BAAMONDE, *La individualización....*, op. cit., pág. 143.

“.- DURAN LOPEZ y SAEZ LARA, *Autonomía colectiva...*, op. cit., pág. 121.

“.- <<Resulta difícil entender que el interés colectivo pueda ser algo distinto e imponerse al legítimo deseo de la mayoría de miembros que componen el grupo>>, SAGARDOY BENGOCHEA, *La libertad sindical...*, op. cit. pág. 30.

Y respecto al segundo argumento -el carácter más favorable de la nueva regulación derivada de los pactos individuales- se trata en realidad de la utilización de técnicas de compensación que, bajo el <<ropaje efectista del principio de favor>>”, encubren un atentado contra la fuerza vinculante del convenio colectivo incumplido (art. 37.1 CE) mediante su <<desregulación>> por la función reguladora de la autonomía individual”. Como afirma el Tribunal Central de Trabajo en una S de 25 de octubre de 1985”, <<la tesis de que la propuesta empresarial aceptada por determinados trabajadores resulta más ventajosa y beneficiosa que lo pactado en convenio colectivo no puede ser acogida [...porque el art. 3.5] debe interpretarse en el sentido de que el convenio colectivo en bloque es derecho necesario e indisponible respecto del contrato individual, salvo que de su contexto se desprenda lo contrario respecto de alguna de sus cláusulas [...] y, por tanto, su contenido no puede alterarse por pactos individuales propuestos por la empresa; otra cosa supondría desconocer el carácter normativo del convenio colectivo y elevar a mayor rango la voluntad individual sobre la colectiva creadora de la norma>>.

La validez que se otorga a estos pactos novatorios

---

”.- CASAS BAAMONDE, *La individualización... op. cit.* pág. 139.

”.- Ar. 5926.

impide, además el ejercicio por el trabajador de la opción resolutoria que el art. 41.3 reserva para las modificaciones unilaterales, por lo que de salir perjudicado por el cambio, sólo puede resolver el contrato con preaviso y sin indemnización, de acuerdo con la regla del art. 49.4 ET (arts. 1091 y 1262 CC).

### 3. CONDICIONES DE TRABAJO SUSCEPTIBLES DE MODIFICACION SUSTANCIAL.

#### 3.1. LA MODIFICACION DE LAS CONDICIONES REGULADAS EN CONVENIO COLECTIVO.

La cuestión es aquí si sólo son modificables por la vía procedimental del art. 41.1 las condiciones de trabajo de origen contractual o consuetudinario (usos y costumbres de empresa) o también las que tienen su origen en la regulación colectiva. La doctrina ha venido rechazando esta segunda posibilidad<sup>10</sup> por tres razones: en primer lugar, porque de acuerdo con el art. 3.1 ET, ni los representantes legales de los trabajadores, ni la Administración laboral gozan de facultades normativas<sup>11</sup>, por lo que ni aquéllos estarían legitimados para modificar lo pactado en un convenio colectivo mediante un acuerdo con el empresario que no goza de esa misma naturaleza, ni ésta podría tampoco hacerlo sin atentar contra

---

<sup>10</sup>.- Salvo SAGARDOY BENGOCHEA, que opina que el art. 41 permite establecer <<una regulación distinta de las condiciones de trabajo a la establecida en la norma legal o convencional>>, *La libertad sindical...*, op. cit., pág. 24.

<sup>11</sup>.- LOPEZ-TARRUELLA, *La modificación...*, op. cit. pág. 132; CRUZ VILLALON, *Las modificaciones...* op. cit. págs. 247 y 255-256; y RIVERO LAMAS, *Modificación...*, op. cit., págs. 157-159.

el principio de jerarquía normativa. En segundo lugar, porque facilita el surgimiento de conflictos entre las representaciones electivas y sindicales" al poder variar o contradecir aquéllas lo pactado por éstas. Y tercero, porque supone un atentado contra la fuerza vinculante (arts. 37.1 CE y 3 ET) y la eficacia personal general o *erga omnes* (art. 82.3 ET) del convenio colectivo estatutario".

La jurisprudencia, por su parte, no termina de sentar un criterio claro al respecto ya que si en unas ocasiones defiende el carácter normativo y vinculante del convenio colectivo", en otras no opone reparo a su modificación mediante el procedi-

---

".- CASAS BAAMONDE, *La individualización...*, op. cit., pág. 144.

".- CASAS BAAMONDE y BAYLOS GRAU, *Organización del trabajo .....*, op. cit., págs. 170-171; LOPEZ-TARRUELLA, *La modificación...*, op. cit. págs. 216-217. Por el contrario, según DURAN LOPEZ y SAEZ LARA, cabe la modificación de lo pactado en convenio colectivo por razones de *especificidad* o de *temporalidad*, *Autonomía colectiva...*, op. cit., págs. 120-121, y SAEZ LARA, *Los límites...*, op. cit. págs. 9 y ss. Como señala CASAS BAAMONDE, <<el precepto [art. 41.1 ET] juega o no juega como cauce hábil para la modificación de los convenios colectivos>>, *La individualización...*, op. cit. págs. 144-145. Respecto a la aplicación del del art. 41.1 para la modificación de los convenios colectivos <<extraestatutarios>> o impropios, no parece que haya problema, dado que según la jurisprudencia tienen mero carácter contractual. Y en cuanto a las Ordenanzas de trabajo, la jurisprudencia es contradictoria, ver SSTCT 2 enero 1986 y 13 marzo 1987, ésta última comentada por VALDEOLIVAS CARCIA, *Efectos de un pacto de modificación sustancial de condiciones de trabajo sobre la vigencia de una ordenanza laboral*, RL, t. II/1987, pág. 582 y ss.

".- STS (8ª 5ª) 4 mayo 1987 (RL, tomo I/1987, pág. 635), STCT 5 abril 1988 (RL, tomo II/1988, pág. 579) y SSTTS de 15 marzo 1990 y 4 mayo 1987, recogidas en la jurisprudencia seleccionada por ESCUDERO RODRIGUEZ, RL nº 20-21/1991, págs. 198-202. Ver también la RDGT 15 diciembre 1986, Exp. nº 912/1986 (RL, tomo I/1987, pág. 894) denegando la autorización administrativa para la modificación de lo pactado en convenio colectivo, ya que <<desestabilizaría el equilibrio de fuerzas conseguido entre las partes mediante el convenio colectivo>>.

miento del art. 41 ET<sup>14</sup>.

### 3.2. LA MODIFICACION DEL OBJETO DEL CONTRATO: LA MOVILIDAD FUNCIONAL EX ARTICULO 41 ET.

De acuerdo con el concepto técnico-jurídico de modificación sustancial, la movilidad funcional merecería ese calificativo cuando excediese del ejercicio regular del *ius variandi*, es decir, cuando por pretenderse imponer de forma unilateral y con carácter permanente una regresión profesional (art. 23.4) o un cambio lateral fuera del grupo profesional (art. 39 ET), requiriese la aceptación previa de los representantes legales de los trabajadores o la aprobación de la Autoridad laboral.

La doctrina en general<sup>15</sup> defiende la aplicabilidad del procedimiento del art. 41 ET para la modificación sustancial del objeto del contrato (las funciones o tareas a desarrollar), por el continuismo que este precepto representa de la interpretación dominante anterior, ya que si el legislador hubiese querido romper con ella, lo habría hecho de forma expresa, por

---

<sup>14</sup>.- STCT 28 abril 1989 (Ar. 2773), pues <<aun teniendo como tienen los pactos colectivos fuerza vinculante [...] pueden ser objeto de modificaciones cuando éstas se producen de forma adecuada>>.

<sup>15</sup>.- CRUZ VILLALON, *Las modificaciones...*, op. cit. págs. 226-230; LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, *La modificación...*, op. cit. págs. 146-148; RODRIGUEZ-PIÑERO, *La movilidad...*, op. cit., pág. 36-41; RIVERO LAMAS, *La modificación...*, op. cit., pág. 344, y *Modificación...*, op. cit., pág. 169; ALONSO OLEA y BARREIRO GONZALEZ, *El Estatuto...*, op. cit. pág. 184; ORTIZ LALLANA, *Movilidad funcional...*, op. cit., pág. 563-566; VINUESA ALADRO, *Categorías profesionales y ascensos*, en *Comentarios a las leyes laborales... cit.*, tomo V, pág. 326.

ejemplo, expulsando la MF del ámbito de aplicación del art. 41 como lo hace con los traslados (apartado 4), lo que, interpretado en sentido contrario, ofrece una argumentación más a favor de la inclusión de la movilidad funcional, pues viene a decir que sólo los traslados están excluidos<sup>17</sup>. En segundo lugar, porque el término <<condiciones de trabajo>> no se utiliza en el art. 41 ET en sentido estricto o técnico-civil (art. 1203 CC), exclusivista del objeto del contrato, sino en su acepción amplia de conjunto de derechos y deberes contractuales<sup>18</sup>. Y finalmente, porque de acuerdo con una interpretación teleológica del precepto -que apuesta por la movilidad interna frente a la externa- sería ilógico que la movilidad funcional quedara excluida, pues ésta constituye el instrumento por excelencia para la organización de la empresa.

Por su parte, la jurisprudencia, con base fundamentalmen-

---

<sup>17</sup>.- En apoyo de esta argumentación se alega lo dispuesto en el art. 2.4 DMSE: según LOPEZ-TARRUELLA este precepto <<prevé la vía de la negociación colectiva simplemente como una alternativa del procedimiento establecido en el art. 41, con lo que indirectamente se está reconociendo la posibilidad y necesidad del mismo cuando [el pacto colectivo no concorra]>>, *La modificación...*, *op. cit.* pág. 148. De forma similar, RODRIGUEZ-PINERO afirma que <<la existencia de tales pactos [de movilidad funcional] constituye de por sí una alternativa global de juego del propio artículo 41", *La movilidad... op. cit.* pág. 39. Pero de ser tal la interpretación, el art. 2.4 sería ilegal por contravenir lo dispuesto en los arts. 39 y 23 ET que no establecen la necesidad de autorización previa para la movilidad funcional. En cualquier caso, es una norma poco acertada porque no ofrece sino problemas de interpretación. Quizá, como dice ALBIOL MONTESINOS, el legislador sólo pretendió <<incentivar la negociación colectiva en este punto, para dar actuación rápida a lo previsto en la Disposición Transitoria segunda del ET>>, *Causas y efectos de la extinción por el trabajador, en Comentarios a las leyes laborales... cit.*, tomo IX-vol. 1º, pág. 214, nota nº 6.

<sup>18</sup>.- <<no cabe la menor duda de que [el objeto obligacional] merece la calificación de ser la primera y principal de las condiciones en las que se presta el trabajo" CRUZ VILLALON, *Las modificaciones...*, *op. cit.* pág. 226.

te en el carácter enunciativo del listado de materias del art. 41.2, advierte de la posibilidad de acudir al procedimiento previsto en el número 1 de ese precepto" para la asignación indefinida de funciones de inferior categoría" o que excedan de los límites que establece el art. 39 ET", y confirma la licitud de las que cumplen dicho procedimiento".

La quiebra de esta interpretación está en la omisión de la movilidad funcional del grupo de materias <<extintivas>> que recoge el art. 41.3 ET, resultando paradójico que precisamen-

---

".- En cuyo caso, habrán de ser probadas las razones técnicas, organizativas y productivas a que dicho precepto hace referencia, STSJ Madrid 17 abril 1990 (AL nº 38/1990, marg. 862); La autorización administrativa ha de ser previa a la modificación, STCT de 27 abril 1988 (Ar. 2888). En supuestos de movilidad funcional autorizada por la autoridad laboral, ver SSTCT de 15 febrero 1988 (Ar. 1411) y 23 julio 1986 (Ar. 6817); y de acuerdo con los representantes legales de los trabajadores, STS 20 enero 1987 (Ar. 87) y SSTCT 24 enero 1989 (Ar. 437), 23 diciembre 1987 (Ar. 29230) y 10 febrero 1987 (Ar. 2839); acuerdo que ha de ejecutarse en sus propios términos, pues si no constituye una modificación sustancial ilegal, STCT 10 marzo 1988 (Ar. 1944). En cambio, si el empresario <<actúa conforme a la ley o amparado por ella, no precisa acreditar la concurrencia de ningún otro requisito o condicionamiento que convalide o justifique su actuación>>, STCT 10 febrero 1989 (Ar. 1185).

".- STSJ Santander 26 enero 1990 (RL nº 8/1990, pág. 107); STCT 3 diciembre 1988 (Ar. 8041), 11 noviembre 1988 (Ar. 7072), 15 junio 1988 (Ar. 4254), 14 enero 1988 (Ar. 711), 26 octubre 1987 (Ar. 22913), 2 julio 1987 (Ar. 14983), 5 marzo 1986 (Ar. 1442).

".- Cfr. STCT 27 abril 1988 (Ar. 2888); porque supone la asignación de funciones profesionalmente distintas, SSTCT 24 enero 1989 (Ar. 437) y 13 abril 1988 (Ar. 2767); o que hacen notablemente más onerosa la prestación del trabajador, STCT 3 diciembre 1988 (Ar. 8039); o que están incluidas en grupo profesional diferente, SSTCT 20 julio 1988 (Ar. 4962), 10 marzo 1988 (Ar. 1994) y 22 diciembre 1986 (Ar. 14397).

".- SSTCT 15 febrero 1988 (Ar. 1411) y 23 diciembre 1987 (Ar. 29230). En aplicación del <<Plan de viabilidad de la empresa>>, STCT 10 febrero 1987 (Ar. 2839).

te los cambios que pueden resultar más perjudiciales para el trabajador no permitan a éste la resolución indemnizada del contrato de trabajo. Se dice entonces que, pese a lo que diga el precepto, también en las modificaciones funcionales implantadas a través del procedimiento del art. 41.1 cabe el ejercicio de la opción resolutoria", ya que si no la única alternativa para evitar la desprotección del trabajador sería la aplicación del art. 50.1.a) ET. Pero la interpretación extensiva a supuestos no incluidos expresamente en el art. 41.3 resulta, cuando menos, forzada y, de hecho no existe ningún pronunciamiento judicial a su favor, porque la lista es taxativa: sólo la modificación de la jornada, el horario y el turno de trabajo permiten la extinción indemnizada del contrato de trabajo.

En consecuencia, la modificación sustancial de las funciones asignadas al trabajador no constituye causa justa de extinción del art. 41.3; o, mejor dicho, en estos casos, no es ésta la vía más adecuada para ello. Porque la ley no permite la movilidad funcional más allá de los límites del *ius variandi*, ya que el respeto a los derechos de promoción y formación profesional que reconoce el art. 4.2. b) ET, constituye un límite al ejercicio de la facultad", y su transgresión por el empresario supone siempre un incumplimiento contractual

---

".- CRUZ VILLALON, *Las modificaciones ...*, op. cit. pág. 229; y RODRIGUEZ-PINERO, *La movilidad...* op. cit. págs. 58-59.

".- LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, *La modificación...*, op. cit., págs. 221-223.

grave del art. 50.1.a) ET<sup>41</sup>. Por esta razón, ni los representantes legales de los trabajadores ni la Autoridad laboral pueden aprobar ni autorizar una modificación sustancial a sabiendas de que perjudica gravemente la formación profesional del trabajador; es más, de ser acordada por los representantes de los trabajadores, la Administración laboral debería iniciar el procedimiento de oficio, de acuerdo con lo previsto en la LPL, art. 145.b). No obstante, acordado o autorizado el cambio funcional -y, con mayor razón, si no acordado ni autorizado-, puede el trabajador ejercitar la acción del art. 50.1.a) ET para la extinción del contrato.

Cuestión distinta es que con motivo de la variación funcional, el empresario modifique sustancialmente otras condiciones de trabajo, supuesto en que sí es necesario el seguimiento del trámite procedimental establecido en el art. 41.1 ET<sup>42</sup>, ya que la facultad que la ley otorga al empresario de modalizar los contratos de trabajo en su aspecto funcional, tiene como límite general el respeto a las demás condiciones de trabajo que no pueden ser modificadas unilateralmente con el pretexto del cambio funcional. En estos casos el trabajador cuenta con las mismas opciones que si la modificación sustan-

---

<sup>41</sup>.- CRUZ VILLALON, *Las modificaciones...*, op. cit. pág. 229; y VINUESA ALADRO, *Categorías profesionales...*, op. cit. pág. 326.

<sup>42</sup>.- En este sentido, ver la STS 11 marzo 1991 (AL nº 36/1991, marg. 868). En contra, la STCT 8 noviembre 1988 (AL nº 4/1989, marg. 85) declara que entra dentro del poder de dirección del centro hospitalario, el cambio de puesto que provoca la modificación del turno de trabajo del personal laboral a su servicio; igualmente, la STS 17 julio 1986 (Ar. 4181) afirma la legalidad de la movilidad funcional porque sólo produce <<moles-tias>> al trabajador por el cambio de jornada. No es necesario seguir los trámites del art. 41.1 si la modificación es aceptada voluntariamente por el trabajador, STCT 22 mayo 1986 (Ar. 3565).

cial se produjera de forma aislada, con la particularidad añadida de que la movilidad funcional realizada de acuerdo con las garantías legales y, en su caso, convencionales, conserva su eficacia", aunque no faltan sentencias que califican el cambio funcional así implantado, como modificación sustancial de las condiciones de trabajo".

### 3.3. LA MODIFICACION DE CONDICIONES MAS BENEFICIOSAS.

Es doctrina consolidada que, conforme a los arts. 3.1.c) ET y 9.2 LCT, las condiciones laborales que tienen su origen en una concesión unilateral y voluntaria del empleador", se incorporan, por la regularidad de su disfrute y su persistencia en el tiempo, al nexo contractual, de forma que su supresión o modificación sólo puede realizarse mediante acuerdo entre las partes". Sin embargo, la jurisprudencia admite la

---

".- SSTS 26 julio 1990 (Ar. 6483) y 17 noviembre 1986 (Ar. 6462) y STCT 30 junio 1986 (Ar. 5264). La movilidad funcional es eficaz salvo que el trabajador solicite y obtenga la extinción del contrato, como ocurre en las SSTCT 12 enero 1988 (RL, t. I/1988, pág. 658) y 19 noviembre 1983 (Ar. 9849).

".- Es el caso de las SSTCT 3 diciembre 1988 (Ar. 8039), 28 septiembre 1988 (Ar. 5637), 20 julio 1988 (Ar. 4963) y 24 julio 1987 (Ar. 16922). Con más motivo si la condición de trabajo modificada constituía un derecho adquirido, STCT 15 julio 1987 (Ar. 16093).

".- No si su disfrute es debido a que <<el empresario se creía obligado a ello y no a la intención de conceder un beneficio>>, STCT 22 octubre 1986 (Ar. 10039), o a <<situaciones meramente toleradas o consentidas, aún de modo reiterado y prolongado en el tiempo [...] ya que la condición más beneficiosa no puede aflorar por la vía de la mayor condescendencia o situación tolerada>>, STS 14 enero 1991 (Colex, JL, nº 8/1991).

".- SAN 1 julio 1991 (AL, nº 47/1991, marg. 1187), SSTS 29 mayo 1991 (Colex, JL, nº 642/1991) y 9 noviembre 1989 (Ar. 8029) y SSTCT 28 febrero 1989 (Ar. 1315), 15 noviembre 1988 (Ar. 7137), 28 septiembre 1988 (Ar. 5621), 29 junio 1988 (Ar. 326), 3 y 2 marzo 1988 (Ar. 1965 y 1955), 25 noviembre 1987 (Ar. 26268), 16

utilización del art. 41 como procedimiento adecuado para la modificación de las condiciones más beneficiosas<sup>11</sup>, salvo que su neutralización venga dada por imperativo legal -en cuyo caso la modificación o supresión es automática<sup>12</sup>- o por norma establecida colectivamente, siempre que sea más favorable y se trate de materias homogéneas<sup>13</sup>.

---

julio 1987 (Ar. 16210), 17 julio 1987 (Ar.13490), 4 mayo 1987 (Ar. 9140), 14 abril 1987 (Ar. 9071), 27 marzo 1987 (Ar. 6709), 19 febrero 1987 (Ar. 4566), 16 febrero 1987 (Ar. 3224), 15 diciembre 1986 (Ar. 14637), 5 diciembre 1986 (Ar. 13543), 3 diciembre 1986 (Ar. 14616), 27 noviembre 1986 (Ar. 12805), 16 octubre 1986 (Ar. 9671), 1 abril 1986 (Ar. 2964) y 25 noviembre 1985 (Ar. 6662). Lo contrario, dice la STCT 2 marzo 1988 (Ar. 1955) <<sería incurrir en una grave alteración de las condiciones de trabajo con evidente abuso de de derecho por parte del empresario>>. Aunque haya habido subrogación empresarial (STCT 12 febrero 1988, Ar. 1405), o sea para adecuar la jornada semanal a la pactada en convenio colectivo, si ello supone la pérdida del beneficio de libranza de los miércoles por la tarde (STCT 9 febrero 1988, Ar. 64) o la ampliación de la jornada reducida (STCT 7 enero 1988, Ar. 667); o aunque con ello se intente dar aplicación a una norma posterior (STCT 31 octubre 1986, Ar. 10683). El respeto a la condición más beneficiosa no supone una desigualdad discriminatoria porque no es "irracional" (STCT 9 diciembre 1987, Ar. 27543). El acuerdo es válido siempre que no constituya <<una pura renuncia a un derecho sin compensación a cambio, vedada por el art. 3.5 ET>>, STCT 29 diciembre 1987 (Ar. 29664), y STCT de 6 de octubre de 1988 (Ar. 6122).

<sup>11</sup>.- SSTCT 9 febrero 1988 (Ar. 64), 23 noviembre y 22 junio y 21 enero 1987 (Ar. 26774, 13643 y 1160); y 15 diciembre, 9 octubre y 17 junio 1986 (Ar. 14637, 9232 y 4525). En contra, STCT 20 noviembre 1987 (Ar. 25752), <<si las normas generales establecidas en los convenios colectivos tienen que respetar las condiciones más beneficiosas obtenidas a título personal, con mayor razón ha de mantenerse ese respeto en los pactos del art. 41 ET>>. Sobre el tema, MARTINEZ CALCERRADA, *Vías de extinción-modificación de la condición más beneficiosa*, RL, tomo II/1988, pág. 284 y ss.

<sup>12</sup>.- SSTCT 29 septiembre y 3 junio 1987 (Ar. 20232 y 12126).

<sup>13</sup>.- SSTCT 22 mayo 1989 (Ar. 3389), 30 junio 1988 (Ar. 4281) y 5 febrero 1988 (Ar. 1359); en caso contrario, el convenio colectivo ha de respetar las condiciones más beneficiosas, SSTCT 3 mayo 1989 (Ar. 196) y las que cita, 22 diciembre 1987 (Ar. 29068), 4 febrero 1987 (Ar. 2320), 11 septiembre 1986 (Ar. 7634) y 25 febrero 1986 (Ar. 1213); aunque los convenios colectivos se impongan como obligatorios, ya que no pueden lesionar o descono-

## II. LAS VIAS DE EXTINCION POR MODIFICACION SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO: ENUMERACION Y CARACTERIZACION.

El ET pone a disposición del trabajador tres vías para la resolución indemnizada de la relación contractual (arts. 41.3, 40.2 y 50.1.a), que tienen como presupuesto común la existencia de una modificación previa de las condiciones de trabajo de carácter sustancial, unilateral y lesivo:

*Sustancial*, porque las modificaciones no sustanciales (en sentido técnico) forman parte del poder de dirección o del *ius variandi* empresarial. La apreciación de la sustancialidad corresponde en primera instancia al trabajador -sujeto activo de la extinción y pasivo de la modificación- y posteriormente al juez quien, forzosamente en los supuestos del art. 50.1.a) y eventualmente en los de los arts. 41.3 y 40.2, habrá de confirmarla en función de las circunstancias particulares del caso concreto.

---

cer situaciones mas ventajosas que hayan sido ganadas o reconocidas a título individual, SSTCT 29 enero 1988 (Ar. 841) y 3 diciembre 1986 (Ar. 13081) o aunque la facultad empresarial de modificación estuviera pactada en convenio, si el turno del trabajador constituía una condición más beneficiosa (STCT 15 julio 1987, Ar. 16093). En contra SSTCT 1 julio de 1988 (Ar. 4832), STCT de 25 mayo 1988 (Ar. 254) y 30 noviembre 1987 (Ar. 26580). Se produce la absorción y compensación por convenio colectivo en SSTCT 22 febrero 1989 (Ar. 1290), 1 julio 1988 (Ar. 4832), 1 octubre 1987 (Ar. 23642), 4 febrero 1987 (Ar. 2332), 3 febrero 1987 (Ar. 2220), 11 junio 1986 (Ar. 5317), 18 abril 1986 (2986), 3 abril 1986 (Ar. 2970), 4 marzo 1986 (Ar. 1413) y 28 febrero 1986 (Ar. 1295). Si se produce la compensación no cabe la acumulación, SSTCT 18 noviembre 1987 (Ar. 26761), 5 de noviembre 1987 (-2 SS-Ar. 24268 y 24274), 24 abril 1986 (Ar. 2763) y 4 marzo 1986 (Ar. 1413). No si la condición más beneficiosa constituye un derecho personalísimo, STCT 27 febrero 1986 (Ar. 1285), <<ya que la representación de los trabajadores afecta a éstos como grupo>>, STCT 15 julio 1987 (Ar. 16093). Sobre la absorción y compensación de la condición más beneficiosa, RODRIGUEZ-PINERO ROYO, *La condición más beneficiosa*, DL, n° 33/1991, págs, 55 y ss.

*Unilateral*, porque la modificación debe ser impuesta por el empresario sin el consentimiento previo del trabajador (art. 1262 y 1258 CC), ya que, de haber acuerdo, la modificación sustancial supone la ejecución del pacto novatorio (arts. 1203 y 1255 CC) y, por tanto, la de lo establecido en el contrato de trabajo (arts. 1091 y 1278 CC). En consecuencia, no cabe tras la novación ni el ejercicio de la opción resolutoria de los arts. 41.3 ó 40.2, ni el de la acción extintiva del art. 50.1.a); respecto a la primera, porque la aceptación de la modificación conlleva la de sus posibles efectos, entre ellos, su eventual dañosidad<sup>44</sup>; y respecto a la segunda, porque no podría alegarse la existencia de un incumplimiento contractual cuando se está dando cumplimiento a lo convenido entre las partes<sup>45</sup>. Sólo en el caso de que el consentimiento del trabajador sea nulo por error, violencia, intimidación o dolo (art. 1265 CC) o porque suponga renuncia a un derecho necesario y, por ello indisponible (art. 3.5 ET), cabe el ejercicio de la acción de nulidad de acuerdo con el art. 1300 y ss del CC.

Distinta de la aceptación inicial es la posterior de la modificación unilateralmente decidida. En estos casos, no es

---

<sup>44</sup>.- Sin embargo, algunos autores no descartan el ejercicio de la opción del art. 41.3 tras el acuerdo novatorio, ALONSO OLEA y BARREIRO GONZALEZ, *El Estatuto...*, op. cit. págs. 192 y 236; y ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, cit. pág. 376. El ejercicio de la acción resolutoria es posible si la modificación, aunque aceptada previamente por el trabajador, es acordada después con el Comité de empresa, STCT 28 febrero 1989 (AL n° 18/1989, marg. 471), pues la modificación se proce mediante el procedimiento del art. 41.1 ET.

<sup>45</sup>.- La conclusión podría ser otra si interpretado el art. 50.1.a) de forma aislada respecto al resto del precepto, es decir, como causa objetiva independiente de la concurrencia o no de un incumplimiento del empresario, que, como veremos, es la postura mantenida por algunos autores.

el consentimiento del trabajador lo que legitima al empresario para la introducción del cambio, sino los representantes legales de los trabajadores o la Autoridad laboral mediante su aprobación o autorización", por lo que el sometimiento del trabajador a la modificación impuesta sólo puede interpretarse como una renuncia al ejercicio de la opción resolutoria que le ofrecen los arts. 41.3 y 40.2, según los casos, pero eso no impide que si resulta perjudicado en su formación profesional o en su dignidad, pueda accionar contra el empresario solicitando la extinción del contrato de acuerdo con el art. 50.1.a) ET.

Y *lesivo*, porque en caso contrario, ni existe causa justa para extinguir el contrato, ni nace la obligación de indemnizar que, según la jurisprudencia, tiene la misma naturaleza que la civil de daños y perjuicios, por lo que el perjuicio debe concurrir y además ha de ser acreditado por el trabajador, tanto si es de carácter simple (art. 41.3), como si de carácter cualificado (art. 50.1.a). Excepción a la regla general son los traslados respecto a los cuáles, la ley presume la existencia del perjuicio, siempre que el supuesto de hecho sea el de la norma, esto es, que se trate de una variación geográfica del puesto de trabajo que conlleve el cambio definitivo de la residencia habitual del trabajador (art. 40.1 ET).

Si el perjuicio es simple o no cualificado, la concurren-

---

".- <<Desde la perspectiva del trabajador afectado, la modificación es unilateral y le viene impuesta por la decisión empresarial aunque ésta cuente para su legitimidad con el presupuesto necesario, pero externo, de la aceptación o autorización>>, RODRIGUEZ-PINERO, *La movilidad...*, op. cit. págs. 53-54.

cia de la causa extintiva se hace depender además del tipo de condición modificada, de forma que únicamente las condiciones de lugar y tiempo establecidas en los arts. 40.1 y 41.2.a), b) y c) ET, dan derecho al trabajador al ejercicio de la opción resolutoria. La modificación sustancial que no afecte a esas materias ha de ser soportada por el trabajador pese a su eventual dañosidad, salvo que su impugnación sea posible por omisión del procedimiento legalmente previsto, o lesione la formación profesional o la dignidad del trabajador, en cuyo caso éste puede ejercitar la acción extintiva prevista en el art. 50.1.a) ET.

Por lo demás es jurisprudencia reiterada que los arts. 41.3, 40.2 y 50.1.a) incluyen tanto las modificaciones autorizadas como las no cumplen ese requisito. La legitimidad del empresario para la introducción de la modificación sustancial ni entorpece, cuando existe, el ejercicio de la facultad resolutoria, ni exime, cuando no existe, de la carga de acreditar la concurrencia del perjuicio.

Respecto a lo primero, porque la modificación puede ser perjudicial aunque haya sido acordada con los representantes legales o autorizada por la Autoridad laboral: como señala la doctrina, es más probable que una modificación no aprobada ni autorizada mediante el procedimiento establecido en los arts. 41.1 y 40.1 produzca esos perjuicios, que una que haya sido realizada con su cumplimiento", dado que en este último caso

---

".- Hay opiniones para todos los gustos: el supuesto del art. 50.1.a) es <<difícilmente concebible, dado que la modificación es aceptada o autorizada>> ALONSO OLEA y BARREIRO GONZALEZ, *El Estatuto... op. cit.* pág. 236; <<incoherente, pues parte de la base de una modificación lesiva permitida por los representan-

los representantes legales de los trabajadores y la Autoridad laboral actúan a modo de filtro, impidiendo que modificaciones que pueden ser gravemente dañosas para los derechos del trabajador puedan ser implantadas lícitamente. Pero la realidad demuestra que, pese a todo, se producen; y de ahí la previsión legal.

Respecto a lo segundo, porque es el perjuicio que produce la modificación, y no la falta de ese procedimiento, lo que justifica que el trabajador pueda extinguir el contrato de trabajo: el incumplimiento contractual que supone la imposición ilícita de una modificación sustancial, no basta para justificar la extinción del contrato, porque ni produce por sí mismo el perjuicio que exigen los arts. 41.3 y 50.1.a), ni alcanza por sí sólo la gravedad que sería necesaria para la aplicación de la cláusula genérica del art. 50.1.c)"', por lo que la simple

---

tes de los trabajadores o por la Administración>>, MONTOYA MELGAR *Derecho del Trabajo*, cit. pág. 409; <<el art. 50.1.a), al hablar de modificaciones sustanciales, está contemplando básicamente las no autorizadas ni aceptadas>>, RODRIGUEZ PINERO *La movilidad... op. cit.*, pág. 58; por su parte CRUZ VILLALON, *La resolución contractual...*, *op. cit.*, pág. 454 y RIVERO LAMAS, *La modificación... op. cit.* pág. 346, opinan que cabe la autorización de modificaciones sustanciales que perjudiquen la formación profesional del trabajador, pero no su dignidad, supuesto que es siempre ilícito. Por último, LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, *La modificación... op. cit.* págs. 236 y ss, y DURAN LOPEZ, *Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido*, RL, nº 11/1990, pág. 15, piensan que el art. 50.1.a) se refiere sólo a las modificaciones debidamente autorizadas, debido a la remisión del 41.3 y a que las no autorizadas constituyen un incumplimiento contractual del art. 50.1.c).

".- En contra de la opinión que algunos autores mantienen: las modificaciones ilícitas constituyen un incumplimiento contractual grave según LOPEZ-TARRUELLA, *La modificación...*, *op. cit.* pág. 232; CRUZ VILLALON, *La resolución contractual...*, *op. cit.* pág. 454; y GARCIA FERNANDEZ, *La terminación...*, *op. cit.*, pág. 98. Con reservas (<<si alcanza la suficiente gravedad>>)

falta de acuerdo o autorización sólo da derecho al ejercicio legítimo por el trabajador del *ius resistentiae*<sup>11</sup>, o a la reposición de las condiciones anteriores a la modificación<sup>12</sup> si impugnada ésta en tiempo y forma, sin perjuicio de que además el empresario pueda ser sancionado por la falta tipificada como grave en el art. 7.4 LISOS.

De acuerdo con lo dicho, cabe establecer el siguiente esquema, siempre dentro de las modificaciones sustanciales, unilaterales y lesivas:

A) Si el perjuicio es de carácter simple o no cualificado: resolución contractual con la indemnización de veinte días de salario por año de servicio con un máximo de nueve mensualidades (art. 41.3 ET), si la condición modificada es la jornada, horario o el turno de trabajo; o con la indemnización establecida para la extinción autorizada por causas tecnológicas o económicas (art. 40.2 en relación con el 51.10 ET), si la condición modificada es el lugar de trabajo y conlleva el

---

DURAN LOPEZ, *Resolución del contrato...op. cit.*, pág. 16.

".- <<Posibilidad inexistente cuando la modificación es autorizada, donde sólo cabe la opción indemnizatoria o el cumplimiento de lo ordenado>>, STCT 6 octubre 1987 (Ar. 20815). El despido por esta causa es improcedente, STS 24 septiembre 1985 (Ar. 4358).

<sup>12</sup>.- STSJ Murcia 8 octubre 1990 (RL nº 2/1991, pág. 27); SSTCT 27 marzo 1989 (Ar. 2119); 7 diciembre 1988 (Ar. 608); 10 noviembre 1988 (Ar. 7062); 11 octubre 1988 (Ar. 4547); 28 septiembre 1988 (Ar. 5637); 20 y 19 julio 1988 (Ar. 4963 y 4939); 25 mayo 1988 (Ar. 3568); 13 abril 1988 (Ar. 2767); 6 abril 1988 (Ar. 2707); 24 marzo 1988 (Ar. 2087); 25 enero 1988 (Ar. 30); 3 octubre 1987 (Ar. 20615); 24 julio 1987 (Ar. 16922); 27, 19 y 13 mayo 1987 (Ar. 11346, 10338 y 9981); 7 abril 1987 (Ar. 7578); 16 diciembre 1986 (Ar. 13912); 22 noviembre 1986 (Ar. 12168); 9 junio 1986 (Ar. 5310); 21 abril 1986 (Ar. 2990) y 4 febrero 1986 (Ar. 629).

cambio de residencia.

B) Si el perjuicio es cualificado por afectar a la formación profesional o a la dignidad del trabajador: resolución contractual con la indemnización del despido improcedente (art. 50.1.a) y 2), cualquiera que sea la condición modificada.

### III. LAS CAUSAS EN CONCRETO.

#### 1. LA LESION POR MODIFICACION SUSTANCIAL DE LA JORNADA, HORARIO O DEL TURNO DE TRABAJO.

##### 1.1. LOS PRESUPUESTOS SUSTANTIVOS PARA EL EJERCICIO DE LA OPCION RESOLUTORIA DEL ARTICULO 41.3 ET.

Dentro de las condiciones de trabajo modificables, el art. 41.3 ET diferencia entre materias <<extintivas>> (jornada, horario y turno de trabajo) y <<no extintivas>> (el resto de las condiciones, listadas o no listadas) de forma que sólo la modificación sustancial, unilateral y lesiva de aquéllas legitima al trabajador para el ejercicio de la facultad resolutoria prevista en el precepto.

La exclusión<sup>111</sup> podría deberse a la presunción del legislador del carácter no lesivo de las modificaciones que no sean de tiempo de trabajo. Pero no parece que ésta sea la razón, ya que, por un lado, tampoco establece el precepto la

---

<sup>111</sup>.- La doctrina muestra su perplejidad ante una diferencia de tratamiento <<que no parece explicable>>, CRUZ VILLALON, *Las modificaciones...*, op. cit. pág. 331; <<Cabe preguntar por qué esta limitación de supuestos>>, MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo, cit.*, pág. 409. Sin embargo, a GARCIA FERNANDEZ le parece lógico ya que las variaciones de los sistemas de remuneración y de trabajo y rendimiento <<están vinculadas a la evolución de las técnicas productivas>>, *La terminación...*, op. cit. pág. 98.

presunción contraria cuando la condición modificada es la jornada, el horario o el turno de trabajo -supuestos en los que el perjuicio ha de ser acreditado para causar derecho a la indemnización-; y, por otro, el art. 50.1.a) ET incluye todo tipo de condiciones de trabajo, por lo que cabe que modificaciones que no tienen acceso al régimen extintivo del 41.3, puedan ser causa de extinción conforme al art. 50 porque perjudiquen la formación profesional o menoscaben la dignidad del trabajador. Quizá la opción legislativa se deba a la intención de reducir las posibilidades extintivas por modificaciones colectivas, dado que el perjuicio exigido en el art. 41.3 es de carácter individual. En cualquier caso, la exclusión de la movilidad funcional del elenco de las condiciones <<extintivas>> previstas en el art. 41.3 obedece a motivos particulares, pues la modificación sustancial de las funciones asignadas al trabajador produce siempre un perjuicio de carácter cualificado, por lo que esta causa tiene acceso directo a la vía extintiva del art. 50.1.a) ET.

En cuanto al perjuicio que debe concurrir para la resolución contractual, el art. 41.3 sólo dice que el trabajador ha de resultar perjudicado por la modificación sustancial, sin precisar ni su naturaleza ni su gravedad. No obstante, de la amplitud de su redacción y de la remisión que realiza al art. 50.1.a), puede deducirse que la lesividad requerida en aquel precepto puede ir referida a cualquier otra cosa que no sea la formación profesional o la dignidad del trabajador, y que si bien ha de tener la entidad suficiente para poder ser apreciada, no ha de alcanzar el nivel de

gravedad requerido en los incumplimientos del art. 50, ya que de afectar a aquéllas materias o ser de carácter grave, la indemnización sería la prevista en el art. 50.2 y no la más reducida del art. 41.3 (veinte días de salario por año de servicio con un máximo de nueve mensualidades).

El daño exigido es pues de carácter simple o no cualificado y de naturaleza amplia, ya que puede incidir tanto en el ámbito laboral como en el personal del trabajador<sup>102</sup>, siempre que sea acreditado en juicio<sup>103</sup>, si bien en ocasiones la importancia del cambio pone en evidencia no sólo su carácter sustancial, sino también su dañosidad, liberando al trabajador de la

---

<sup>102</sup>.- En el laboral, porque la reducción de jornada suponga una disminución de los ingresos (SSTCT 1 febrero y 25 enero 1989, Ar. 1324 y 445); y en el personal, porque la ampliación de la jornada repercute en la <<organización familiar y educativa>>, STS 18 diciembre 1989 (Ar. 9042); o porque la modificación horaria obligue al trabajador a <<retrasar ostensiblemente su vuelta al hogar>>, STCT 10 febrero 1988 (Ar. 1526); o perjudique al trabajador por sus <<condiciones personales y familiares>>, STCT 26 enero 1988 (Ar. 933); o por sus <<obligaciones familiares>>, STCT 7 octubre 1986 (Ar. 9003); o impida el mantenimiento de la situación de pluriempleo, SSTS 11, 9 y 2 junio 1987 (Ar. 4334, 4318 y 4107) y STCT 3 febrero 1987 (Ar. 2183); o porque la modificación de la jornada impida al trabajador cuidar a su hijo parálítico, STCT de 11 de diciembre de 1984 (Ar. 9540).

<sup>103</sup>.- Ya que <<el calificativo de sustancial [...] sólo trasciende a su tratamiento y consecuencias [indemnizatorias] si el trabajador resulta perjudicado y logra probarlo adecuadamente>>, SSTCT 1 diciembre 1987 (Ar. 26817) y 15 marzo 1987 (RL, t. I/1988, pág. 734); pues <<es claro que, aún presumible [el perjuicio] con carácter general, dada la habitualidad del pluriempleo, este extremo, por su naturaleza constitutiva de la acción ejercitada, debe así constar como materia probada en el resultando correspondiente>>, STS 13 marzo 1986 (Ar. 1319); En el mismo sentido, STS de 8 de febrero de 1991 (Colex, JL, nº 29/1991) y STCT 19 noviembre 1987 (Ar. 25599). No existe perjuicio si la alteración del descanso semanal que conlleva el cambio de turno es compensada con mejoras económicas y de días de descanso porque, en su conjunto, las condiciones de trabajo son más favorables que las anteriores, STCT 2 diciembre 1986 (Ar. 12894).

carga de la prueba<sup>144</sup>.

## 1.2. MODIFICACIONES SUSTANCIALES Y READMISION <<IRREGULAR>>.

Es doctrina reiterada que la reincorporación al trabajo tras la declaración de improcedencia o nulidad del despido debe realizarse en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido (art. 110.1 LPL), ya que en caso contrario, la readmisión es <<irregular>><sup>145</sup> y puede el trabajador solicitar la ejecución de la sentencia de acuerdo con lo establecido en los arts. 276 y ss LPL<sup>146</sup>. Sin embargo, la readmisión en condiciones distintas se considera a veces que constituye una modificación sustancial de las condiciones de

---

<sup>144</sup>.- Es el caso de la STCT 6 octubre de 1987 (RL, t. I/1988, pág. 460), cambio de una jornada desde las 14 a las 21 h. por otra desde las 20 h. a las 3 de la madrugada; y de la STCT 12 enero 1988 (RL, t. I/1988, pág. 658), en un supuesto de movilidad funcional que conlleva el cambio de horario.

<sup>145</sup>.- Se califica irregular la readmisión producida con modificación de las funciones y de lugar de trabajo (STSJ Madrid 5 julio 1991, AL nº 38/1991, marg. 943); con modificación de la jornada, horario y reducción de las funciones (STCT 4 abril 1989, Ar. 2793), con modificación horaria (STCT 12 mayo 1987, Ar. 9795).

<sup>146</sup>.- Existe una doctrina jurisprudencial correctora de la exigencia de la obligación para adaptarla a la situación hecho existente en el momento de su cumplimiento y al uso correcto de las facultades directivas del empresario, STS 19 febrero 1991 (RL nº 11/1991, pág. 53), STSJ Extremadura 31 julio 1990 (AL nº 5/1991, marg. 133) y las SSTCT 4 abril 1989 (Ar. 2793) y las que cita; 15 marzo 1988 (AL, nº 20/1988, marg. 494); 15 marzo 1987 (RL, tomo I/1988, pág. 734); 8 abril 1986 (Ar. 2261). Sin embargo, la readmisión sin el abono de los salarios de tramitación siempre se califica (impropiamente) como irregular, STSJ Madrid, 8 enero 1991 (Colex, JL, nº 132/1991) y SSTCT 16 mayo 1989 (Ar. 3511), 23 junio 1987 (Ar. 13853), 26 y 12 mayo 1987 (Ar. 1144 y 9794), 18 y 17 febrero 1987 (Ar. 35306 y 3275) y 21 enero 1987 (Ar. 1131).

trabajo<sup>117</sup>, lo que, además de provocar una criticable inseguridad jurídica por la falta de utilización de un criterio definido, burla las previsiones legislativas que establecen para estos casos un procedimiento especial -el de ejecución de sentencia firme de despido- así como, de mantenerse esta doctrina, las medidas que introduce la LPL como garantía para la ejecución de la sentencia en sus propios términos, en los supuestos especiales previstos en el art. 279 LPL (arts. 280-282 de la misma ley)<sup>118</sup>.

Lo anterior no quiere decir que todas las variaciones que se produzcan tras el retorno al trabajo después de un despido hayan de ser constitutivas de una readmisión irregular. Lógicamente, en este caso ha de tenerse en cuenta el momento en que se producen las modificaciones para lo cual, salvo mejor criterio, hay que estar a los plazos que el art. 276 LPL establece para el ejercicio de la acción de ejecución, y más exactamente, al plazo de tres meses desde la firmeza de la sentencia que señala como máximo dicho precepto en su número 2, por lo que sólo cuando haya transcurrido ese periodo de tiempo cabe la aplicación del art. 41 o, en su caso, del art.

---

<sup>117</sup>.- El cambio de horario producido tras la readmisión constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo <<que, si perjudicaba al trabajador, podía haber ejercitado la acción rescisoria del art. 41.3 ET>>, SSTCT 15 marzo 1988 (RL, tomo II/1988, pág. 576) y 15 marzo 1987 (RL, tomo I/1988, pág. 734). Se admite esa misma posibilidad, pero no se aprecia el carácter sustancial de la modificación en SSTCT 23 junio 1987 (Ar. 13871) y 23 diciembre 1986 (Ar. 14473). El traslado realizado tras la reanudación de la relación debió seguir los requisitos del art. 40 ET, dice la STS 24 diciembre 1990 (Colex, JL n° 1766/1991).

<sup>118</sup>.- En el mismo sentido, GARCIA FERNANDEZ opina que <<no cabe aplicar preceptos establecidos para situaciones bien distintas>>, *La terminación...*, op. cit. pág. 89.

50.1.a) ET<sup>100</sup>.

## 2. EL TRASLADO DEL TRABAJADOR.

### 2.1. CONCEPTO DE TRASLADO Y AMBITO DE APLICACION DEL ARTICULO 40.1 ET.

Si la movilidad geográfica consiste en <<el cambio a un lugar de trabajo distinto del habitual>><sup>100</sup>, el traslado, en sentido propio, tiene lugar cuando la movilidad geográfica implica el cambio indefinido o superior a un año, de la residencia habitual del trabajador (art. 40.1 ET).

La concurrencia de esos dos componentes caracterizadores (cambio de residencia y larga duración) determina el carácter sustancial de la modificación y justifica la exigencia de los requisitos causales y procedimentales establecidos en el precepto; de forma que si la movilidad geográfica, aun con variación de residencia, se realiza por un periodo de corta duración (inferior a un año), es una manifestación del *ius variandi* empresarial (art. 40.3 ET), y si tiene carácter indefinido, pero permite al trabajador el mantenimiento de su

---

<sup>100</sup>.- Por eso es errónea la interpretación de la STCT 8 abril 1986 (Ar. 2261) que deduce la existencia de aceptación tácita del cambio funcional por el mero transcurso de nueve días desde la readmisión. Y acertada (de acuerdo con la LPL anterior, art. 209, páf. 3º) la STCT 14 marzo 1989 (Ar. 2203) que aplica el art. 50.1.a) por modificaciones acaecidas dos meses después de la readmisión. Ver también la STCT 12 mayo 1987 (Ar. 9795). La LPL no establece el plazo para solicitar la ejecución de sentencia en los supuestos especiales del art. 279.1, por lo que habrá que estar a los previstos en los supuestos ordinarios (art. 276.1), BAYLOS GRAU, CRUZ VILLALON y FERNANDEZ LOPEZ, *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, cit. pág. 558; de <<dudosa aplicación>> para ALONSO OLEA y MIÑAMBRES PUIG, *Derecho procesal del Trabajo*, Cívitas, Madrid, 1991, pág. 314.

<sup>101</sup>.- SALA FRANCO, *Movilidad geográfica*, cit, pág. 64.

residencia habitual, constituye un supuesto de movilidad funcional incluido dentro del poder de dirección (art. 39 ET).

Por otro lado, el art. 40.1 regula sólo los traslados forzosos o unilaterales, por lo que quedan excluidos de su ámbito de aplicación los realizados mediante acuerdo novatorio (expreso) de las partes o en virtud de cláusula contractual establecida previamente en el contrato<sup>111</sup>, si bien la jurisprudencia considera nulas dichas cláusulas cuando suponen una renuncia de derecho necesario, como es el caso de la aceptación por el trabajador de la movilidad geográfica a discreción del empresario<sup>112</sup> (salvo que el trabajador haya sido contratado específicamente para ello, por tratarse de una empresa con centros de trabajos móviles o itinerantes<sup>113</sup>, pues constituye un

---

<sup>111</sup>.- En cuyo caso hay que estar a lo convenido entre las partes, SSTS 1 diciembre 1987 (Ar. 8802) y 9 febrero 1987 (Ar. 805) y SSTCT 12 diciembre 1986 y 18 marzo 1986 (Ar. 1819). El traslado acordado es válido aunque suponga el cambio de categoría profesional, porque el pacto es eficaz en su totalidad, STSJ Murcia 18 octubre 1990 (AL nº 19/1991, mag. 264). La solicitud de traslado conlleva el tácito asentimiento a todas las condiciones laborales del puesto de destino, STCT 26 enero 1988 (Ar. 809). En virtud de concurso, SSTCT 18 enero 1988 (Ar. 737) y 23 noviembre 1987 (Ar. 25930).

<sup>112</sup>.- <<Las amplias facultades que se reserva la empresa para destinar al contratado a cualquiera de sus oficinas o dependencias, vulnera claramente el art. 40 ET [...]. Es evidente, por tanto, que al aceptar los trabajadores afectados la referida cláusula, sin que se les ofreciera otra opción que la de rechazar su contratación, lo hicieron con renuncia de derechos que encuentran reconocimiento en normas de carácter necesario>>, STCT 26 enero 1987 (RL t. II/1988, pág. 564). Es válida la cláusula contractual acordando el traslado con motivo de la prórroga del contrato temporal, STS 30 septiembre 1989 (Ar. 6562).

<sup>113</sup>.- En cuyo caso, la movilidad geográfica constituye una <<circunstancia principal del contrato>>, GARCIA NINET, *Comentarios al art. 40 del Estatuto de los Trabajadores, en Comentarios a la Ley 8/1980 de 10 de marzo*, (AA. VV), EDERSA, Madrid, 1981, pág. 287. En este sentido, SSTCT 16 noviembre 1988 (Ar. 7144),

supuesto expresamente excluido por el precepto).

Por último, el traslado debe responder a necesidades <<técnicas, organizativas o productivas>> de la empresa, por lo que quedan excluidos del precepto los traslados-sanción, producto del ejercicio por el empresario de su poder disciplinario<sup>114</sup>.

## 2.2. LOS PRESUPUESTOS SUSTANTIVOS PARA EL EJERCICIO DE LA OPCION RESOLUTORIA DEL ARTICULO 40.2 ET.

A diferencia de las modificaciones sustanciales previstas en el art. 41 ET, el art. 40.2 no exige la prueba del perjuicio para la concurrencia de la causa de extinción, que se presume *iuris et de iure* una vez demostrada la existencia misma del traslado. La razón del distinto tratamiento no es otra que la constatación de la realidad por el legislador, pues el cambio permanente de residencia habitual es virtualmente lesivo para el trabajador<sup>115</sup>, mientras que los efectos de una

---

20 octubre 1988 (Ar. 6204), 13 abril 1988 (Ar. 165), STCT 1 octubre 1987 (Ar. 20248), 4 julio 1986 (Ar. 7142) y 25 febrero 1986 (Ar. 1245). Salvo que dicho extremo no haya sido alegado en la demanda, STS 24 diciembre 1990, (Colex, JL, nº 1766/1991).

<sup>114</sup>.- STS 14 julio 1989 (Ar. 5473) y 14 julio 1986 (Ar. 4120). Pero si la sanción ha sido cumplida y es anulada por el juez con posterioridad, el traslado ha de considerarse forzoso, STCT 28 abril 1987 (Ar. 8708).

<sup>115</sup>.- En el mismo sentido CRUZ VILLALON, *Las modificaciones .... op. cit.* pág. 330. <<El hecho de que [los traslados] sean tipificados [...] como sanciones disciplinarias, resulta suficientemente demostrativo [...] de lo onerosa que pueda resultar para un trabajador tal medida unilateralmente dispuesta por el empresario>>, SALA FRANCO, *Movilidad geográfica, cit.* pág. 66. Sin embargo, en los desplazamientos, la ley no otorga relevancia jurídica al perjuicio por su temporalidad, como ocurre en general con todos los supuestos de ejercicio del *ius variandi* empresarial.

modificación de jornada, horario o turno de trabajo pueden ser neutrales, (de ahí que en éstas se exija la acreditación del perjuicio para causar derecho a la indemnización). No lo explica, por el contrario, el hecho de que el art. 41, a diferencia del 40.1, <<esté diseñado para las modificaciones colectivas>><sup>116</sup>, porque, con independencia de que los traslados también pueden ser colectivos, la opción resolutoria del art. 41.3 es ejercitable tanto por modificaciones sustanciales colectivas como individuales.

Se trata, en consecuencia, de un perjuicio objetivado por la ley que, al igual que en las modificaciones sustanciales del art. 41, existe con independencia de que el cambio haya sido o no autorizado previamente por la Administración laboral<sup>117</sup>, de forma que la ilegalidad del traslado, no impide el ejercicio de la opción resolutoria del art. 40.2<sup>118</sup> (a parte de que, por tratarse de una orden ilícita, puede ser desobedecida por el trabajador<sup>119</sup> y denunciada a la Inspección de Trabajo a efectos

---

<sup>116</sup>.- CRUZ VILLALON, *Las modificaciones...* op. cit. pág. 330.

<sup>117</sup>.- O por el Comité de empresa, STCT 5 mayo 1987 (Ar. 9239).

<sup>118</sup>.- El traslado es causa de extinción <<si autorizado administrativamente y, a fortiori, si no ha mediado autorización>>, ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, cit. pág. 492.

<sup>119</sup>.- Ver ALONSO OLEA y BARREIRO GONZALEZ, *El Estatuto...* op. cit. pág. 186; y STS 7 marzo 1986 (Ar. 1277). Es igualmente ilícita la orden empresarial de desplazamiento que omite los datos fundamentales, como el puesto de trabajo a desempeñar, el periodo de tiempo de la incorporación o los gastos y dietas a percibir, por lo que su desobediencia tampoco constituye causa de despido, SSTS 5 junio 1990 (Ar. 5018) y 16 marzo 1991 (Colex, JL n° 438/1991). La movilidad geográfica que no conlleva el cambio de residencia ha de estar también justificada, STCT 5 octubre 1988 (Ar. 6105). Ver asimismo la jurisprudencia recopilada por PEDERAJAS MORENO, *Traslados y obediencia debida del trabajador; criterios jurisprudenciales* (AL n° 33/1990, XXXVI, pág. 381).

su punibilidad por infracción laboral grave del art. 7.4 LIS, ya que aunque ese precepto no se refiere a los traslados, el art. 41.4 se remite expresamente a las normas específicas reguladoras de aquéllos y además, el supuesto de hecho encaja perfectamente en el tipificado por la ley<sup>100</sup>). Ni lo impide tampoco que el traslado sea colectivo, supuesto éste que requiere, además de la autorización administrativa prevista en el art. 40.1<sup>101</sup>, el informe previo, aunque no vinculante, de los representantes legales de los trabajadores (art. 64.1.3.b) ET), lo que no es obstáculo para que estos representantes lleguen a un acuerdo con el empresario<sup>102</sup>, en cuyo caso es dudoso que la intervención de la Autoridad laboral sea necesaria.

Se considera que existe cambio de residencia <<tanto si es materialmente imposible mantenerla, como si es notablemente gravoso>><sup>103</sup>, aunque ésta no se produzca en la práctica<sup>104</sup>. El problema está en determinar cuándo tienen lugar esas circunstancias pues el art. 40 no establece ninguna regla al respecto y

---

<sup>100</sup>.- COLLADO LUIS, *La movilidad geográfica del trabajador* (I), (AL, nº 36/1991, (XXXIX) pág. 456, nota 72).

<sup>101</sup>.- En contra, SALA FRANCO y LOPEZ-TARRUELLA, *La modificación...*, *op. cit.* pág. 141.

<sup>102</sup>.- En un supuesto de acuerdo de movilidad geográfica con el Comité de empresa, SSTCT 13 marzo 1987 (RL, tomo I/1987, pág. 683).

<sup>103</sup>.- ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, *cit.* pág. 237.

<sup>104</sup>.- SSTCT 20 enero 1988 (Ar. 762) y 15 septiembre 1987 (Ar. 19111).

el criterio del cambio de localidad<sup>114</sup> que suele utilizar la jurisprudencia no siempre es suficiente (v.gr. si la empresa facilita el transporte al nuevo centro de trabajo, o si el traslado se produce a municipio distinto pero más próximo al domicilio de trabajador<sup>115</sup>, o si, por el contrario, es un centro de trabajo ubicado en las afueras de una gran ciudad) por lo que habrá que estar al análisis individualizado de las situaciones que se planteen en cada caso concreto, de acuerdo con el criterio del <<trabajador medio>><sup>117</sup>.

En cuanto a la duración del cambio, el art. 40.3 establece un periodo máximo de un año para los desplazamientos, por lo que transcurrido ese plazo debe entenderse que la necesidad empresarial es permanente y que, en consecuencia, se trata de un traslado<sup>118</sup>. Fuera de este supuesto, la naturaleza indefinida de la movilidad geográfica se acredita por la ausencia de límite temporal que es lo que, en definitiva, diferencia los

---

<sup>114</sup>.- STSJ Madrid 8 enero 1991 (AL nº 18/1991, marg. 447), SSTTS 7 julio 1987 (Ar. 5106) y 12 febrero 1990 (Ar. 903), y STCT 26 enero 1987 (RL tomo II/1988, pág. 564).

<sup>115</sup>.- Coinciden el nuevo destino con el lugar de residencia habitual en STSJ Andalucía 17 junio 1991 (AL nº 43/1991, marg. 1067).

<sup>116</sup>.- CRUZ VILLALON, *La movilidad geográfica del trabajador y su nuevo régimen legal*, RPS, nº 125, pág. 95.

<sup>117</sup>.- En este sentido, MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit. pág. 412; SALA FRANCO, *Movilidad geográfica*, cit. pág. 72. En contra, STS 5 noviembre 1986 (Ar. 5279), <<el precepto no impide ni prohíbe que el desplazamiento sea superior a ese plazo de un año, pues puede convenir a la empresa tener ese régimen a fin de evitar las consecuencias inherentes al traslado>>. El límite de un año es renunciable por el trabajador, ALONSO OLEA y BARREIRO GONZALEZ, *El estatuto ... op. cit.* pág. 187.

traslados de los desplazamiento<sup>111</sup>.

### 3. EL PERJUICIO EN LA FORMACION PROFESIONAL O EN LA DIGNIDAD DEL TRABAJADOR COMO CONSECUENCIA DE LA MODIFICACION SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO.

De acuerdo con el art. 50.1.a) ET, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, sean colectivas o individuales, lícitas o ilícitas, e independientemente de la materia a la que afecten, que redunden en perjuicio de [la] formación profesional o en menoscabo de [la] dignidad>> del trabajador constituyen causa justa para la extinción indemnizada del contrato de trabajo.

Formación profesional y dignidad, son derechos laborales del trabajador reconocidos en el art. 4.2 letras b y e) ET. El perjuicio a la formación profesional se produce cuando la modificación entorpece <<las posibilidades de promoción generales y dentro de la empresa>><sup>110</sup>. Es decir, el art. 50.1.a) protege la formación profesional en sus dos vertientes, la subjetiva o externa al contrato (art. 22 ET) y las perspectivas de promoción profesional interna del trabajador<sup>111</sup>, por lo que la causa extintiva concurre siempre que la modificación

---

<sup>110</sup>.- Ver SSTTS 5 junio 1990 (Ar. 5018) y 7 julio 1987 (Ar. 5106) y STCT 10 mayo 1989 (Ar. 3272).

<sup>110</sup>.- ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, op. cit. pág. 489.

<sup>111</sup>.- STS 12 noviembre 1990 (Ar. 8566). CRUZ VILLALON, *La resolución ... op. cit.* pág. 458; y LOPEZ TARRUELLA MARTINEZ, *La modificación sustancial... op. cit.* págs. 222-223. <<la promoción en el trabajo es un derecho del trabajador [...] del que deriva el del ascenso y desempeño de las funciones propias o de categoría superior como supuesto normal en el art. 23>>, STSJ Cantabria 12 junio 1990 (RL nº 22/1990, pág. 74).

sustancial impida el ejercicio de esos derechos. De forma concreta, la jurisprudencia aprecia la existencia del perjuicio cuando el cambio funcional produce la pérdida de la propia especialización<sup>133</sup>; supone la asignación al trabajador de funciones que no son profesionalmente equivalentes entre sí<sup>134</sup>; o constituye una regresión profesional no causal ni temporal<sup>135</sup>.

Una modificación sustancial atenta contra la dignidad del trabajador cuando constituye <<una ofensa a su honorabilidad y al valor que de sí mismo tenga o ante los demás logre>><sup>136</sup>; o <<un notorio deterioro del prestigio profesional, laboral, social y económico>><sup>137</sup>; o cuando tras la modificación no se encomienda al trabajador actividad alguna<sup>138</sup>, o la actividad encomendada constituye una <<discriminación vejatoria>><sup>139</sup>. En todo caso, se trata de un criterio ambiguo, que introduce una considerable dosis de subjetividad para la determinación de su

---

<sup>133</sup>.- Porque dificulta o impide el desarrollo de los conocimientos técnicos especializados, STSJ País Vasco 26 febrero 1991 (Colex, JL nº 304/1991) y STS 9 abril 1990 (Ar. 3432).

<sup>134</sup>.- SSTS 11 marzo 1991 (AL nº 36/1991, marg. 868) y 15 marzo 1991 (Colex, JL nº 303/1991), y STSJ Madrid 8 enero 1991 (Al nº 18/1991, marg. 447).

<sup>135</sup>.- STSJ Madrid 19 febrero 1991 (Al nº 31/1991, marg. 764) y SSTS 14 mayo y 31 enero 1991 (Colex, JL nº 588 y 454/1991), entre otras muchas.

<sup>136</sup>.- De nuevo, la STSJ País Vasco de 26 febrero 1991 citada.

<sup>137</sup>.- STS 29 enero 1990 (Ar. 229).

<sup>138</sup>.- <<Ya que ofensivo es claramente recibir un salario sin trabajar y sin que en ello exista una razonable justificación>>, STS 12 diciembre 1989 (Ar. 8957); y SSTS 17 septiembre 1990 (Ar. 7015), 11 octubre 1989 (Ar. 7167) y 30 septiembre 1987 (Ar. 6439).

<sup>139</sup>.- STS 19 diciembre 1988 (Ar. 9854).

presencia<sup>100</sup>, aunque precisamente eso es lo que permite su utilización de una forma más flexible y amplia, apreciándose su existencia en situaciones que no suponen técnicamente un atentado contra la dignidad del trabajador, como es el caso de la asignación de funciones de inferior categoría<sup>101</sup>), ya que ningún trabajo es en sí mismo degradante o vejatorio.

Se diferencia esta causa de la de los arts. 41.3 y 40.2, en que la actuación empresarial no es simplemente lesiva, sino que por atentar contra esos derechos (formación profesional y dignidad), constituye un incumplimiento contractual grave del empresario, por lo que es la presencia de este incumplimiento el elemento delimitador de la aplicación de esos preceptos.

Los autores que rechazan esta tesis<sup>101</sup> es porque, partiendo de la interpretación jurisprudencial de los arts. 41.3, 40.2 y 50.1.a), llegan a la conclusión de que, por un lado, los referidos arts. 41.3 y 40.2 incluyen también incumplimientos contractuales (las modificaciones sustanciales ilícitas); y, por otro, que el art. 50.1.a) se aplica a modificaciones lícitas que no suponen, dicen, un incumplimiento contractual (las modificaciones sustanciales autorizadas que perjudican la

---

<sup>100</sup>.- CRUZ VILLALON, *La resolución contractual... op. cit.* pág. 459.

<sup>101</sup>.- Por ejemplo, STSJ Madrid 19 junio 1990 (AL nº 1/1991, marg. 19) y SSTs 21 marzo 1990 -dos sentencias- (Ar. 2211 y 2208) y 22 febrero 1988 (Ar. 750).

<sup>101</sup>.- Señaladamente, CRUZ VILLALON, *La resolución..., op. cit.* pág. 450 y ss.

formación profesional)<sup>141</sup>; por tanto, no es la existencia de un incumplimiento contractual, sino la gravedad del perjuicio lo que determina la elección del precepto aplicable.

La primera conclusión es cierta; pero ello se debe a que la licitud o ilicitud de la modificación sustancial no es relevante a efectos extintivos. Como se dijo en otro lugar<sup>142</sup>, aunque la imposición unilateral de una modificación sustancial no autorizada constituye un incumplimiento contractual, no alcanza por sí mismo la gravedad requerida en el art. 50, por lo que sólo cuando dicho incumplimiento perjudica al trabajador, existe causa justa para resolver, de acuerdo con el repetido art. 50, si el perjuicio es grave, o con los arts. 41 y 40, si es de carácter simple. En cuanto a la segunda conclusión -la aplicación del art. 50.1.a) a las modificaciones sustanciales autorizadas que lesionan la formación profesional del trabajador- ello es así sencillamente porque constituyen un incumplimiento contractual grave del empresario; su legitimidad, avalada por la aquiescencia de los representantes legales o de la Autoridad laboral, no impide que la modificación implantada cause el perjuicio referido, y es éste, y no la licitud o ilicitud de la modificación lo que decide la aplicación del precepto. Por lo demás, es ésta la consecuencia de la posibilidad de acudir al procedimiento del art. 41.1 para realizar

---

<sup>141</sup>.- En el mismo sentido, RIVERO LAMAS, *La modificación...*, op. cit. pág. 346; y DURAN LOPEZ, *Resolución del contrato...*, op. cit. págs. 15 y 16. El argumento se completa con una tercera conclusión: que hay incumplimientos contractuales graves que no legitiman al trabajador para el ejercicio de la acción del art. 50 (las modificaciones sustanciales ilícitas), CRUZ VILLALON, *La resolución...*, op. cit., págs. cit.

<sup>142</sup>.- Ver *supra* punto II de este Capítulo.

lícitamente cambios funcionales que transgreden los límites de los arts. 39 y 23.4 ET.

Por consiguiente, es cierto que la gravedad del perjuicio delimita la aplicación de los preceptos; pero no lo es menos que los perjuicios que se recogen en el art. 50.1.a) ET constituyen un incumplimiento grave del empresario de sus obligaciones contractuales; ambos criterios se complementan o significan lo mismo.

La causa juega cuando el perjuicio alegado es constatado por el juez en el proceso correspondiente<sup>144</sup>, lo que no ofrece especial dificultad cuando el cambio sustancial se realiza en las funciones encomendadas al trabajador ya que, en buena lógica, la aplicación del art. 50.1.a) ET viene dada por la demostración de que el empresario no observó alguna de las limitaciones que los arts. 39 y 23.4 establecen como garantía de los derechos profesionales<sup>145</sup>. Es ésta, en definitiva, una

---

<sup>144</sup>.- Conforme al art. 1214 CC, corresponde al trabajador la prueba del perjuicio, SSTS 8 noviembre 1990 (Ar. 8562) y 10 marzo 1990 (Ar. 2046).

<sup>145</sup>.- SSTS 15 marzo 1991 (Colex, JL, nº 303/1991); <<de la comparación entre las funciones realizadas por el actor antes y después de la variación se desprende inequívocamente que se trata de una modificación esencial de las condiciones de trabajo en evidente detrimento de la formación profesional del trabajador>>, 11 marzo 1991 (AL nº 36/1991, marg. 868); el perjuicio a la formación profesional <<es evidente porque la empresa no dió la oportunidad al trabajador de adquirir conocimientos de informática>>, STSJ Madrid 19 febrero 1991 (AL nº 31/1991, marg. 764); <<el perjuicio a la formación profesional que puede justificar la resolución del contrato de trabajo es, según jurisprudencia reiterada, el que deriva de la degradación profesional>>, STS 3 diciembre 1990 (Ar. 9748). Por aplicación del art. 1214 CC, corresponde al trabajador acreditar las nuevas tareas realizadas <<a fin de que, valorando su importancia, deducir si está justificada o no la resolución pretendida con fundamento en el art. 50.1.a) ET>>, STS 15 junio 1989 (AL, nº 38/1989, marg.

modificación sustancial cualificada desde su nacimiento por la lesión de esos derechos, que se presume, salvo prueba en contrario que acredite el carácter voluntario u ocasional de la modificación<sup>146</sup>. Sin embargo, en el resto de las modificaciones sustanciales el perjuicio no deriva naturalmente de la sustancialidad del cambio, por lo que ha de ser debidamente acreditado, ya que en caso contrario, no existe acción para resolver.

Concurriendo el perjuicio en la formación profesional o en la dignidad, concurre la gravedad también, porque ésta forma parte del tipo legalmente previsto, de forma que o se lesiona el derecho, o no; pero no cabe realizar una graduación del perjuicio cuando alguno de esos derechos resultan afectados. Por eso, no se puede decir, en contra de la doctrina manifestada en algunas sentencias, que la viabilidad de la extinción depende de la existencia de un grave incumplimiento de las obligaciones contractuales que cause (además) un perjuicio para la formación profesional o la dignidad del trabajador, como requisitos diferentes y acumulativos<sup>147</sup>, porque lo que se tiene por segundo requisito supone, en realidad, la definición o descripción del primero.

Por el contrario, la culpabilidad sí supone una condición

---

1009). Si la movilidad funcional se realiza de acuerdo con los límites legales se presume su legitimidad, STSJ Madrid 19 febrero 1991 (Colex, JL nº 175/1991), STCT 20 mayo 1986 (Ar. 3483) y STS 26 noviembre 1990 (AL nº 21/1991, marg. 506).

<sup>146</sup>.- La carga de la prueba es, en cambio, del trabajador cuando la movilidad funcional no transgrede las repetidas limitaciones, STS 8 noviembre 1990 (RL nº 3/1991, pág. 41)

<sup>147</sup>.- Es el caso de la STS 31 mayo 1991 (Colex, JL nº 617/1991),

añadida que no viene recogida en el tipo. La exigencia de ese requisito ha venido dividiendo a la jurisprudencia, ya que mientras un sector entiende que la voluntariedad o la intención dañosa <<no es estrictamente indispensable para la estimación de [la acción resolutoria]>>, sino sólo <<una circunstancia a tener en cuenta para la valoración de la conducta empresarial>><sup>140</sup>, otro sector, mediante una aplicación analógica de los requisitos exigidos para el despido disciplinario, mantiene que no basta con la existencia objetiva del incumplimiento contractual (grave), sino que además es necesario que éste sea culpable, <<que suponga un deliberado enfrentamiento a la continuidad de la relación laboral>><sup>141</sup>, o una <<voluntad empresarial rebelde al cumplimiento>><sup>142</sup>, por lo que la estimación del incumplimiento previsto en el art. 50.1.a) <<no debe realizarse con aplicación objetiva y mecanicista de la norma, sino subjetiva y gradualísticamente>><sup>143</sup>.

---

<sup>140</sup>.- STS 31 enero 1991 (Colex, JL nº 454/1991). <<Por cuanto al incumplimiento empresarial acompaña, o éste implica, la infracción grave del deber de buena fe y el abuso del poder de dirección>>, ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, cit. pág. 490. Ver STSJ Madrid 8 enero 1991 (AL nº 18/1991, marg. 447), <<al margen de las vacilaciones de la doctrina en cuanto a la exigencia de la culpabilidad del empresario o meramente la existencia objetiva del incumplimiento, en lo que no existe duda alguna es en que el incumplimiento del empresario debe ser grave>>.

<sup>141</sup>.- SSTs 17 enero 1991 (AL nº 28/1991, marg. 678), 4 diciembre 1990 (Ar. 9752) y 11 abril 1988 (Ar. 2944).

<sup>142</sup>.- STS 26 noviembre 1990 (Ar. 8605). Aunque algunas sentencias lo consideran requisito alternativo a la existencia de <<un hecho obstativo que, al impedir la continuidad del contrato, frustre el normal fin de aquél>>, SSTs 3 mayo 1990 (Ar. 3948) y 28 octubre 1989 (Ar. 7455).

<sup>143</sup>.- STS 20 junio 1990 (Ar. 5496).

El estudio ordenado de los distintos supuestos de aplicación del precepto, de las causas concretas que integran la genérica recogida en el art. 50.1.a) ET, obliga a separar dos grupos diferenciados de situaciones: por un lado, los cambios funcionales impuestos fuera de los límites establecidos en el ET, señaladamente, movilidad funcional extragrupo y la asignación de tareas profesionalmente distintas a las original o habitualmente realizadas por el trabajador (supuestos ambos de violación del art. 39 ET) y las degradaciones profesionales con carácter permanente (art. 23.4 ET). Y, por otro lado, el resto de las modificaciones sustanciales que, por las circunstancias especiales del caso concreto, perjudiquen la formación profesional o la dignidad del trabajador.

### 3.1. EL EJERCICIO ABUSIVO DE LA FACULTAD DE MOVILIDAD FUNCIONAL.

#### 3.1.1. LA MOVILIDAD FUNCIONAL <<EXTRAGRUPPO>> Y LA FALTA DE EQUIVALENCIA PROFESIONAL ENTRE LAS FUNCIONES HABITUALES Y LAS ASIGNADAS AL TRABAJADOR.

Si la movilidad funcional es <<el cambio de las funciones habitualmente prestadas por el trabajador>><sup>111</sup> el art. 39 ET establece que podrá ser realizada por el empresario siempre que tenga lugar <<en el seno de la empresa>>, no perjudique <<los derechos económicos y profesionales del trabajador>>, respete las limitaciones <<exigidas por las titulaciones académicas>>.

---

<sup>111</sup>.- SALA FRANCO, *La movilidad funcional en el Derecho español*, RL n<sup>o</sup> 6-7/1990, pág. 97. O <<los cambios en el contenido de la prestación de trabajo, de la actividad o las tareas del trabajador que tienen su origen en una iniciativa empresarial>>, RODRIGUEZ PIÑERO, *La movilidad... op. cit.* pág. 14.

micas o profesionales precisas para la prestación laboral>> y <<la pertenencia al grupo profesional>>"" . De estas limitaciones, sólo el quebrantamiento de los derechos profesionales del trabajador y la vulneración de la prohibición de rebasar el grupo profesional, pueden causar derecho a la extinción del contrato por la causa del art. 50.1.a) ET, ya que las reducciones salariales"" sólo dan derecho a la reclamación de la canti-

---

"".- Además, es contraria a Derecho la movilidad funcional que atenta contra el principio general de buena fé contractual, STS 27 noviembre 1989 (RL, nº 3/1990, pág. 48); o la que es discriminatoria o supone un ejercicio abusivo del derecho, STCT 23 octubre 1986 (Ar. 10127). Los representantes legales de los trabajadores no gozan de especiales garantías respecto a los cambios funcionales, SSTCT 15 enero 1988 (AL nº 17/1988, marg. 410) y 11 marzo 1987 (Ar. 5525); salvo que la movilidad funcional sea discriminatoria, SSTCT 14 noviembre y 14 octubre 1986 (Ar. 11580 y 9495); tampoco los representantes sindicales, STCT 13 noviembre 1987 (Ar. 24477).

"".- Aunque ni en la jurisprudencia ni en la doctrina hay unanimidad para fijar el contenido de la garantía del art. 39 de respeto a los <<derechos económicos del trabajador>>, no hay duda de que el salario base y los complementos personales (arts. 4 y 5 D. 2380/1973, de 17 de agosto, sobre Ordenación del Salario) constituyen un límite a la movilidad funcional. Respecto a los complementos funcionales o de puesto de trabajo (art. 5.B) DOS), las manifestaciones son contradictorias: la movilidad funcional conlleva su pérdida según SSTS 24 marzo 1987 (Ar. 1668) y 29 septiembre 1986 (Ar. 5198), SAN 10 octubre 1990 (AL, nº 4/1991, marg. 99) y SSTCT de 15 febrero 1988 (Ar. 1411), 10 marzo 1987 (Ar. 5336) y 15 julio 1987 (Ar. 17720); entre los que se encuentra el plus de productividad, (STSJ Madrid 5 marzo 1991, AL nº 34/1991, marg. 830); el de festividad (STCT 27 octubre 1988, Ar. 6264), el de especial responsabilidad (STCT 14 julio 1987, Ar. 15944) y el complemento salarial por exceso de jornada (STCT 13 julio 1987, Ar. 15823). Por contra, defienden su mantenimiento la STSJ Galicia 20 diciembre 1990 (AL, nº 14/1991, marg. 350) y STCT 31 mayo 1986 (Ar. 3897); y en todo caso, si así viene establecido en convenio colectivo, (STCT 7 diciembre 1988, Ar. 583). En cuanto a los complementos por calidad o cantidad de trabajo (art. 5.C) DOS), la STCT 1 diciembre 1987 (AL, nº 7/1988, marg. 170) y las que ésta cita, indican que el respeto a los derechos económicos <<comprende el promedio de lo obtenido por primas e incentivos en el puesto de trabajo anterior>>. Por último, los complementos en especie (art. 5.E) DOS), no son suprimibles pese a su carácter no consolidable según la STSJ Galicia 20 diciembre 1990 (AL nº 14/1991, marg. 350) y las SSTCT 1 julio y 25 enero 1988 (Ar. 4830 y 791). Para su estudio más

dad correspondiente, pero nunca a la extinción del contrato por voluntad del trabajador<sup>144</sup>. Y en cuanto al requisito de que el cambio funcional se realice en el seno de la empresa, plantea el problema de la circulación de trabajadores dentro de sociedades del mismo grupo, que si se realiza sin el consentimiento del trabajador, la modificación que supone el cambio del destinatario real de la prestación laboral no es suficiente por sí misma para la aplicación del art. 50.1.a) o c) ET<sup>145</sup>. El límite del cambio de residencia juega en todo caso, ya que de lo contrario la modificación funcional constituiría o iría acompañada de un traslado del art. 40.1 ET<sup>146</sup>. Por último, la prohibición del ejercicio de las funciones sin la titulación exigida, protege el interés u orden público frente al intrusismo

---

profundo, ver DURAN LOPEZ, MONTOYA MELGAR y SALA FRANCO, *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*, MTSS, 1987, págs. 59 a 62.

<sup>144</sup>.- Ni siquiera enervan la facultad empresarial de movilidad funcional, sino que el perjuicio económico tan sólo da derecho a reclamar las diferencias salariales, según STSJ Galicia, 20 diciembre 1990, (AL, nº 14/1991, marg. 350); y SSTCT 14 septiembre 1987, (Ar. 19008) y 12 y 11 marzo 1987, (Ar. 5629 y 5525).

<sup>145</sup>.- STS 26 noviembre 1990 (Ar. 8605). Sin embargo, la STS 10 octubre 1990 (Ar. 7539) opina que la movilidad que el art. 39 ET autoriza <<es la que tenga lugar dentro del seno de la empresa [...] no pudiendo reputarse tal la que se pretende imponer para prestar los servicios en empresa diferente [dentro del grupo] sin mediar consentimiento expreso o tácito de quien debiera prestarlo>>.

<sup>146</sup>.- SSTSJ de Madrid 8 enero 1991 (AL, nº 18/1991, marg. 447) y de Andalucía 14 diciembre 1990 (AL, nº 20/1991, marg. 486).

profesional<sup>144</sup>, y no los derechos profesionales del trabajador, por lo que su inobservancia no supone un ataque a la formación profesional, sino un delito o falta del CP, arts. 321 y 572.

La movilidad funcional lateral perjudica la formación profesional cuando las nuevas funciones asignadas pertenecen a grupo distinto del que corresponde al trabajador, según lo previsto en el convenio colectivo u Ordenanza Laboral aplicable<sup>145</sup>; y cuando, aún respetando el grupo profesional, supone la asignación de tareas sustancialmente distintas de las habituales del trabajador, ya que, tanto de la definición legal de grupo profesional (39 *in fine* ET) como del juego conjunto de este límite con el del necesario respeto a los derechos profesionales del trabajador, se desprende que el poder de dirección empresarial queda limitado a los cambios entre categorías profesionalmente equivalentes o que tengan el mismo nivel dentro del grupo<sup>146</sup>. De admitirse lo contrario, resultarían vulnerados

---

<sup>144</sup>.- SALA FRANCO, *Movilidad funcional*, cit. pág. 26; CRUZ VILLALON, *Las modificaciones...* op. cit. pág. 59; RODRIGUEZ PINERO, *La movilidad...*, op. cit., pág. 28.

<sup>145</sup>.- Art. 16.4 y Disposición Transitoria 2ª ET. Es el caso de las SSTCT de 27 febrero 1989 (Ar. 1309), 14 febrero 1989 (Ar. 1397), 20 julio 1988 (Ar. 4962), 10 marzo 1988 (Ar. 1944), 23 septiembre 1987 (Ar. 19672), 27 febrero 1987 (Ar. 4477), 22 diciembre 1986 (Ar. 14397), 10 septiembre 1986 (Ar. 7571). Sobre la aparente contradicción normativa entre los arts. 39 y 23 ET respecto al límite del grupo o la categoría profesional, SALA FRANCO y otros, *Derecho del Trabajo*, cit. págs. 460-461. Del mismo autor, *La movilidad funcional en el Derecho español*, cit. págs. 97-98; DURAN LOPEZ, MONTOYA MELGAR y SALA FRANCO, *El ordenamiento laboral ... op. cit.* pág. 53.

<sup>146</sup>.- O funciones que <<aún de contenido distinto, tengan un rango similar a las precedentes>>, STS 29 octubre 1990 (Ar. 7936); o aunque las funciones del puesto de origen fueran de <<mayor relieve>> que las del segundo, si el nuevo cargo es adecuado a su titulación profesional, de idéntica categoría

los derechos de promoción y formación profesional del trabajador, en la medida en que la asignación de funciones impropias de su categoría profesional, dificulta el desarrollo de sus conocimientos técnicos especializados<sup>111</sup>, amén de los posibles perjuicios que podrían derivar para el trabajador de su probable falta de competencia técnica para desarrollar funciones tan diferentes, propiciando de esta forma el incorrecto cumplimiento de las mismas<sup>112</sup>.

La dignidad del trabajador puede resultar también perju-

---

profesional y del mismo nivel salarial, STS 25 julio 1990 (Ar. 6479). De <<categorías indiferenciadas o que estén al mismo nivel dentro del grupo>> habla la STCT 17 noviembre 1986 (Ar. 11628). El art. 39 hace referencia <<a las funciones propias de la categoría profesional del trabajador, cuya gama podrá ser más o menos extensa según los casos>>, STCT 5 marzo 1986 (Ar. 1442). La doctrina mayoritaria defiende esta interpretación, SALA FRANCO y otros, *Derecho del Trabajo*, cit. págs. 463-465; CRUZ VILLALON, *Las modificaciones... op. cit.* pág. 61; MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit. pág. 411; RIVERO LAMAS, *La modificación ... op. cit.* pág. 341; en contra, ALONSO OLEA y BARREIRO GONZALEZ, el respeto a los derechos profesionales <<alude sin duda al respeto a las reglas sobre clasificación profesional, trabajos de categoría superior e inferior y ascensos>> *El Estatuto...*, op. cit. pág. 183

<sup>111</sup>.- Claras defensoras de esta postura son las SSTS de 15 marzo 1991 (Colex, JL, nº 303/1991), 11 marzo 1991 (Colex, JL, nº 346/1991), 16 enero 1991 (Colex, JL, nº 30/1991), 4 diciembre 1990 (Ar. 9752), 9 abril 1990 (Ar. 3432), 15 marzo 1990 (Ar. 3087), 27 noviembre 1989 (RL nº 3/1990, pág. 48), 10 noviembre 1989 (Ar. 8035), 21 marzo 1989 (Ar. 1905), y 4 noviembre 1988 (RL, t. I/1989, pág. 577) -en un supuesto de cambio a categoría no prevista en la OL aplicable- y 16 febrero 1987 (Ar. 864). Y las SSTCT de 5 mayo 1989 (Ar. 3227), 24 de enero de 1989 (Ar. 437), 18 noviembre 1988 (AL, nº 8/1989, marg. 195), 5 abril 1988 (Ar. 2698), 4 diciembre 1987 (Ar. 27315), 14 septiembre 1987 (Ar. 19008), 24 junio 1986 (Ar. 4949), 17 y 16 abril 1986 (Ar. 2577 y 2545); y las SSTSJ de País Vasco (Sª de lo Social) de 26 febrero 1991 (Colex, JL, nº 304/1991) y de Madrid (Sª de lo Social) de 8 enero 1991 (AL nº 18/1991, marg. 447).

<sup>112</sup>.- Es el caso de la STS de 27 de noviembre de 1989 (Ar. 8264), Director técnico de producción a quien se le encomienda la nueva función de efectuar un estudio de mercado, consistente en el análisis de los productos en elaboración y la determinación de las posibilidades de lanzamiento de otros nuevos.

dicada si el nuevo trabajo encomendado, no sólo es esencialmente distinto del anterior, sino además humillante o vejatorio, por inútil o impropio de su categoría profesional<sup>143</sup> -lo cual además revela una conducta maliciosa del empresario, cuando no también discriminatoria, que supone un atentado flagrante contra el principio de buena fé contractual-; o bien cuando la movilidad funcional implica la asignación de funciones inexistentes o una reducción importante de las tareas a realizar, quedando gran parte de la jornada sin ocupación efectiva<sup>144</sup>.

Puede, sin embargo, el empresario rebasar los límites del art. 39 ET, cuando los cambios funcionales son debidos a la incapacidad del trabajador, por disminución física o por simple pérdida de su aptitud para el trabajo, ya que, según la juris-

---

<sup>143</sup>.- <<Al hacerle desempeñar [al trabajador] tareas hasta entonces accesorias en el periódico>>, STS 11 marzo 1991 (AL, nº 36/1991, marg. 868); de funciones directivas a funciones mecánicas, STS 24 septiembre 1990 (AL, nº 12/1991, marg. 295); de funciones de jefatura y directivas a cargo subordinado, STS 18 junio 1990 (Ar. 5475); de un <<puesto de relieve>> al examen y recorte de prensa, STS 20 marzo 1990 (Ar. 2189); constituye un <<castigo encubierto e injustificado y una discriminación vejatoria>> el cambio a tareas consistente en elevar cajas de 15 Kg. sin turno rotativo, mientras que los demás trabajadores lo realizan rotando, STS 19 diciembre 1988 (Ar. 9854); y STS 23 julio 1987 (Ar. 5722), en un supuesto de asignación de funciones vejatorias ante la negativa, por parte de los trabajadores, de acatar una orden empresarial de cambio unilateral de horario. Pero la simple pérdida de las atribuciones de mando o el paso a dependencia jerárquica distinta, no constituyen por sí mismas conductas vejatorias, SSTS de 3 diciembre, 20 de junio y 12 febrero 1990 (Ar. 9748, 5497 y 903); y 11 abril 1988 (Ar. 2944).

<sup>144</sup>.- Lo que constituye una violación del derecho reconocido en el art. 4.2.a) ET, SSTS 14 de junio de 1990 (Ar. 5080), 11 de octubre de 1989 (Ar. 7167) y 27 de octubre de 1986 (Ar. 5902); salvo que sea una medida provisional, por ejemplo para sustituir a otro trabajador en i.l.t., STS 26 julio 1990 (Ar. 6484).

prudencia<sup>144</sup>, dichos cambios persiguen más que nada la conservación del empleo, por lo que constituyen un mal menor frente a un despido objetivo por ineptitud sobrevenida (art. 52.a) ET). O cuando se trata de trabajos esporádicos o de carácter temporal, que responden normalmente a necesidades de la empresa de esa misma naturaleza<sup>145</sup>, dado que la gravedad del incumplimiento del art. 50.1.a) ET, requiere que dichos cambios sean reiterados o de carácter permanente. O, por último, cuando media acuerdo entre las partes, siendo válida a estos efectos la aceptación tácita del trabajador<sup>147</sup>.

---

<sup>144</sup>.- Cfr. STS 9 julio 1990 (Ar. 6078), disminución física progresiva del trabajador que es causa de su deficiente rendimiento; STS 13 junio 1988 (Ar. 5280), descenso de productividad por disminución crónica del estado de salud del trabajador; STCT 13 enero 1989 (Ar. 565), cambio esporádico de funciones debido a embriaguez del trabajador; STCT 5 mayo 1987 (Ar. 9291), por una dolencia física del trabajador; STCT 7 enero 1987 (Ar. 78), por ineptitud sobrevenida del trabajador; y STCT 14 enero 1986 (Ar. 180), por disminución del rendimiento; No es, en cambio, razón objetiva para el apartamiento del cometido habitual, la existencia de diferencias entre los trabajadores, cuando no consta que la situación sea imputable a la actora, STS 22 mayo 1987 (Ar. 3858).

<sup>145</sup>.- Supuesto claro de ejercicio del *ius variandi* (art. 64.2º LCT). Cfr. STS de 13 marzo 1991 (AL nº 34/1991, marg. 825), variación temporal de funciones dentro del grupo profesional por falta de clientela; STS 26 julio 1990 (Ar. 6484), sustitución de otro trabajador de baja por i.l.t.; STS 10 marzo 1990 (Ar. 2046), variaciones temporales en las misiones concretas del trabajador; STCT de 27 mayo 1987 (Ar. 11344), de conductor a la operación de cortar metales, debido a no tener en ese momento ningún transporte; STCT 20 enero 1987 (Ar. 920), de locutora-vendedora a receptionista durante unos días, por necesidades de la empresa; y STCT 10 enero 1986 (Ar. 111), conductor de camiones que permanece en el taller realizando otras tareas hasta la reparación del camión.

<sup>147</sup>.- STS 20 junio 1990 (Ar. 5496), aceptación tácita por transcurso de siete años desde la modificación; de año y medio, STS 6 abril 1990 (Ar. 3432); de más de dos años, STCT 12 enero 1988 (Ar. 846), lo que supone <<un reconocimiento implícito de la inexistencia de dichos perjuicios>>; o de varios meses, STS 13 noviembre 1987 (RL, t. I, 1988, pág. 566). Se aprecia también el consentimiento implícito en STS 1 junio 1990 (AL, nº 1/1991,

### 3.1.2. LA ASIGNACION DE FUNCIONES DE CATEGORIA SUPERIOR.

Partiendo de que la facultad empresarial reconocida en el art. 23.1 ET constituye una manifestación del *ius variandi*, la doctrina ha intentado subsanar la falta de regulación específica<sup>166</sup> sobre la forma y el alcance de su ejercicio, bien mediante la aplicación por analogía de los límites establecidos en el art. 23.4 ET<sup>167</sup>, bien mediante la regulación contenida en la cláusula genérica de atribución del *ius variandi* prevista en el art. 64, páf. segundo de la LCT<sup>168</sup>. No obstante, ninguna de las dos vías parece acomodarse a la intención del legislador que, con acierto o sin él, parte de la presunción de que las consecuencias del desempeño de funciones superiores nunca van a ser perjudiciales para el trabajador, pues, aunque con carácter temporal o provisional, supone

---

marg. 4) y STCT 17 abril 1986 (Ar. 2577). En contra, STCT 24 enero 1989 (Ar. 436) no cabe apreciar la existencia de aceptación implícita por el mero desempeño de las funciones (aún durante años). La aceptación es expresa, con intervención del Comité de empresa, en la STCT 28 febrero 1989 (AL nº 18/1989, marg. 471), aunque pudo haber ejercitado la acción del art. 41.3 ET. En supuestos de eficacia global de un pacto de movilidad geográfica que implica el cambio de las funciones a realizar, STS 17 septiembre 1990 (Ar. 7016) y STSJ Murcia 18 octubre 1990 (RL nº 2/1991, pág. 27). En el mismo sentido, STCT 17 enero 1989 (Ar. 366), el cambio de puesto de trabajo solicitado, conlleva la asignación de la categoría y salario del nuevo destino.

<sup>166</sup>.- <<El art. 23.1-2-3 no establece límites a la movilidad funcional, sino sólo condicionamientos>>, RIVERO LAMAS, *La modificación...* op. cit. pág. 344. En el mismo sentido, SALA FRANCO, *Movilidad funcional*, cit. pág. 21.

<sup>167</sup>.- RODRIGUEZ PIÑERO, *La movilidad...* op. cit. págs. 31-36.

<sup>168</sup>.- CRUZ VILLALON, *Las modificaciones...* op. cit. págs. 154-161.

una promoción en el trabajo<sup>111</sup> y, siempre, una mayor contraprestación salarial por los servicios prestados<sup>112</sup>, por lo que ni las fuertes restricciones del art. 64 LCT (a estos efectos derogado por su oposición a lo dispuesto en el ET, Disp. Final Tercera ET), ni las limitaciones específicamente establecidas en el art. 23.4 para la movilidad funcional *in peius*, son aplicables a la facultad empresarial de asignar funciones de superior categoría.

En aplicación del art. 23.1-2-3 ET, la jurisprudencia tiene establecido que la realización de tareas superiores sólo faculta al trabajador para reclamar al empresario y, contra la negativa de éste, ante la jurisdicción laboral<sup>113</sup> (art. 23.2) <<la clasificación profesional adecuada>> (art. 23.1 ET), ascenso que se hace depender de la concurrencia conjunta de dos condiciones; primera, un tiempo mínimo de duración en el desempeño de las funciones superiores, que la ley, art. 23.1,

---

<sup>111</sup>.- Frente a esta tesis, ver la crítica realizada por CRUZ VILLALON, *Las modificaciones... op. cit.* págs. 156-158.

<sup>112</sup>.- Salvo que los salarios correspondientes a la categoría superior sean inferiores a la del trabajador; <<en tal caso la solución debe ser la de aplicar la diferencia retributiva a la inversa>>, ALONSO OLEA y BARREIRO GONZALEZ, *El Estatuto... op. cit.* pág. 122.

<sup>113</sup>.- Con anterioridad al ET, la competencia era de la Administración laboral (SSTCT 14 julio 1988, Ar. 2785 y 23 noviembre 1987, Ar. 25925). La reclamación judicial se realiza mediante el ejercicio de la acción de clasificación profesional a través del proceso especial del art. 137 LPL, acción que no prescribe mientras se estén desempeñando las funciones superiores, por lo que la regla aplicable es la del art. 59.1 y no la del 59.2 -referida a las obligaciones de tracto único-, SSTCT 24 junio 1988 (Ar. 4318) y 1 julio 1986 (Ar. 5412). La acción de clasificación profesional es acumulable a la de reclamación de diferencias salariales -art. 27 LPL- (SSTCT 18 mayo y 22 y 21 abril, 1988, Ar. 3521, 2854 y 2836; 14 diciembre, 26 noviembre, 1988, Ar. 28088 y 26412; y 25 abril 1987, Ar. 8520).

concreta en seis meses durante un año u ocho meses durante dos; y segunda, que el ascenso proceda convencional o reglamentariamente (art. 23.3), lo cual significa que prevalece, frente a la simple ocupación de categoría superior, el sistema de ascensos previsto en el convenio colectivo o la ordenanza laboral aplicable<sup>114</sup>. En cualquier caso, de no poderse llevar a cabo la consolidación de la categoría superior<sup>115</sup> por ausencia de alguno de los presupuestos señalados<sup>116</sup>, el trabajador tendrá

---

<sup>114</sup>.- Ver STS 20 junio 1988 (Ar. 5439), las SSTSJ de Galicia 28 junio 1991 (AL nº 46/1991, marg. 1163) y de Madrid 20 diciembre 1990 (AL, nº 18/1991, marg. 445); y SSTCT 18 noviembre 1988 (Ar. 7182), 21, 19 y 4 julio 1988 (Ar. 4970, 4955 y 4840), 27, 14 y 7 -dos SS- junio 1988 (Ar. 4325, 4243, 4219 y 4218), 30 -dos SS-, 25, 18 -dos SS- 16 y 11 mayo 1988 (Ar. 3585, 3583, 3571, 3521, 3520, 3501, 3485), y 20, 16, 12, 11, 6 y 4 abril 1988 (Ar. 2831, 2792, 2754, 2752, 2720 y 2685). La razón reside en la necesidad de salvaguardar los principios de igualdad de oportunidades y de no discriminación, SSTCT 25 abril y 26 enero 1988 (Ar. 2872 y 813); sobretodo si el empresario es una Administración Pública, STSJ Galicia 10 octubre 1990 (AL nº 11/1991, marg. 280). Por eso mismo, no es válida la cláusula que deja los ascensos a la libre designación de la empresa, STCT 6 julio 1988 (Ar. 4857). El ascenso, aunque proceda convencionalmente, ha de ser solicitado, STSJ Madrid, 13 noviembre 1990 (AL nº 11/1991, marg. 282); y ha de ser aportado al proceso el convenio colectivo no publicado en el BOE, STCT 22 marzo 1988 (Ar. 2062). Procede el ascenso si la fecha de entrada en vigor del convenio colectivo que lo limita es posterior a la del inicio de las funciones superiores, STCT 10 diciembre 1987 (Ar. 27811).

<sup>115</sup>.- El ascenso se diferencia de la clasificación profesional (art. 16.4 ET) en que esta última <<se caracteriza por no existir una categoría inferior antecedente>>, STSJ Madrid, 17 diciembre 1990 (AL, nº 15/1991, marg. 376) y STCT 26 junio 1985 (Ar. 4231) que aquélla cita; por lo que supone <<la correcta clasificación o acomodación entre las funciones que desde su ingreso [el trabajador] ha desempeñado y la categoría profesional que corresponde a tales funciones>>, STCT 18 abril 1989 (Ar. 2694); en el mismo sentido, SSTCT 22 mayo 1989 (Ar. 3430), 18 noviembre 1988 (Ar. 7182) y 28 junio 1988 (Ar. 4345).

<sup>116</sup>.- O por falta de la titulación necesaria, STSJ Madrid 19 abril 1991 (AL nº 42/1991, marg. 1043) y STCT 21 marzo 1988 (Ar. 2055); o por la realización de sólo parte de las funciones de la categoría superior, STS 17 junio 1987 (Ar. 4387) y SSTCT 7 marzo 1988 (Ar. 1975) y 10 febrero 1987 (Ar. 2840); o por tratarse de trabajos esporádicos, SSTCT 15 septiembre y 9 septiembre 1986

derecho, en virtud de la naturaleza sinalagmática del contrato de trabajo, a la diferencia retributiva entre la categoría asignada y la función que efectivamente realice (art. 23.3 ET)<sup>177</sup>.

Por consiguiente, el desempeño de funciones superiores no constituye causa para el ejercicio de la acción extintiva del art. 50.1.a) ET, porque el exceso de tiempo en su asignación tiene por efecto, o la consolidación de la categoría superior<sup>178</sup> o, en caso de no ser ésto posible de acuerdo con lo establecido convencional o reglamentariamente, el retorno al puesto y categoría anteriores al cambio; y porque la natural falta de equivalencia profesional entre las funciones nunca puede perjudicar los derechos profesionales del trabajador, pues su realización es temporal y de producirse la inadaptación del trabajador por falta competencia técnica, lo procedente es el reintegrado a sus funciones habituales.

---

(Ar. 7765 y 7481).

<sup>177</sup>.- SSTCT 3 diciembre 1988 (Ar. 8018), 2 noviembre 1987 (Ar. 23702), 5 octubre 1987 (Ar. 20638), 15 diciembre, 30 abril, 24 y 15 febrero 1986 (Ar. 7775, 2919, 1159, 930) y 17 septiembre 1985 (Ar. 5190). Para lo cual es necesario que, en su caso, la reclamación se realice en la vía administrativa previa, STSJ Madrid 20 diciembre 1990 (AL nº 18/1991, marg. 445). El plazo de prescripción de la acción de reclamación de diferencias salariales es de un año, contado desde que se empezaron a prestar las nuevas funciones -arts. 59.2 ET y 1969 CC-, SSTS 26 octubre y 11 abril 1988 (Ar. 7821 y 294); y SSTCT 10 noviembre y 23 mayo 1987, (Ar. 24481 y 10914); acción que es de naturaleza distinta a la de clasificación profesional, STS 13 noviembre 1989 (Ar. 8047); por lo que el ejercicio de esta última no interrumpe la prescripción de aquélla, SSTCT 22 mayo 1989 (Ar. 3414), 15 enero 1988 (Ar. 721) y 19 noviembre, 7 octubre, 28 y 25 abril 1987 (Ar. 25593, 20985, 8715 y 8520); ni da derecho al abono de las diferencias retributivas devengadas si éstas no son reclamadas STCT 3 diciembre 1988 (Ar. 8043).

<sup>178</sup>.- Aunque no haya constancia nominal de su existencia, STSJ Madrid 28 junio 1991 (AL nº 37/1991, marg. 915).

### 3.1.3. LA ASIGNACION PERMANENTE O INJUSTIFICADA DE FUNCIONES DE CATEGORIA INFERIOR.

Diferente es el caso de la movilidad funcional descendente que el art. 23.4 prohíbe<sup>179</sup> en defensa del derecho a la formación profesional y a la promoción en el trabajo. No obstante se admite su ejercicio con carácter terminantemente causal, <<por necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva>>, y temporal, <<por el tiempo imprescindible>>, debiendo el empresario respetar en todo caso los derechos económicos del trabajador, así como los demás derechos derivados de su categoría profesional<sup>180</sup>.

El inciso final del precepto establece el derecho de información (pasiva) de los representantes legales o sindicales (art. 10.3.1º LOLS)<sup>181</sup>, sin precisar si la comunicación ha de ser efectuada con antelación al cambio funcional o si por el contrario basta con la puesta en su conocimiento posterior, así como tampoco, cuáles pueden ser las consecuencias de la medida empresarial llevada a cabo pese al informe negativo de

---

<sup>179</sup>.- <<La norma es prohibitiva [...] y de protección>>, ALONSO OLEA y BARREIRO GONZALEZ, *El Estatuto... op. cit.* pág. 122.

<sup>180</sup>.- El límite a las regresiones profesionales se sitúa en la categoría profesional, a diferencia de lo que ocurre con las modificaciones funcionales horizontal y vertical ascendente, en las que juega el grupo profesional, cuyo ámbito es más extenso que el de la categoría <<al ser ésta, en definitiva, una subespecie de aquél>>, STCT 10 febrero 1989 (Ar. 1185). En este sentido, SSTs 9 julio 1990 (Ar. 6078) y 17 marzo 1988 (Ar. 2311); STSJ Valencia 8 junio 1990 (BJ, vol. III/1990, ref. 529) y STCT 2 julio 1987 (Ar. 14983).

<sup>181</sup>.- ALONSO OLEA y BARREIRO GONZALEZ, *El Estatuto... op. cit.* pág. 122. Sólo los representantes legales, según VINUESA ALADRO, *Categorías profesionales... op. cit.* pág. 322.

aquéllos; no obstante, de las pocas decisiones judiciales que tocan el tema<sup>133</sup>, puede deducirse que la comunicación debe ser previa a la movilidad funcional -por su propia finalidad, básicamente preventiva-<sup>134</sup> y que el informe no es vinculante, aunque sí haya de tenerse en consideración, por lo que el incumplimiento aislado de este requisito, no parece pueda enervar la variación funcional pretendida<sup>135</sup>.

Lo mismo ocurre con los derechos económicos del trabajador, que si bien han de ser mantenidos de forma absoluta e incondicional pese al cambio de categoría<sup>136</sup>, su minoración sólo

---

<sup>133</sup>.- <<Es preciso [...] dar cuenta [...] a los representantes de los trabajadores a los efectos de las competencias generales que les asigna el art. 64 ET y, específicamente, de eludir la arbitrariedad con que pudiera proveerse a la satisfacción de las necesidades productivas ineludibles, caso de comprobarse su existencia>>, STSJ Cantabria 12 junio 1990 (RL nº 22/1990, pág. 74); <<La comunicación a los representantes de los trabajadores [es] exigida en el referido artículo [23.4 ET] como garantía para la comprobación del cumplimiento de los requisitos, habiéndose negado los Delegados de personal a prestar su conformidad con la postura de la empresa>>, STS 28 abril 1986 (Ar. 2260).

<sup>134</sup>.- Puede ser posterior, según CRUZ VILLALON, *Las modificaciones...* op. cit. pág. 150.

<sup>135</sup>.- En el mismo sentido, RODRIGEZ PINERO, *La movilidad...* op. cit. págs. 35-36; CRUZ VILLALON, *Las modificaciones...* op. cit. págs. 149-150; y VINUESA ALADRO, *Categorías profesionales...* op. cit. pág. 322.

<sup>136</sup>.- La garantía legal supone el mantenimiento de <<las percepciones medias de un periodo inmediatamente anterior al cambio>>, VINUESA ALADRO, *Categorías profesionales...* op. cit. pág. 324. Ver STCT 29 abril 1987 (Ar. 9086) que establece la no absorción y compensación con la subida salarial pactada en convenio colectivo, del plus complementario por diferencia de retribución, abonado como consecuencia del cambio a puesto de trabajo de menor nivel; el mantenimiento de los derechos económicos no exime al empresario del pago de los pluses o primas correspondientes al nuevo puesto ocupado, STCT 30 mayo 1988 (Ar. 3594). Sin embargo, según la STCT 4 mayo 1987 (Ar. 9144) el mantenimiento de los derechos económicos no implica el del complemento de puesto de trabajo si la regresión profesional se produce con el consentimiento del Comité de empresa.

produce el derecho del trabajador al reintegro de la diferencia<sup>116</sup>, salvo que el menoscabo económico sufrido sea producto de una regresión profesional que viole además alguna de las exigencias causales o temporales previstas en el precepto.

En efecto, dejando al margen las salvedades mencionadas, todo cambio funcional que suponga la realización de tareas correspondientes a una categoría inferior a la contratada<sup>117</sup>, sea en supuestos de movilidad funcional total o parcial<sup>118</sup>, constituye una modificación sustancial que atenta gravemente contra los derechos profesionales del trabajador si es realizado sin observar las limitaciones establecidas en el art. 23.4 ET<sup>119</sup>, lo que faculta al trabajador para solicitar la extinción del contrato por la causa establecida en el art. 50.1.a) ET o, en el supuesto de que decida continuar en la empresa, a pedir la nulidad de la modificación funcional y su inmediata reposición

---

<sup>116</sup>.- Ni siquiera produce la nulidad de la regresión profesional así efectuada (STCT 15 diciembre 1988, Ar. 8103). En el mismo sentido, ver STS 26 octubre 1988 (Ar. 8161) y STCT 3 marzo 1989 (Ar. 1974).

<sup>117</sup>.- La regresión profesional ha de ser acreditada por quien la alega, si no es deducible claramente de los hechos alegados y que reesulten probados, como ocurre en la STS 26 septiembre 1990 (Ar. 7050).

<sup>118</sup>.- Es decir, tanto en aquellos casos de atribución de la totalidad de las funciones propias de inferior categoría, como en aquellos otros supuestos de desempeño acumulativo de funciones correspondientes a la categoría contratada y a categoría o categorías inferiores. Ejemplo de este último supuesto es la STCT 15 junio 1988 (Ar. 4264). Sobre el tema, ver SALA FRANCO, *Movilidad funcional*, cit. págs. 21-25.

<sup>119</sup>.- <<Aunque se admitiera artificialmente el análisis aislado del art. 39 ET [...], según tal precepto la movilidad funcional ha de efectuarse sin perjuicio de los derechos profesionales del trabajador, sin afectar, por tanto, a su derecho a la promoción y formación profesionales>>, STS 3 octubre 1989 (Ar. 7104).

a las tareas correspondientes a su categoría profesional<sup>100</sup>.

Como señala la jurisprudencia, la regresión profesional no deja de ser una anomalía, sólo admisible en circunstancias extraordinarias y con carácter temporal, lo que conduce necesariamente a una interpretación restrictiva de los preceptos que la autorizan; lo contrario supondría realizar una ampliación del *ius variandi* empresarial no permitida por la ley y claramente agresiva hacia los derechos de formación y promoción profesional<sup>101</sup> y a la dignidad del trabajador<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup>.- Es el caso de las SSTSJ de Madrid 19 septiembre 1990 (AL nº 2/1991, marg. 54), de Santander 26 enero 1990 (RL nº 8/1990, pág. 107); y las SSTCT 3 diciembre, 5 octubre, 29 junio, 15 junio, 18 mayo y 14 enero 1988 (Ar. 8041, 6102, 4394, 4254, 3519 y 711); 15 diciembre 1987, 26 octubre, 2 julio y 29 junio 1987 (Ar. 28232, 22913, 14983 y 14342); 8 octubre, 4 abril y 5 marzo 1986 (Ar. 9164, 2180 y 1442). Anómala la STCT 15 marzo 1989 (AL nº 22/1989, marg. 567) que no apreciando la existencia de una modificación sustancial por afectar a un sólo trabajador, declara la nulidad de la regresión profesional realizada por violación del derecho a la promoción profesional del art. 4.2.b) ET, en relación con el art. 40 CE.

<sup>101</sup>.- STSJ Madrid 20 marzo 1991 (AL nº 37/1991, marg. 908). <<El perjuicio a la formación profesional que puede justificar la resolución del contrato de trabajo es, según jurisprudencia reiterada de la sala [cuarta del TS] el que deriva de la degradación profesional>>, STS 3 diciembre 1990 (Ar. 9748) y las que cita; puesto que, como dice la STS 3 octubre 1989 (Ar. 7104), <<es claro, en principio, que el cambio de un puesto de trabajo a otro de inferior categoría puede estar justificado en determinados supuestos excepcionales o si se cumplen determinadas condiciones. Pero no es menos evidente, [...] que el art. 50.1 ET está pensado principalmente para los casos en que se recurre a la movilidad descendente con ánimo de causar daño al trabajador, o con intención de provocar su desvinculación de la empresa o, sencillamente, en perjuicio objetivo de sus intereses profesionales>>; ya que <<las aptitudes profesionales hacen referencia implícita a la conservación funcional de la categoría, esto es, no en un orden meramente nominal y económico>>, STCT 5 marzo 1986 (Ar. 1442).

<sup>102</sup>.- <<la degradación injustificada en el desempeño del trabajo, atañe lesivamente a la dignidad del trabajador, en cuanto pone en entredicho su idoneidad>>, STSJ País Vasco 26 febrero 1991 y las SS que cita, (Colex, JL, nº 304/1991); <<pues en el fondo, el "reemplazo" de cargos y funciones no justifica-

La misma jurisprudencia advierte de la necesidad de seguir el procedimiento especial previsto en el art. 41.1 ET, cuando la regresión profesional, por haberse efectuado fuera de los repetidos límites legales, constituye una modificación esencial de las condiciones de trabajo<sup>131</sup>. Sin embargo, lo cierto es que, a efectos resolutorios, la tramitación de dicho procedimiento, amén de que eventualmente pueda desempeñar una función disuasoria sobre la actitud del empresario, sólo evita la posible imposición de la correspondiente sanción administrativa por comisión de una infracción grave en materia laboral (art. 7.4 LIS), pero en ningún caso puede tener efectos sanatorios<sup>132</sup>, ya que si el cambio funcional es perjudicial para los derechos del trabajador, el perjuicio no desaparece porque sea aprobado por los representantes legales de los trabajadores<sup>133</sup>

---

do en forma alguna, [...] conlleva un notorio deterioro del prestigio personal, laboral y económico -al menos en perspectiva futura- de quien así se ve tratado por la empresa», STS 29 enero 1990 (Ar. 229); «es fácil entender que una degradación injustificada en el desempeño del trabajo, atañe de modo lesivo a la dignidad del trabajador», STS 22 enero 1990 (Ar. 800); porque supone una «vejación y menoscabo de su dignidad», STS 22 febrero 1988 (Ar. 750); o porque «el cambio de puesto de trabajo se realiza con la finalidad de marginar al actor del área de las responsabilidades de dirección que ostentaba», STS 21 septiembre 1987 (RL, t. I/1988, pág. 463). También la STS 22 febrero 1988 (Ar. 750), en otro supuesto claramente vejatorio.

<sup>131</sup>.- Por ejemplo, las SSTS 24 noviembre 1989 (Ar. 8248) y 28 abril 1986 (Ar. 2260); STSJ Santander 26 enero 1990 (RL nº 8/1990, pág. 107) y SSTCT 3 diciembre, 11 noviembre, 15 junio- dos sentencias- y 14 enero 1988 (Ar. 8041, 7072, 4266, 4254, 711), 26 octubre y 2 julio 1987 (Ar. 22913 y 14983), 5 marzo 1986 (Ar. 1442). Mediando denegación administrativa expresa, STSJ Madrid 19 septiembre 1990 (AL nº 2/1991, marg. 54).

<sup>132</sup>.- Expresión utilizada por GARCIA FERNANDEZ, *La terminación.... op. cit.* pág. 73.

<sup>133</sup>.- Para supuestos de cambios funcionales que, pese a no ser respetuosos con las garantías del ET, se declaran válidos por aplicación del acuerdo suscrito con el Comité de Empresa, ver la

o por la Autoridad laboral. Además, como se señaló con anterioridad, el art. 50.1.a) ET no distingue entre modificaciones sustanciales autorizadas y no autorizadas, por lo que el cumplimiento del referido procedimiento, tampoco enervaría el ejercicio de la acción extintiva en él establecida<sup>146</sup>.

Particularmente, la movilidad funcional constituye causa justa de extinción del art. 50.1.a) ET cuando la asignación de funciones de inferior categoría se realiza sin causa justificada, supuesto que tiene lugar tanto cuando la causa alegada es inexistente, como cuando es inadecuada por no constituir una <<necesidad perentoria o imprevisible de la actividad productiva>>, no siendo suficiente, a efectos de la legalidad del cambio pretendido, la simple alegación del motivo o justificación, sino que es necesario concretarlo y, en su caso, acreditarlo<sup>147</sup>. Y, en segundo lugar, cuando el cambio se realiza sin

---

STCT 5 noviembre 1987, (Ar. 24261), en un caso de movilidad funcional realizada fuera del grupo profesional en virtud del <<plan de viabilidad>> pactado para <<lograr la supervivencia de la empresa>> y la STCT 4 mayo 1987 (Ar. 9144) en un supuesto de regresión profesional permanente que afecta a varios trabajadores, acordado con el fin de <<eludir otras medidas más traumáticas>>.

<sup>146</sup>.- Como lo pone de manifiesto la STCT 22 diciembre 1987 (Ar. 29230), al indicar que la aceptación por parte de los representantes legales de los trabajadores no impide que el trabajador afectado por la regresión profesional pueda ejercer la acción del art. 50.1.a) ET.

<sup>147</sup>.- La causa es injustificada cuando el cambio se fundamenta en la instalación de un ordenador, si no dió al trabajador la oportunidad de aprender informática, STSJ Madrid 19 febrero 1991 (AL nº 31/1991, marg. 764); Sin alegación de causa alguna, STSJ Madrid 19 junio 1990 (AL nº 1/1991, marg. 19); <<sin constatada causa justificada>>, STSJ Cantabria 12 junio 1990 (RL nº 22/1990, pág. 74); por no acreditación de las necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva, STCT 13 abril 1988 (Ar. 2771); <<sin mediar una justificación seria>>, STS 25 noviembre 1986 (Ar. 6719); sin esperar al resultado del iniciado ERE, lo que además se califica de actuación fraudulenta, STS 16 septiem-

la debida delimitación temporal exigida en el precepto<sup>100</sup> (incumplimiento que suele ir unido o ser la consecuencia de la falta del requisito causal, ya que una regresión profesional permanente o que sea practicada con regularidad o habitualidad, nunca puede responder a una necesidad urgente o imprevisible de la empresa). Son, en consecuencia, las regresiones profesionales ocasionales o puntuales las que entran dentro del *ius variandi* empresarial y las que constituyen el único supuesto que regula el art. 23.4 ET, pues lo esporádico de la situación elimina tanto la sustancialidad de la modificación como la gravedad del perjuicio que pueda ser ocasionado al trabajador<sup>101</sup>.

Un tema complejo dentro del estudio de la movilidad funcional *in peius*, es el de la revocación de los cargos de

---

bre 1986 (Ar. 4983). Se aprecia la concurrencia de dichas necesidades y de la existencia de relación de causalidad entre éstas y la realización de tareas de inferior categoría en STCT 4 julio 1988 (Ar. 4842). Ver también la STS 3 mayo 1990 (Ar. 3948) para una regresión profesional justificada en la ruptura por el trabajador del acuerdo verbal que condicionaba la categoría ostentada al lugar de residencia.

<sup>100</sup>.- Ver STS 14 mayo 1991 (Colex, JL nº 588/1991), para un cambio de funciones inicialmente provisional; STCT 5 octubre 1988, (Ar. 6102), en un supuesto de regresión profesional realizada periódicamente; y STS 25 noviembre 1986 (Ar. 6719), durante meses en determinados periodos, sin mediar una justificación seria. Son también supuestos de asignación de funciones de categoría inferior con carácter permanente los de las SSTS 20 julio 1990 (AL nº 8/1991, marg. 196), 21 marzo 1990 (Ar. 2211), 22 enero 1990 (Ar. 800), 24 noviembre 1989 (Ar. 8248), 17 marzo 1988 (Ar. 2311) y 28 abril 1986 (Ar. 2260); STSJ Cantabria 12 junio 1990 (RL nº 22/1990, pág. 74); y SSTCT 2 abril 1986 (Ar. 2097) y 5 marzo 1986 (Ar. 1442).

<sup>101</sup>.- SSTCT 28 mayo y 30 abril 1986 (Ar. 3765 y 3006) y STSJ Galicia 16 enero 1991 (AL nº 20/1991, marg. 498).

confianza o de libre designación<sup>100</sup>, facultad del empresario que si bien puede realizarse discrecionalmente en el ejercicio de su poder de dirección<sup>101</sup>, está condicionada al cumplimiento de los requisitos que limitan la movilidad funcional, lo cual implica que el trabajador debe ser incorporado, tras su destitución, a un puesto de trabajo cuyas funciones a realizar sean propias de su categoría profesional y acordes con sus aptitudes técnicas y titulaciones profesionales y con respeto a los derechos laborales del trabajador<sup>102</sup>. Es decir, la revocación del cargo de confianza no puede ser utilizada por el empresario para degradar profesionalmente al trabajador, porque ello constituye una modificación sustancial que entra de lleno en la prohibición general del art. 23.4 ET, ya que perjudica los derechos profesionales y menoscaba la dignidad del trabajador,

---

<sup>100</sup>.- Para la diferenciación entre el trabajador común <<de carácter ejecutivo cualificado>> y el Alto Cargo sujeto a relación laboral especial regulada por el RD 1382/1985, de 1 de agosto, ver la STS 24 noviembre 1989 (Ar. 9248). Constituye un indicio de la discrecionalidad del cargo ostentado, su inexistencia como categoría profesional en la norma colectiva aplicable, STS 30 septiembre 1987 (Ar. 6438) y STCT 15 enero 1986 (Ar. 202).

<sup>101</sup>.- La destitución no ha de ser justificada, por lo que basta con la pérdida de confianza en el trabajador, pero en ocasiones se alegan causas como <<la acreditada deficiente actuación profesional>>, STS 21 marzo 1990 (Ar. 2209); o descuidos en el trabajo e i.l.t. que aprovecha para fundar otra sociedad en el extranjero de la misma actividad que la demandada, STS 7 noviembre 1989 (AL n<sup>o</sup> 15/1989, marg. 309); o publicación en la prensa de presuntas irregularidades en el funcionamiento del hospital y de hechos presuntamente delictivos que implican al trabajador, STS 17 noviembre 1986 (Ar. 6462); o, simplemente, la existencia de <<mal ambiente en el trabajo>>, STCT 15 enero 1986 (Ar. 202).

<sup>102</sup>.- Cfr. SSTs 8 noviembre 1990 (RL, n<sup>o</sup> 3/1991, pág. 4), 3 mayo 1990 (Ar. 3949), 9 abril 1990, (Ar. 3433), 21 marzo 1990 (Ar. 2209), 15 enero 1990 (Ar. 123), 7 noviembre 1989 (AL n<sup>o</sup> 15/1989, marg. 309), 30 septiembre 1987 (Ar. 6438), 23 junio 1987 (Ar. 6414).

lo que faculta a éste para solicitar la extinción del contrato de trabajo de acuerdo con el art. 50.1.a) ET<sup>'''</sup>.

### 3.2. OTROS SUPUESTOS.

Es poco frecuente que de un traslado o de una modificación sustancial de alguna de las condiciones del art. 41 ET derive alguno de los perjuicios exigidos en el art. 50.1.a) ET<sup>'''</sup>, y de existir, normalmente se debe a la concurrencia conjunta de un cambio funcional ilegal<sup>'''</sup> o a la violación

---

<sup>'''</sup>.- En este sentido, ver las SSTS 21 marzo 1990 (Ar. 2208) y 24 noviembre 1989 (Ar. 8248), cambio a puesto de trabajo inferior a su categoría, lo que perjudica la formación profesional y menoscaba la dignidad del trabajador; 29 enero 1990 (Ar. 229), Director regional relegado a simple agente de esa zona bajo la dependencia del nuevo gerente, lo que constituye <<un notorio desprestigio profesional, laboral, social y económico>>; 10 noviembre 1989 (Ar. 8035), nombramiento de Director-Gerente de hospital -cargo antes inexistente- que asume las funciones ejercidas hasta ahora por la actora, lo que perjudica su formación profesional. Con violación además del derecho a la ocupación efectiva, SSTS 30 septiembre 1987 (Ar. 6439), 27 octubre 1986 (Ar. 5902) y 11 noviembre 1985 (Ar. 5751).

<sup>'''</sup>.- No perjudica la formación profesional ni la dignidad del trabajador, la modificación sustancial del horario, STCT 13 junio 1988 (Ar. 5279); la imposición de sanciones que, una vez impugnadas, son revocadas, STCT 21 julio 1987 (Ar. 16555); la disminución del tiempo de trabajo efectivo con el mantenimiento de la retribución, STCT 5 marzo 1987 (Ar. 5000); la negativa a reiterar permiso para salir antes de la hora para asistir a clases de Graduado Social, STCT 27 enero 1987 (Ar. 1520); la exclusión de un viaje de la empresa y la privación del vehículo para los desplazamientos, STS 15 enero 1987 (Ar. 38). Produce, en cambio, esos perjuicios, la modificación horaria que impide realizar la labor de apostolado así como matricularse en cursos de Teología, STSJ Galicia 10 abril 1991 (AL n<sup>º</sup> 36/1991, marg. 879).

<sup>'''</sup>.- Es el caso de la SSTS 7 marzo 1988 (Ar. 1869) y 23 julio 1987 (Ar. 5722). No si la movilidad funcional que conlleva el traslado está comprendida dentro de los límites del art. 39 ET, STS 5 febrero 1990 (Ar. 820); o el traslado constituye una sanción firme, STS 14 julio 1986 (Ar. 4120); o es voluntario, STS 17 septiembre 1990 (AL n<sup>º</sup> 10/1991, marg. 252).

del derecho a la ocupación efectiva<sup>'''</sup>.

En todo caso, el trabajador ha de probar la concurrencia del perjuicio en la formación profesional o en la dignidad<sup>'''</sup>, aunque su inexistencia no impide la extinción, si se dan las circunstancias establecidas en los arts. 41.3 ó 40.2 ET y la acción fue ejercitada subsidiariamente<sup>'''</sup>.

---

<sup>'''</sup>. - Ver STS 11 octubre 1989 (Ar. 7167), para un traslado unilateral e injustificado a puesto de trabajo en que no existe actividad alguna a realizar.

<sup>'''</sup>. - STCT 23 octubre 1987 (Ar. 22798). La falta de acuerdo o autorización no remedia la necesidad de acreditar el perjuicio en la formación profesional o la dignidad del trabajador, STCT 19 noviembre 1987 (Ar. 25599), 6 octubre 1987 (Ar. 20815).

<sup>'''</sup>. - No en caso contrario, porque <<es claro -y en su propio interés- que si no se puede conceder [la indemnización del 50.2 ET], tampoco se puede sustituir por la inferior [del art. 41.3 ET ...] ya que no se trataría de conceder menos de lo pedido -supuesto de clara congruencia- sino de dar otra cosa distinta y de tan gran diferencia cuantitativa que, es lógico suponer que tal posibilidad hubiere condicionado el ejercicio de su acción>>, STCT 23 junio 1987 (Ar. 13871). Es también el supuesto de la STSJ Madrid 10 septiembre 1991 (AL nº 44/1991, marg. 1110) y SSTCT 21 julio 1987 (Ar. 16561), 23 junio 1987 (Ar. 13871) y 7 octubre 1986 (Ar. 8998). En cambio, se aplica el art. 41.3 porque se alega en la demanda con carácter subsidiario en las SSTCT 10 febrero 1988 (Ar. 1526), 6 octubre 1987 (Ar. 20815) y 13 mayo 1987 (Ar. 9977).

## CAPITULO SEGUNDO

### LA RESOLUCION CONTRACTUAL POR LA FALTA DE PAGO O RETRASO CONTINUADO EN EL ABONO DEL SALARIO.

#### I. EL SUPUESTO RESOLUTORIO: CARACTERIZACION.

##### 1. LA GRAVEDAD DEL INCUMPLIMIENTO Y LA IRRELEVANCIA DE LA FALTA DE CULPABILIDAD.

Conforme a lo dispuesto en la letra b) del art. 50.1 ET, tanto la <<falta de pago>> del salario, como los <<retrasos continuados>> en su abono, constituyen un incumplimiento contractual del empresario (arts. 49.10 y 50.1.c) ET), porque violan el derecho laboral básico del trabajador <<a la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida>> previsto en el art. 4.2.f) ET.

Una y otro, falta y retraso, legitiman al trabajador para extinguir el contrato de trabajo, lo que de nuevo supone, como las demás causas del art. 50 ET, una acomodación al ámbito laboral de la institución resolutoria del art. 1124 CC, aunque con una importante peculiaridad que lo distingue de ésta y de aquéllas, y es que, según la jurisprudencia, el ejercicio de

la acción resolutoria es independiente y compatible con el de la acción para exigir el cumplimiento de la obligación (el abono de los salarios adeudados)<sup>100</sup>, pues la indemnización fijada en el art. 50.2 ET para el caso de extinción del contrato, no satisface el crédito salarial pendiente, que es exigible siempre que la acción no haya prescrito por transcurso del plazo establecido en el art. 59.2 ET. Sin embargo, el ejercicio simultáneo de esas acciones, aunque resultaría conveniente por razones de <<conexión y de economía>> procesal<sup>101</sup>, no es procesalmente correcto ya que, igual que la derogada LPL de 1980 (art. 16), la actualmente en vigor (art. 27.2) prohíbe expresamente la acumulación a ninguna otra de la acción para la extinción del contrato de trabajo prevista en el art. 50 ET.

La causa no juega si, aún acreditado el incumplimiento<sup>102</sup>, éste no es grave<sup>103</sup>, supuesto en el que sólo cabe la

---

<sup>100</sup>.- Simultáneamente, SSTs 3 noviembre 1988 (Ar. 8514) y 17 febrero 1987 (Ar. 877); con posterioridad a la firmeza de la sentencia extintiva, STCT 4 abril 1988 (Ar. 2691); o antes del ejercicio de la acción resolutoria, STS 23 julio 1987 (Ar. 5722) y STCT 10 junio 1986 (Ar. 4216). Por lo que <<el art. 50.1.b) tiene sustantividad propia; no es un mero reflejo de lo previsto en el art. 1124 CC.>>, DURAN LOPEZ, *Resolución del contrato...*, op. cit., pág. 16.

<sup>101</sup>.- Base Undécima, punto 1, L 7/1989, de 12 abril, de Bases de Procedimiento Laboral.

<sup>102</sup>.- En ningún caso, si el impago o retraso no resulta probado en juicio, STCT 7 abril 1987 (Ar. 7559); para lo cual no es suficiente la falta de nóminas, STCT 29 enero 1987 (Ar. 1748) que sólo integra una infracción administrativa leve (art. 6.3 LIS) o grave, si el incumplimiento consiste en la consignación de cantidad menor a la realmente abonada (art. 7.2 LIS). Anómala la STCT 6 noviembre 1986 (Ar. 11142), <<es al empresario a quien incumbe acreditar el pago salarial>>, que además indica que la presentación de los recibos salariales no es el único medio de

reclamación de la deuda salarial correspondiente y/o la sanción ordinaria del interés por mora prevista en el art. 29.3 ET. Pero a diferencia de la causa resolutoria del art. 50.1.a), en la del 50.1.b) la gravedad no viene dada por los perjuicios causados al trabajador -en aquél caso, en su formación profesional o dignidad-, sino por la importancia del impago o retraso<sup>111</sup>, debido a que <<el legislador valora como perentoria la percepción del salario>><sup>112</sup>.

En los supuestos de falta de abono del salario, la gravedad se mide por la cuantía de la deuda<sup>113</sup>, siendo indiferente a estos efectos que el impago sea total o parcial (art. 1157 CC), es decir, que vaya referido a la totalidad de las percepciones salariales a las que el trabajador tiene derecho

---

prueba.

<sup>111</sup>.- Gravedad que hay que entender exigible también para la sanción por falta muy grave tipificada en el art. 8.1 LIS.

<sup>112</sup>.- <<El retraso o el impago del salario constituye siempre, si tiene la suficiente entidad, un incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales por parte del empresario>>, DURAN LOPEZ, *Resolución del contrato...*, op. cit. pág. 16.

<sup>113</sup>.- FERNANDEZ LOPEZ, *La indemnización por retraso en el pago del salario*, RL, tomo I/1985, pág. 536. En el mismo sentido, GARCIA FERNANDEZ, *La terminación...*, op. cit. pág. 112. MONTOYA MELGAR, *La mora en el pago del salario*, RPS nº 64/1964, pág. 107 y ss.

<sup>114</sup>.- Es grave la falta de pago de dieciocho mensualidades, STCT 17 enero 1989 (Ar. 593); o de todo un año, STS 13 diciembre 1988 (Ar. 9607); no lo es el impago de una mensualidad, STCT 27 septiembre 1988 (Ar. 5759), o de tres trimestres si el pago se realiza cada tres meses, STS 5 mayo 1986 (Ar. 2484). Ver asimismo las SSTCT 6 mayo 1987 (Ar. 9410), 24 marzo 1987 (Ar. 6352), 2 diciembre 1986 (dos sentencias, Ar. 12897 y 12886), 26 noviembre 1986 (Ar. 12467), 21 octubre 1986 (Ar. 9945), 2 septiembre 1986 (Ar. 7245), 2 julio 1986 (Ar. 5459), 13 marzo 1986 (Ar. 1697), 20, 18 febrero 1986 (Ar. 1042 y 981) y 8 enero 1986 (Ar. 52). La prescripción de la acción para la reclamación de alguna mensualidad no significa que la paga se haya satisfecho, STCT 12 mayo 1988 (Ar. 3668).

o sólo a una parte<sup>116</sup>; de lo contrario, quedarían sin protección un buen número de supuestos igualmente graves, como es el caso de abono de parte ínfima en relación con el resto del crédito, o de endeudamientos que, aún de pequeña cuantía, adquieran la gravedad suficiente por su multiplicación en el tiempo<sup>117</sup>.

En los retrasos, lo que importa es la reiteración o prolongación del incumplimiento. El retraso no es grave si no existe una <<demora continuada durante varios periodos de liquidación de salarios>><sup>118</sup>, pero el precepto no fija un límite temporal; sólo habla de <<retrasos>>, en plural, lo que significa más de uno<sup>119</sup>, indicando que deben ser además <<continuados>>, lo que si bien sirve para identificar los supuestos

---

<sup>116</sup>.- En el mismo sentido, ALBIOL MONTESINOS, *Causas y efectos de la extinción por el trabajador*, cit., pág. 216. En contra, GARCIA FERNANDEZ, *La terminación...*, op. cit., pág. 113 y nota nº 186, <<Una cosa [...] es la liberación de la deuda [...] y otra el supuesto configurado como causa resolutoria. No todo incumplimiento ha de ser considerado como tal; y de la literalidad del precepto ha de entenderse reducida a ese incumplimiento total>>, aunque admite la salvedad de que <<lo abonado no tenga entidad alguna en relación con lo pactado>>. Por su parte, ALONSO OLEA y BARREIRO GONZALEZ, entienden que <<para que la causa resolutoria surja, ha de haber una falta total de pago>>, *El Estatuto...*, op. cit., pág. 237.

<sup>117</sup>.- La STS 22 noviembre 1988 (Ar. 8857) aplica el art. 50.1.b) ET en un supuesto de reducción indebida del salario. No, en cambio, si la cantidad resulta pequeña (22.524 pts) en relación con el periodo de tiempo (7 meses), STS 4 abril 1988 (Ar. 2930); 22.500 pts. en la STCT 11 noviembre 1987 (Ar. 24654). El abono de salario inferior al de la categoría contratada no tiene la gravedad suficiente para solicitar la extinción, según STCT 19 mayo 1987 (Ar. 10373). Anómala la STS 17 febrero 1987 (Ar. 877) que aplica el art. 50.1.c) porque el impago de parte del salario implica <<una perturbación grave de la prestación debida>>.

<sup>118</sup>.- ALONSO OLEA y BARREIRO GONZALEZ, *El Estatuto...*, op. cit., pág. 237.

<sup>119</sup>.- ALBIOL MONTESINOS, *Causas y efectos...*, op. cit., pág. 218.

extremos, excluyendo los retrasos episódicos e incluyendo los habituales, no es útil para resolver los incumplimientos intermedios.

La jurisprudencia por su parte, tampoco ha establecido un criterio temporal definido, abundando la variedad en los pronunciamientos<sup>100</sup>; pero sí tiene dicho que la tolerancia de la demora provoca que la resolución posterior sea inoportuna por intempestiva<sup>101</sup>. El trabajador debe entonces encontrar el punto medio entre lo que constituye un incumplimiento reiterado y un incumplimiento consentido, entre una espera prudente, necesaria para que el incumplimiento adquiera gravedad, y una espera excesiva y, por ello, negligente, en cuanto reveladora de su implícito consentimiento, sólo enervable si hubo denuncia u oposición previa ante el empresario<sup>102</sup> o reclamación judicial en

---

<sup>100</sup>.- El retraso de dos mensualidades es grave, según la STSJ Madrid 25 enero 1990 (AL nº 16/1991, marg. 353); no, en cambio, para las SSTs 11 abril 1988 (Ar. 2943) y 7 abril 1987 (Ar. 2369); ni tampoco de tres, según la STS 12 febrero 1990 (Ar. 903) y STSJ Galicia 27 mayo 1991 (AL, nº 39/1991, marg. 963); ni de dos gratificaciones extraordinarias, STCT 11 febrero 1988 (Ar. 1535). Sin duda es grave el retraso de ocho mensualidades (unido a la falta de pago de cuatro), STS 3 noviembre 1988 (Ar. 8514); y ocasional el retraso de quince a veinte días, STS 15 diciembre 1986 (Ar. 7384). Para otros supuestos, ver SSTs 25 septiembre 1989 (Ar. 6487), 30 junio 1987 (Ar. 4676), 7 abril 1987 (Ar. 2370) y 3 noviembre 1986 (Ar. 6665), STSJ Madrid 25 julio 1989 (AL nº 38/1989, marg. 1032) y SSTCT 6 septiembre 1988 (Ar. 5664), 29 y 8 septiembre 1987 (Ar. 19937 y 18605), 5 mayo 1987 (dos sentencias, Ar. 9293 y 9292), 21 abril 1987 (dos sentencias, Ar. 8195 y 8152), 9 abril 1987 (Ar. 7767), 5 marzo 1987 (Ar. 5001), 30 octubre 1986 (Ar. 10558), 15 julio 1986 (Ar. 6320), 24 y 19 junio 1986 (Ar. 4942 y 4656), 13 mayo 1986 (Ar. 3300), 6 marzo 1986 (Ar. 1499). La continuidad en el retraso no es suficiente si no es notoria, STCT 30 septiembre 1987 (Ar. 20120).

<sup>101</sup>.- STSJ Cataluña 23 mayo 1991 (Colex, JL nº 618/1991), STCT 13 enero 1987 (Ar. 413) y STS 26 abril 1986 (Ar. 2250).

<sup>102</sup>.- Pues de lo contrario, se violaría lo establecido en el art. 7 CC, STCT 23 diciembre 1986 (Ar. 14476).

demanda del pago puntual de la deuda salarial, conducta que pone de manifiesto la buena fe del reclamante<sup>111</sup>.

La postura es criticable tanto por la inseguridad jurídica, descargando sobre el trabajador la responsabilidad de la determinación temporal del incumplimiento, como porque condiciona el ejercicio de la acción a la observancia de requisitos que la ley no contempla<sup>112</sup>. El art. 50.1.b) no exige la demostración de una especial buena fe en la conducta del trabajador, mediante el agotamiento de intentos previos para conseguir el cumplimiento de la obligación empresarial, sino sólo que el retraso en el pago sea grave por su repetición en el tiempo, lo que implícitamente constituye una oferta reiterada para el cumplimiento del empresario, que tiene en sus manos evitar esa gravedad convirtiendo el retraso en un incumplimiento irrelevante u ocasional.

Siendo grave el incumplimiento, la causa juega aunque la falta o retraso no sea culpable<sup>113</sup>. Es ésta en general la posición dominante de la jurisprudencia, según la cual «el precepto no permite subjetivar las concretas motivaciones del

---

<sup>111</sup>.- BORRAJO DACRUZ, recogiendo la doctrina establecida por la jurisprudencia, *Reinterpretación...*, *op. cit.*, pág. 36.

<sup>112</sup>.- ALBIOL MONTESINOS, La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador, *cit.* pág. 37, quien además aprecia, en la base de ese consentimiento, una renuncia de derechos irrenunciables.

<sup>113</sup>.- ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo, cit.*, pág. 490; DURAN LOPEZ, *Resolución del contrato...*, *op. cit.*, págs. 16 y 17. En contra, ALBIOL MONTESINOS, *Causas y efectos...*, *op. cit.*, pág. 221; GARCIA FERNANDEZ, *La terminación...*, *op. cit.*, págs. 107 y 112; y BORRAJO DACRUZ, *Reinterpretación...*, *op. cit.*, págs. 28 a 39.

incumplimiento, ni la buena o mala fe del empresario>>, por lo que <<es [éste] quien ha de probar la existencia de un hecho impeditivo o abrumadoramente dificultoso que impida el cumplimiento exacto de la obligación>>"".

No faltan, sin embargo, opiniones partidarias de una solución "más matizada", tendente a <<valorar las circunstancias, tanto objetivas como subjetivas, del caso concreto, para evitar que, a través de aplicaciones mecánicas, pueda llegarse a situaciones injustas>>""; pero de ello no cabe deducir la coexistencia de dos tendencias doctrinales enfrentadas entre sí, una objetivista y otra subjetivista, ya que esta segunda responde a situaciones muy concretas en las que, o bien el empresario no paga porque está en crisis, resultando además afectado por ese incumplimiento un colectivo importante de trabajadores de la empresa, cuando no toda la plantilla; o bien de supuestos en los que, no es que no quepa apreciar culpabilidad en la conducta empresarial, sino que el incumplimiento contractual es inexistente porque la cantidad reclamada no

---

"".- Además de las sentencias reseñadas en las notas anteriores, ver las SSTSJ Madrid 25 enero 1990 (AL, nº 16/1990, marg. 353), 25 julio 1989 (AL, nº 38/1989, marg. 1032) y 7 junio 1989 (RL, tomo II/1989, pág. 520); SSTS 21 marzo 1988 (Ar. 2335) y 30 junio 1987 (Ar. 4676).; SSTCT 15 marzo 1988 (Ar. 2214), 8 septiembre 1987 (Ar. 18605), 5 mayo 1987 (Ar. 9292), 21 y 9 abril 1987 (Ar. 8195 y 7767), 20 enero 1987 (Ar. 904), 23 diciembre 1986 (Ar. 14476), 26 y 18 noviembre 1986 (Ar. 12467 y 11736), 23 julio 1986 (Ar. 6812), 13 mayo 1986 (Ar. 3300), 18 y 11 febrero 1986 (Ar. 981 y 787).

"".- STS 12 marzo 1987 (Ar. 1396). De <<voluntad dolosa o culposa>> habla la STSJ Cataluña 23 mayo 1991 (Colex, JL nº 618/1991); de <<incumplimiento grave y culpable>> las SSTS 18 julio 1990 (Ar. 6425), 7 abril 1987 (Ar. 2369) y 20 enero 1987 (Ar. 86); de <<voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento>> la STS 24 octubre 1988 (Ar. 8142); de <<conducta culpable o negligente>> la STCT 23 julio 1987 (Ar. 16837).

tenga naturaleza salarial, la deuda no sea exigible, o porque el impago o retraso sea imputable al trabajador, por lo que, se puede concluir que, no dándose esas concretas circunstancias, los incumplimientos recogidos en el art. 50.1.b) han de ser interpretados objetivamente.

Por lo demás, es jurisprudencia reiterada que el ofrecimiento extemporáneo del pago de los salarios adeudados (normalmente antes del juicio) no impide el éxito de la acción resolutoria, aunque sea efectivo, es decir, aunque sea aceptado por el trabajador, ya que, además de que dicha acción tiene por base tanto el impago como el pago con retraso, éste no compensa el daño causado por el incumplimiento<sup>111</sup>.

## 2. INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO Y CAUSAS DE EXENCION DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL.

El objeto del incumplimiento previsto en el art. 50.1.b) ET es el salario (art. 26.1 ET), que, de acuerdo con el DOS, arts. 4 y 5, comprende tanto el salario base como los complementos salariales, por lo que no cabe el ejercicio de la acción resolutoria cuando el objeto del derecho de crédito sean

---

<sup>111</sup>.- STS 27 mayo 1987 (Ar. 3899), STSJ Galicia 27 mayo 1991 (AL, nº 39/1991, marg. 963) y SSTCT 17 febrero 1989 (Ar. 1423), 4 mayo 1988 (Ar. 3625), 4 abril 1988 (Ar. 2691), 18 noviembre 1986 (Ar. 11736), 23 julio 1986 (dos sentencias, Ar. 6812 y 6811); aunque el ofrecimiento sea rechazado por los trabajadores por no constar en el recibo la fecha real del abono del salario, STCT 9 julio 1986 (Ar. 5833). En contra, STS 27 julio 1988 (Ar. 6260), el abono de todo lo adeudado <<es indicativo de la actitud responsable de la empresa frente a la situación anterior [...] e igualmente demostrativo del ejercicio irregular de la acción>>.

cantidades no salariales de las previstas en el art. 26.2 ET<sup>111</sup>, sino la tendente a su abono o reconocimiento, sin perjuicio de que, en su caso, el empresario pueda ser sancionado por la Administración laboral, señaladamente ante supuestos de incumplimiento del pago delegado de las prestaciones económicas de la Seguridad Social (art. 14.1.6 LIS).

Tampoco hay incumplimiento contractual cuando la deuda no es exigible, bien porque exista acuerdo dilatorio para el pago de lo adeudado, bien porque se trate de un derecho salarial controvertido. En el primer caso, porque según el art. 1125 y siguientes del CC, si el acreedor y el deudor han convenido un aplazamiento en el pago, la deuda no es requerible sino mediante los plazos y condiciones pactadas<sup>112</sup>, lo que no supone una renuncia de derecho necesario, sino sólo el compromiso temporal de no ejercitarlo<sup>113</sup>. Y en el segundo, porque si bien el art. 50.1.b) establece que la cuantía

---

<sup>111</sup>.- La falta de abono de las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social no constituye un incumplimiento que justifique la acción rescisoria del art. 50.1.b) ET, sino la directa del trabajador contra el Ente gestor, SSTS 4 febrero 1991 (Colex, JL nº 145/1991), 4 diciembre 1989 (Ar. 8926) y 17 diciembre 1987 (Ar. 8969) y SSTCT 20 abril 1988 (Ar. 3000), 10 marzo 1987 (Ar. 5320), 5 marzo 1986 (Ar. 1468), 18 febrero 1986 (Ar. 985) y 8 enero 1986 (Ar. 28); aunque el empresario resultara obligado a ello por incumplimiento de las obligaciones de afiliación y alta del trabajador, STCT 23 febrero 1986 (Ar. 1184); en contra STCT 21 octubre 1986 (Ar. 9938). Tampoco tienen carácter salarial las mejoras voluntarias de Seguridad Social, STS 11 abril 1988 (Ar. 2943).

<sup>112</sup>.- Es el caso de las SSTS 18 julio 1990 (Ar. 6425), 16 junio 1987 (Ar. 4376), 29 y 4 diciembre 1986 (Ar. 7612 y 7278), 14 octubre 1986 (Ar. 5468) y 13 febrero 1984 (Ar. 869). El acuerdo ha de ser expreso, STS 25 julio 1986 (Ar. 4293). La existencia de pacto dilatorio ha de ser acreditada, STCT 11 marzo 1986 (Ar. 1594).

<sup>113</sup>.- STCT 11 febrero 1986 (Ar. 787).

salarial es la pactada, es decir, la fijada colectivamente -salvo mejora voluntaria individual o colectiva- la duda razonable<sup>133</sup>, y no ficticia o retardataria, sobre la realidad o la cuantía de la deuda, impide hablar de incumplimiento contractual hasta que esté establecido definitivamente su derecho a ella<sup>134</sup>, por lo que en estos casos, la acción ejercitable no es la resolutoria, sino la que tiene por objeto el reconocimiento del derecho.

Por último, la jurisprudencia exime al empresario de su responsabilidad por el incumplimiento cuando la falta de pago o retraso en el abono del salario es debido a causa imputable al trabajador, porque rechaza el ofrecimiento o se niegue a firmar el recibo de salarios<sup>135</sup>, ya que el empresario cumple su obligación con ofertar puntualmente el pago, poniendo a disposición del trabajador el salario que estima se le adeuda<sup>136</sup>.

---

<sup>133</sup>.- No si no lo es, ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, cit. pág. 491.

<sup>134</sup>.- Cfr. SSTTS 6 mayo 1987 (Ar. 3252) y 6 marzo 1987 (Ar. 1348) y SSTCT 4 octubre 1988 (Ar. 6299), 7 junio 1988 (Ar. 4395), 2 diciembre 1987 (Ar. 27021), 23, 14 y 7 julio 1987 (Ar. 16837, 15970 y 15354), 19 mayo 1987 (Ar. 10372), 4 diciembre 1986 (Ar. 13151), 18 noviembre 1986 (Ar. 11710), 24 y 17 septiembre 1986 (Ar. 8392 y 8030), 5 junio 1986 (Ar. 4086), 5 y 4 marzo 1986 (Ar. 1449 y 1407). La reclamación por diferencias salariales es compatible con el percibo de los salarios, siempre que se haga constar la indicación de no conformidad, STS 17 diciembre 1987 (Ar. 8969).

<sup>135</sup>.- SSTCT 17 marzo 1989 (Ar. 2226), 27 septiembre 1988 (Ar. 5756), 10 mayo 1988 (Ar. 3635), 5 mayo 1987 (dos sentencias, Ar. 9291 y 9290), 19 junio 1986 (Ar. 4654), 21 enero 1986 (Ar. 297) y SSTTS 9 mayo 1984 (Ar. 2991) y 22 diciembre 1983 (Ar. 4264).

<sup>136</sup>.- STS 17 diciembre 1987 (Ar. 8969). En contra, STCT 19 abril 1988 (AL nº 28/1988, marg. 699), el ofrecimiento formal de pago no libera de la obligación si no hay consignación, pero sirve para impedir la sanción por mora del art. 29.3 ET.

Dudoso en cambio, cuando la causa del incumplimiento es imputable a un tercero (en el supuesto más común, cuando el pago depende del abono de las subvenciones o de transferencias concertadas con organismos públicos<sup>111</sup>) ya que el empresario asume el riesgo de la empresa. Pero subsiste el crédito salarial aunque el trabajador no pudiera trabajar por <<impedimentos imputables>> al empresario (art. 30 ET).

### III. INCUMPLIMIENTO EMPRESARIAL Y CRISIS ECONOMICA: LA CONCURRENCIA DE PRETENSIONES EXTINTIVAS.

De acuerdo con la doctrina sentada por una importante línea jurisprudencial, el incumplimiento contractual de la obligación de pago del salario, aunque sea grave, no fundamenta la pretensión resolutoria del art. 50.1.b) ET cuando tiene alcance colectivo<sup>112</sup>, lo que normalmente va unido o es consecuencia del padecimiento por la empresa de una depresión económica, sea ésta temporal o definitiva.

Para llegar a esa conclusión, los tribunales utilizan dos

---

<sup>111</sup>. - Es el caso de las SSTS 24 octubre 1988 (Ar. 8142) y 20 enero 1987 (Ar. 86), y STCT 13 enero 1987 (Ar. 413); debido a la deuda que el INSALUD mantiene con la clínica, STS 23 junio 1986 (Ar. 3710). Ver también la STSJ Extremadura 23 junio 1989 (AL, n° 38/1989, marg. 1027), apreciando la concurrencia de causa justificativa del incumplimiento, porque la huelga que realizaron los trabajadores impidió al empresario cumplir con los pedidos que tenía contratados.

<sup>112</sup>. - Cfr. SSTSJ Cataluña 23 mayo 1991 (Colex, JL n° 618/-1991) y de Madrid 12 marzo 1990 (AL n° 22/1990, marg. 483); SSTS 18 julio 1990 (Ar. 6425), 11 abril 1988 (Ar. 2943), 11 mayo 1987 (Ar. 3671), 7 abril 1987 (Ar. 2369), 12 marzo 1987 (Ar. 1396), 19 febrero 1987 (Ar. 1074), 4 diciembre 1986 (Ar. 7278) y 23 octubre 1986 (Ar. 10120); y SSTCT 31 enero 1989 (Ar. 661) y 24 febrero 1987 (Ar. 3919).

tipos de argumentación: en primer lugar, la ausencia de culpabilidad en el incumplimiento empresarial; pues es la crisis económica, involuntaria, por hipótesis, la causa real del incumplimiento y, por tanto, lo que constituye su justificación. En segundo término, el carácter colectivo del incumplimiento: cuando la falta o retraso en el pago del salario afecta a la totalidad de la plantilla o a un gran número de trabajadores de la empresa, la solución debe ser también colectiva, ya que si se permitiera el ejercicio de acciones individuales, se colocaría al resto de los trabajadores de la empresa en una situación de agravio comparativo, que en el mejor de los casos, verían extinguido su contrato de trabajo con una indemnización notoriamente inferior (art. 51.10 ET) a la prevista en el art. 50 ET, lo que se califica de privilegiado e insolidario.

Por consiguiente, de acuerdo con esta doctrina, lo procedente en los casos de incumplimiento colectivo es el recurso al expediente de crisis, que de no ser instado por el empresario, debe iniciarse por los propios trabajadores, a través de sus representantes legales, de acuerdo con lo previsto en el art. 51.2 párrafo segundo ET.

No deja de sorprender que las dificultades económicas sirvan sólo para justificar el incumplimiento empresarial cuando es colectivo, ya que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial dominante, la disculpa económica no sirve a nivel individual<sup>111</sup>, donde la causa del art. 50.1.b) ET juega

---

<sup>111</sup>.- La crisis económica no impide el ejercicio de la acción resolutoria si el incumplimiento es grave, según las SSTCT 23 junio 1987 (Ar. 13854), 22 octubre 1986 (Ar. 10030), 28 mayo 1986

objetivamente, con independencia, por tanto, de la concurrencia o no de culpabilidad en la conducta del empresario. En realidad, la diferencia entre uno y otro supuesto reside en que la afectación general del impago o retrasos en el abono del salario es normalmente una manifestación de la crisis económica de la empresa, y que esta situación justifica la suspensión o extinción de los contratos (arts. 45.1.j) y 49.9 ET) cuando es constatada por la Autoridad laboral, para lo cual es necesario la previa incoación del expediente de regulación de empleo, de acuerdo con lo previsto en los arts. 51 y 47 ET. Por ello, si lo que se quiere es evitar que tenga lugar una pluralidad de extinciones individuales, nadie mejor que el empresario para impedirlo, solicitando la extinción o suspensión de los contratos cuando el estado económico de la empresa (de lo que aquél es conocedor directo) no permita, temporal o definitivamente, el mantenimiento de las relaciones laborales<sup>111</sup>, sobre todo si es a costa del incumplimiento de sus obligaciones salariales.

Por otro lado, si bien es cierto que los trabajadores pueden tomar igualmente la iniciativa de promover el expediente (art. 51.2 párrafo segundo ET), también lo es que esa iniciativa tiene carácter subsidiario o residual, en cuanto que sólo es ejercitable en defecto de la solicitud del empresario (lo que requiere una cierta espera a su reacción), y que su ejercicio precisa un plus de causalidad -que no se exige cuando es

---

(Ar. 3800), 15 marzo 1984 (Ar. 2476), 3 febrero 1984 (Ar. 938), 12 abril 1983 (Ar. 2987), 3 noviembre 1982 (Ar. 5943), 15 junio 1982 (Ar. 3626), 4 mayo 1982 (Ar. 2628), 2 febrero 1982 (Ar. 549); y STS 25 julio 1986 (Ar. 4293).

<sup>111</sup>.- En este sentido, SSTCT 7 marzo 1989 (Ar. 2171) y 14 febrero 1989 (Ar. 1395).

el empresario el promotor del expediente- consistente en la presunción racional de que la inercia del empresario pueda ocasionar a los trabajadores <<perjuicios de imposible o difícil reparación>>), que deben además ser constatados por la Autoridad Laboral (art. 13 párrafo último, letra b) DMSE)<sup>141</sup>, lo que, sobretodo en situaciones tan perentorias como la falta prolongada en la percepción de los salarios, dificulta la operatividad de la medida y explica su escasa, por no decir nula, utilización<sup>142</sup>.

Por consiguiente, si el empresario no incoa el expediente, no se puede imponer a los trabajadores la necesidad de una solución colectiva, impidiendo que recurran <<al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo>> (art. 4.2.g) ET), entre ellas, las previstas en el art. 50 ET, máxime cuando, como señala la STCT de 28 de febrero de 1989<sup>143</sup>, la ley <<no estable[ce] criterios de preferencia de una vía sobre la otra>>. Tanto es así que la causa resolutoria del art. 50.1.b) no diferencia entre incumplimientos de carácter individual o colectivo, por lo que debe jugar con independencia del

---

<sup>141</sup>.- A lo que se añaden otros factores, como la probable necesidad de contar con el consentimiento de los trabajadores para la adopción de la decisión por los representantes legales. Para el estudio de esta figura, ver GARCIA FERNANDEZ, *La terminación...*, op. cit. págs. 129 y ss.

<sup>142</sup>.- La única sentencia encontrada en la que el expediente haya sido instado por los representantes de los trabajadores es la STCT 6 noviembre 1986 (Ar. 1132).

<sup>143</sup>.- Ar. 1474. En el mismo sentido, STS 19 diciembre 1983 (Ar. 6250) y STCT 17 mayo 1983 (Ar. 4356).

número de trabajadores que resulten afectados<sup>141</sup>, lo que se confirma con la previsión contenida en el art. 33.2 ET, que supone un reconocimiento legal implícito de la posibilidad de ejercitar dicha acción resolutoria en los supuestos de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores<sup>142</sup>.

El argumento de la solidaridad tampoco sirve para quebrar la conclusión anterior. Podría ser alegada si, iniciado el expediente de regulación de empleo, alguno de los trabajadores afectados intentara, mediante el ejercicio de la acción resolutoria, colocarse en situación privilegiada respecto a los demás, consiguiendo una indemnización mayor que la que le correspondería de haber quedado sometido, como el resto de sus compañeros, a la decisión del expediente (aunque ésta decisión sea incierta); pero no cuando el empresario se aquieta, consintiendo que el incumplimiento alcance una importancia sustancial. En este

---

<sup>141</sup>.- Así lo establece la STSJ Madrid 7 junio 1989 (RL, tomo II/1989, pág. 520) y SSTCT 17 mayo y 13 abril 1983 (Ar. 4356 y 3097). <<La causa opera tanto respecto de los impagos individuales como de los colectivos>>, ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo, op. cit.* pág. 490; y ALONSO OLEA y BARREIRO GONZALEZ, *El Estatuto...*, *op. cit.*, pág. 237.

<sup>142</sup>.- ALBIOL MONTESINOS, *Causas y efectos...*, *op. cit.* pág. 220. Por el contrario, según DURAN LOPEZ, <<parece razonable pensar que de existir circunstancias justifiquen o puedan conducir a una extinción colectiva de relaciones de trabajo, lo procedente, si la empresa no lo hace, es que los representantes de los trabajadores insten el expediente de regulación de empleo, y no que tenga lugar una pluralidad de acciones individuales resolutorias>>, *La resolución del contrato...*, *op. cit.*, págs. 17 y 18. Por su parte, GARCIA FERNANDEZ indica que <<la resolución contractual sólo estaría justificada si [la] pasividad [del empresario] no excluye, ni por intención ni por necesidad, la continuidad de la empresa. De otra forma [...] los trabajadores han de actuar de acuerdo con lo previsto en el art. 51.2 ET>>, *La terminación...*, *op. cit.*, pág. 110.

caso, la pretensión extintiva del trabajador no resulta ni abusiva ni contraria al principio de la buena fe, porque no obedece a la intención de obtener un mayor beneficio (el expediente no ha sido iniciado), sino que <<es simple consecuencia de una mayor diligencia en la tutela de los propios derechos e intereses>><sup>144</sup>.

Por otro lado, la solución ofrecida en desquite de la negación del ejercicio del derecho (la tramitación del expediente de regulación de empleo), no constituye un remedio suficiente para subsanar el incumplimiento empresarial, ya que ni el empresario ni los representantes legales de los trabajadores quedan vinculados por la constatación judicial de la crisis -aparte de que la situación puede ser muy distinta al tiempo de dictarse la sentencia-, por lo que, en la práctica, se consigue el efecto contrario, la confirmación del incumplimiento del empresario y la indemnidad de su negligencia o falta de diligencia en la adopción de las medidas legalmente previstas para evitar o procurar solucionar los perjuicios provocados por la crisis.

Esta tesis resulta reforzada por la jurisprudencia, ya reiterada, que resuelve los supuestos de concurrencia de pretensiones extintivas, del empresario y del trabajador, con arreglo a un criterio temporal. De acuerdo con esta doctrina,

---

<sup>144</sup>.- El art. 50.1.b) ET <<no exige una igualdad de comportamiento reaccional, idéntico para todos los afectados por una misma situación. En caso contrario, la actitud de la mayoría condicionaría el ejercicio de los derechos individuales de la minoría>>, ALBIOL MONTESINOS, *La extinción del contrato...*, op. cit. pág. 36.

y fuera ya, por tanto, de los supuestos de inercia del empresario, el acogimiento de la solicitud resolutoria del trabajador depende de que el empresario haya o no iniciado, con anterioridad a aquélla, el expediente de regulación de empleo, de forma que sólo cuando la iniciativa empresarial sea anterior, la del trabajador puede ser rechazada. Las hipótesis de trabajo son, pues, dos: que el trabajador ejercite la acción resolutoria durante la tramitación del expediente; y la contraria, que sea el trabajador quien se anticipe a extinguir y con posterioridad el empresario solicite la extinción colectiva de los contratos de trabajo.

En el primer supuesto, el trabajador no puede resolver<sup>14</sup>, porque se lo impiden <<razones de economía procesal y de simple equidad -evitar una solución discriminatoria para los trabajadores de la misma empresa, según acudiesen o no a la vía de extinción de los contratos->><sup>15</sup>, aparte de que la diligencia del empresario habrá impedido que el incumplimiento adquiriera la gravedad necesaria para el ejercicio de la acción. Es, por tanto, en este supuesto donde tiene realmente cabida la aplicación del principio de solidaridad porque; estando todos los trabajadores perjudicados por el incumplimiento sometidos a la decisión del expediente, no cabe el acogimiento de pretensión

---

<sup>14</sup>.- Es el caso de las SSTS 22 diciembre 1988 (Ar. 9899), y 7 mayo 1984 (Ar. 2968). Excesiva la STCT 5 noviembre 1987 (Ar. 24289) que tiene en cuenta las conversaciones habidas con anterioridad al periodo de consultas.

<sup>15</sup>.- STCT 12 abril 1983 (Ar. 2987). <<Lo contrario atentaría contra el principio de solidaridad>>, SSTS 24 octubre 1988 (Ar. 8143), 2 julio 1987 (Ar. 5057) y 21 junio 1986 (Ar. 3696).

de trabajador individual tendente a obtener indemnización mayor que la del resto de sus compañeros.

Es posible, sin embargo, que el empresario haya solicitado únicamente la suspensión de los contratos, por tratarse de una crisis temporal, o incluso que, de acuerdo con el controvertido art. 15 párrafo segundo DMSE, la Administración acuerde otro tipo de medidas distintas a la extinción solicitada (suspensión, reducción de jornada, etc), no obstante lo cual la jurisprudencia tiende a unificar los supuestos, probablemente porque, aunque en estos casos no sea aplicable el argumento del privilegio de mayor indemnización, el principio de solidaridad no pierde su virtualidad, pues su aplicación exige que la solución sea homogénea para todos los trabajadores incluidos en el expediente<sup>14</sup>.

El problema surge cuando la falta de pago o los retrasos continuados en el abono del salario se producen durante la tramitación del expediente. En principio, ni el art. 51 ET ni la regulación reglamentaria de desarrollo (DMSE) autorizan al empresario para ello, ya que la relación laboral permanece en vigor y las obligaciones contractuales son recíprocamente exigibles hasta que se produzca la extinción autorizada de los contratos<sup>15</sup>, aparte de que lo contrario supondría prejuzgar el sentido de la resolución administrativa. Sin embargo, es probable que al haber sido ya instado el expediente, se espere

---

<sup>14</sup>.- En contra, STCT 12 abril 1983 (Ar. 2987), <<pues [si el expediente es] de suspensión temporal, no puede convalidar situaciones de incumplimiento empresarial anterior>>.

<sup>15</sup>.- ALBIOL MONTESINOS, *Causas y efectos...*, op. cit., pág. 220.

hasta su resolución y sólo en el caso de que ésta sea denegatoria podrá el trabajador solicitar la extinción de su contrato por el incumplimiento previsto en el art. 50.1.b) ET<sup>111</sup>.

Conclusión lógica de todo lo anterior es que la solidaridad no es exigible del trabajador no incluido en el expediente<sup>112</sup>, dato éste que se conoce desde el inicio de su tramitación, pues la relación de trabajadores afectados es parte de la documentación que debe acompañar al empresario<sup>113</sup> a la solicitud de autorización, tanto para la suspensión como para la extinción de los contratos (arts. 5 y 13 primero DMSE), y, probablemente, haya también de formar parte de la <<documentación justificativa>> que se adjunta a la comunicación del inicio del periodo de consultas a los representantes legales de los trabajadores (art. 10 DMSE)<sup>114</sup>, o ser presentada, con posterioridad, durante el desarrollo de ese periodo, (según se deduce de los arts. 51.3 ET y 11 DMSE), ya que seguramente éste sea uno de los puntos de debate entre las partes y, siempre,

---

<sup>111</sup>.- La jurisprudencia es contradictoria; acoge la pretensión resolutoria del trabajador la STSJ Castilla y León, 18 septiembre 1989 (RL, tomo II/1989, pág. 741); por contra, la STS 6 octubre 1987 (Ar. 6836) y la STCT 24 febrero 1987 (Ar. 3919), entienden justificada la falta de pago del salario mientras se tramita y decide el ERE.

<sup>112</sup>.- ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, cit., págs. 491-492; y SSTS 12 mayo 1988 (Ar. 5243), 27 mayo 1987 (Ar. 3899) y 7 mayo 1984 (Ar. 2968).

<sup>113</sup>.- No, parece, si son los representantes de los trabajadores quien lo promueven (art. 13 *in fine*, letra b) DMSE).

<sup>114</sup>.- Por el contrario, no tiene sentido su inclusión en la comunicación (posterior, según el art. 51.4 ET; simultánea, según el art. 10 DMSE) del inicio de dicho periodo a la Autoridad laboral, pues dicha información sólo le interesa en el caso de que no haya acuerdo, en congruencia con lo establecido en los arts. 13 DMSE y 51.5 *in fine* ET.

una de las cláusulas que haya de constar, en caso de acuerdo, en el acta correspondiente.

El segundo supuesto, tiene lugar cuando es el trabajador quien toma primero la iniciativa, ejercitando la acción resolutoria con anterioridad a la apertura del expediente de regulación de empleo. En este caso, si el incumplimiento del empresario es grave, la pretensión ha de ser acogida <<ya que, de lo contrario, tendría la empresa un cómodo subterfugio para abortar o impedir el ejercicio de un derecho que, en principio, no tiene cortapisas legales de orden material o procesal>><sup>114</sup>. Pero si el expediente se acuerda o aprueba con efectos retroactivos (anteriores al ejercicio de la acción resolutoria del trabajador) no vale el criterio temporal, ya que, debido al carácter constitutivo de la sentencia de resolución del contrato, de nada sirve que la acción sea anterior al inicio del expediente si, en el momento de dictarse la sentencia el contrato está extinguido, por lo que al faltar el requisito de pervivencia de la relación laboral, la pretensión resolutoria no puede ser acogida<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup>.- STCT 12 abril 1983 (Ar. 2987). En el mismo sentido, STS 19 diciembre 1983 (Ar. 6250) y STCT 4 mayo 1989 (Ar. 3625).

<sup>115</sup>.- SSTTS 27 julio 1989 (Ar. 5927), 19 julio 1988 (Ar. 5049) y 2 julio 1985 (Ar. 3664). Sobre la aplicación del art. 32 LPL al despido de carácter colectivo, GARCIA MURCIA, *Acumulación de demoras de despido y de resolución del contrato por voluntad del trabajador*, Cívitas, Madrid, 1991, págs. 128 a 131.

### CAPITULO TERCERO

## LA RESOLUCION CONTRACTUAL POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL GRAVE DEL EMPRESARIO SUBSUMIBLE EN EL ARTICULO 50.1.C ET.

### I. LA CLAUSULA GENERICA DEL 50.1.C) ET Y SU INTEGRACION JURISPRUDENCIAL.

Cierra el art. 50 ET el elenco de posibles causas resolutorias con la prevista en su letra c), <<cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor>>. La función de esta causa es doble:

Por un lado, proporciona el concepto general que define y caracteriza todas las del precepto<sup>116</sup>, cualificando el <<incumplimiento contractual del empresario>> del art. 49.10 ET, con la nota de gravedad y excluyendo los supuestos de fuerza mayor. Por otro, actúa a modo de <<cláusula de apertura

---

<sup>116</sup>.- Ver últimamente, SSTSJ Madrid 26 septiembre 1991 (RL, nº 23/1991, pág. 45), 8 enero 1991 (AL nº 18/1991, marg. 447) y 25 enero 1990 (AL, nº 16/1990, marg. 353).

de la lista>>"" permitiendo que incumplimientos empresariales cualesquiera, pero no acomodables en las causas anteriores (las de las letras a y b del art. 50), puedan ser igualmente alegados por el trabajador para resolver el contrato por constituir <<conductas empresariales que impliquen un incumplimiento grave de las obligaciones del empleador>>"".

Si bien se mira, la letra c) del art. 50.1 ET es básicamente aplicable a dos categorías de incumplimiento:

A) Una compuesta por conductas empresariales que, no reuniendo todos los requisitos específicamente exigidos en las letras a) ó b) de dicho precepto, sean igualmente susceptibles de ser calificadas como incumplimientos contractuales graves; en concreto, respecto de la causa a), las modificaciones de las condiciones de trabajo que, pese a su carácter accidental, perjudiquen la formación profesional o la dignidad del trabajador, o que siendo sustanciales, no causen esos perjuicios, pero sí otros diferentes; así como aquellas otras conductas del empresario que, sin modificar ni accidental ni sustancialmente las condiciones de trabajo, afecten negativamente a la formación profesional o a la dignidad del trabajador. En cuanto a la causa b), incluidos en su ámbito los impagos o retrasos de parte del salario (si son graves, ver *supra*, Capítulo segundo.I.1), la única hipótesis imaginable es la relativa al abono de cantidades no salariales, ya que el resto o no son incumplimientos graves, o nada tienen que ver con el supuesto

---

"".- ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, cit. pág. 491.

"".- STSJ Cataluña 21 diciembre 1990 (AL, nº 18/1991, marg. 451).

recogido en el precepto.

B) El panorama se completa con los incumplimientos ya no <<residuales>>, sino directamente conducibles a la letra c) del art. 50, por constituir conductas empresariales atentatorias contra alguno de los derechos laborales del trabajador distintos de los recogidos en las hipótesis anteriores, o en las letras a) ó b) del precepto.

Así las cosas, la cláusula genérica debería ser, por su amplitud, la de más frecuente aplicación por los tribunales y, sin embargo, no es así porque, con buen criterio, el legislador señaló en las letras a) y b) los incumplimientos más frecuentes, dejando la letra c) para aquellos otros que pudieran producirse, que han resultado ser los menos, a lo que ha coadyuvado la reticencia jurisprudencial a aplicar el precepto a las diversas hipótesis que hemos incluido dentro de esa primera categoría, en especial cuando el incumplimiento alegado para la extinción consiste en una modificación de las condiciones de trabajo.

A) Porque si la variación es accidental, entra dentro del poder de dirección (arts. 5.c) y 20 ET), que aunque no es ilimitado, sí cuenta con la presunción general de legitimidad<sup>133</sup>, lo que dificulta la prueba del perjuicio en la dignidad o en la formación profesional; pero si se prueba, el precepto aplicable es el 50.1.c) y no el de la letra a) de este precepto<sup>134</sup>.

---

<sup>133</sup>.- STCT 20 noviembre 1986 (Ar. 11989).

<sup>134</sup>.- Cfr. STCT 14 marzo 1989 (AL, nº 23/1989, marg. 595), en un supuesto de trato vejatorio hacia el trabajador por <<excesos>> del empresario en el ejercicio de su poder de

Y si la modificación es sustancial, pero no redundando en perjuicio de la formación profesional del trabajador ni menoscaba su dignidad, el supuesto lo es de aplicación del art. 41.3 -ó del 40.2, en su caso-, siempre que se den los requisitos que establece. Aunque puede ser que el cambio no atente contra esos derechos pero sí contra otros, por ejemplo, si se realiza por motivos discriminatorios, o si tras él no se da ocupación efectiva al trabajador, incumplimientos graves que probablemente tendrían un mejor encuadre dentro de la letra a) del art. 50, ya que la discriminación es siempre depresiva o vejatoria<sup>111</sup>, y la falta de ocupación efectiva perjudica tanto a la dignidad como a la formación profesional. Existe, además, una línea jurisprudencial minoritaria que defiende la aplicación del art. 50.1.c) cuando la modificación sustancial, con independencia del daño causado, haya sido establecida sin la necesaria aquiescencia de los representantes legales de los trabajadores o de la Autoridad laboral, porque dicha modificación, siendo ilícita, constituye un incumplimiento contractual grave del empresario, tanto si la condición modificada es de las previstas en el art. 41.2 ET<sup>112</sup>, como si se trata de un

---

dirección; por trato discriminatorio, STS 12 julio 1986 (Ar. 4033) y STCT 4 junio 1986 (Ar. 4058); por cambio <<injustificado>> de puesto de trabajo y reducción del salario tras i.l.t., STCT 19 junio 1986 (Ar. 4656). No se acredita la conducta antisindical alegada en la STSJ País Vasco 8 noviembre 1990 (RL nº 6/1991, pág. 62).

<sup>111</sup>.- Sobre la conveniencia de utilizar el criterio del <<tratamiento discriminatorio>> en vez del <<menoscabo a la dignidad>>, CRUZ VILLALON, *La resolución...*, op. cit. págs. 459-460.

<sup>112</sup>.- Por reducción unilateral de jornada y salario STSJ Cataluña 23 abril 1990 (AL, nº 31/1990, marg. 707) y STCT 13 mayo 1987 (Ar. 9977), aunque ésta última concede sólo la

traslado (art. 40.1 ET)<sup>111</sup>.

Respecto al resto de las causas <<residuales>> incluíbles en el art. 50.1.c), prototipo de conducta no modificatoria que lesiona gravemente la formación profesional y la dignidad del trabajador<sup>112</sup>, es la falta de ocupación efectiva, a cuyo estudio específico se dedica el siguiente apartado; pero se incluyen también los insultos y amenazas proferidos contra el trabajador<sup>113</sup> y en general todas aquellas conductas que sean vejatorias

---

indemnización del art. 41.3 <<por un imperativo de equidad>>; por privación unilateral de la actividad mercantil complementaria con merma del salario, STS 30 diciembre 1989 (Ar. 9531); anómala la STSJ Murcia 2 octubre 1989 (RL, nº 1/1990, pág. 85), en un supuesto de asignación injustificada de funciones de inferior categoría; por modificación unilateral de la jornada y el horario, aunque sólo se pide la indemnización por daños y perjuicios, STCT 25 enero 1989 (Ar. 445); por variación unilateral del horario, STS 20 julio 1987 (Ar. 5672); del turno de trabajo, STCT 21 enero 1987 (Ar. 1130); de la jornada, STCT 2 diciembre 1986 (Ar. 12902) y STS 11 marzo 1986 (Ar. 1330); de varias condiciones con <<repercusiones económicas y profesionales>>, STS 5 diciembre 1988 (Ar. 9560); por cambio de actividad de la empresa sin la oportuna autorización administrativa, STCT 4 noviembre 1986 (Ar. 10912). Admiten implícitamente la posibilidad la STS 18 diciembre 1989 (Ar. 9042) y SSTCT 13 junio 1988 (Ar. 5279) y 3 febrero 1987 (Ar. 2183).

<sup>111</sup>.- Cfr. STS 5 marzo 1990 (Ar. 1764), con asignación de <<funciones impropias de su categoría>>; STSJ Andalucía 8 enero 1990 (AL, nº 18/1990, marg. 395); SSTCT 22 febrero 1989 (Ar. 1279), 27 abril 1988 (AL, nº 28/1988, marg. 700) y 16 febrero 1988 (Ar. 1548). Expresamente en contra, STS 5 febrero 1990 (Ar. 820), el traslado unilateral <<por sí sólo no es suficiente para aplicar el art. 50 ET>>.

<sup>112</sup>.- Hipótesis que descarta la STS 6 noviembre 1990 (Ar. 8553), <<Es a [las] alteraciones o modificaciones [sustanciales] a las que -y sólo a ellas- pueden referirse el perjuicio para la formación profesional del trabajador y el menoscabo a su dignidad>>. Aplica el 50.1.a) cuando debería aplicar la letra c) la STS 29 enero 1988 (Ar. 72).

<sup>113</sup>.- Es el caso de las SSTCT 3 mayo y 5 abril 1988 (Ar. 3609 y 2919), 2 diciembre y 26 noviembre 1986 (12874 y 12474) y STS 12 diciembre 1986 (Ar. 7355). No, si son recíprocos, STCT 23 octubre 1987 (Ar. 22795).

o indignas hacia su persona. Por otro lado, la jurisprudencia tiene dicho que el impago o retraso en el pago de cantidades que no tengan naturaleza salarial (arts. 26.2 ET y 3 DOS) puede fundar pretensión de abono o reconocimiento, pero que en ningún caso constituye un incumplimiento contractual grave del empresario subsumible en la letra c) del art. 50.1 ET (ver infra Capítulo segundo, I.2).

B) Fuera de esos supuestos, es necesario constatar si en el caso concreto la conducta del empresario evidencia la presencia de un incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales. La jurisprudencia ha venido considerando como tales los malos tratos físicos al trabajador<sup>144</sup>, grave atentado contra el derecho a la integridad física reconocido en los arts. 15 CE y 4.2.d) ET, cuya existencia puede demostrarse mediante el certificado médico correspondiente, y desde luego, aunque los órdenes jurisdiccionales de lo social y de lo penal son independientes entre sí, mediante la aportación en juicio de la sentencia condenatoria por delito o falta de lesiones. Igualmente, el incumplimiento grave por parte del empresario de sus obligaciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo (arts. 4.2.d), 5.b) y 19 ET), aunque no existe jurisprudencia al respecto.

No, en cambio, el ejercicio por el empresario de su poder disciplinario<sup>145</sup>, en tanto no se demuestre que <<intenta, grave

---

<sup>144</sup>.- Cfr. STS 26 junio 1989 (Ar. 4845) y SSTCT 18 junio 1986 (Ar. 4564) y 18 junio 1985 (Ar. 4564).

<sup>145</sup>.- STCT 27 abril 1989 (Ar. 2924).

y culpablemente menoscabar la dignidad del trabajador o hacer a éste objeto de persecución>><sup>100</sup>; ni la <<interposición de denuncias penales entre ambas partes, una contra la otra>><sup>101</sup>; ni la imposición al trabajador de la prestación de sus servicios en otras empresas del mismo grupo<sup>102</sup>; ni, en fin, el incumplimiento de las obligaciones derivadas para el empresario de su relación con la Seguridad Social<sup>103</sup>, pues el art. 50.1.c) se refiere sólo a incumplimientos del contrato de trabajo<sup>104</sup> y dichas <<anomalías>> pueden ser objeto de corrección por otras vías<sup>105</sup>.

---

<sup>100</sup>.- STCT 19 diciembre 1986 (Ar. 14301).

<sup>101</sup>.- STSJ Madrid 26 septiembre 1991 (RL nº 23/1991, pág. 45).

<sup>102</sup>.- Porque <<aunque se considerara como un incumplimiento contractual [...] tampoco podría calificarse como grave a efectos del art. 50.1.c) ET, cuando continúa realizándose el mismo trabajo, en la misma localidad y con idéntica retribución>>, STS 26 noviembre 1990 (Ar. 8650). Ver, en cambio, la STS 10 octubre 1990 (Ar. 7539), que en un supuesto similar concede la extinción solicitada por aplicación del art. 50.1.a) y c) ET.

<sup>103</sup>.- Ni la falta de afiliación, SSTCT 7 julio 1987 (Ar. 15350) y 19 mayo 1987 (Ar. 10373); ni la falta de cotización, STCT 11 noviembre 1987 (Ar. 24646); ni la falta de alta, 30 abril 1985 (Ar. 2808); ni el mantenimiento de la situación de i.l.t. sin partes confirmatorios de baja o la prórroga de dicha situación hasta los dieciocho meses sin el previo informe de la Inspección de la Seguridad Social, STS 4 diciembre 1989 (Ar. 8926).

<sup>104</sup>.- STCT 8 enero 1986 (Ar. 28).

<sup>105</sup>.- STS 4 diciembre 1989, citada.

## II. UN SUPUESTO CONCRETO DE INCUMPLIMIENTO: LA VIOLACION DEL DERECHO A LA OCUPACION EFECTIVA.

### 1. LA RESOLUCION CONTRACTUAL POR FALTA DE OCUPACION EFECTIVA.

La existencia de un derecho/deber a recibir y dar ocupación efectiva<sup>114</sup> (art. 4.2.a) ET) es el más firme testimonio del reconocimiento por el legislador de la existencia de un interés específico del trabajador en el cumplimiento; de que no sólo tiene interés en que se le remunere el trabajo, sino también en realizarlo efectivamente. A ello se une que la ocupación efectiva no encuentra, en la regulación actual, los límites que fijaba la precedente (art. 75.2º LCT); en este sentido, su valor es absoluto<sup>115</sup>, lo que significa que su no satisfacción perjudica <<considerablemente [la] formación o perfeccionamiento profesional>> del trabajador, cuando no su dignidad, porque <<ofensivo es, claramente, recibir un salario sin trabajar y sin que en ello exista una razonable justificación>><sup>116</sup>, por lo que constituye un incumplimiento contractual del empresario que legitima al trabajador para solicitar la

---

<sup>114</sup>.- Sobre el fundamento jurídico del deber de ocupación efectiva, GONZALEZ ORTEGA, *El deber de ocupación efectiva*, RPS, nº 121/1979, pág. 325 y ss; MATIA PRIM, *Consideraciones sobre el derecho a la ocupación efectiva*, en *Libro Homenaje a los Profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, (AA. VV.) Facultad de Derecho, U. Complutense, Madrid, 1980, págs. 127-132. Sobre el alcance del derecho al trabajo y su reconocimiento constitucional, ALARCON CARACUEL, *Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar*, RPS, nº 121/1979, págs. 5 y ss.

<sup>115</sup>.- Así lo entiende la doctrina; por todos, ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 377. Y la jurisprudencia, SSTTS 4 julio 1988 (Ar. 6113) y 21 marzo 1988 (Ar. 2336); y SSTSJ Extremadura 4 febrero 1991 (AL nº 29/1991, marg. 710) y 8 enero 1991 (Colex, JL, nº 10/1991), entre otras.

<sup>116</sup>.- STS 12 diciembre 1989 (Ar. 8957) y la STS 29 noviembre 1985 que cita.

extinción del contrato conforme al art. 50 ET<sup>111</sup>.

Los tribunales han venido apreciando la existencia de dicho incumplimiento cuando <<no se encomienda trabajo alguno ni se determina cuál es su situación y dependencia [del trabajador] en la empresa>><sup>112</sup>, se desplaza al trabajador a otro puesto de trabajo y no se le asigna función alguna<sup>113</sup>, la inactividad laboral es <<abusiva e injustificada>><sup>114</sup>, es debida a la <<resistencia>> del trabajador a aceptar un cambio funcional<sup>115</sup> o constituye una <<sanción encubierta>><sup>116</sup>. Sin embargo,

---

<sup>111</sup>.- Aunque no es la única medida de defensa; porque si bien la coerción directa debe ser descartada, no sólo porque <<chocaría [...] ya que no con la imposibilidad absoluta, sí con la dificultad de ejecución específica de las obligaciones de hacer>> ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, cit. pág. 378, sino también por su más que probable ineffectividad MATIA PRIM, *Consideraciones...*, op. cit. págs. 166-170, la conducta es sancionable de acuerdo con la LIS (arts. 8.11 y 7.9), además de la indemnidad económica que establece el art. 30 ET (SSTS 26 enero 1990, Ar. 222 y 19 febrero 1991, RL, nº 11/1991, pág. 53) y la posibilidad de solicitar la indemnización por daños y perjuicios derivados de la falta de ocupación, no obstante lo cual sigue vigente la denuncia de MATIA PRIM sobre la insuficiencia de garantías del derecho en nuestro ordenamiento (obra y páginas citadas).

<sup>112</sup>.- Tras la modificación del organigrama de la empresa, STS 12 diciembre 1989 (Ar. 8957).

<sup>113</sup>.- STS 23 noviembre 1989 (Ar. 8242).

<sup>114</sup>.- Como <<medida cautelar>> mientras se resuelve una auditoría (no vinculante), SSTS 27 y 18 septiembre 1990 (Ar. 7054 y 7022). Ver también la STS 7 marzo 1990 (Ar. 1776).

<sup>115</sup>.- Porque <<tal disconformidad, de haber constituido negativa, sería mercedora de sanción, pero no exime el cumplimiento del deber de proporcionar ocupación efectiva>>, STSJ Extremadura, 8 enero 1991, citada; en un supuesto parecido, STSJ Extremadura 4 febrero 1991, también citada, obligando al trabajador a permanecer sentado sin trabajar durante más de seis meses.

<sup>116</sup>.- Ya que <<si el empresario había perdido su confianza en [el trabajador], por entender que [...] había actuado con deslealtad o mala fe, pudo hacer uso de las sanciones que las

no ha lugar a la extinción cuando la falta de ocupación constituye una <<medida cautelar>> adoptada mientras se sustancia el expediente disciplinario<sup>100</sup>, o entretanto se tramita la querrela por estafa y apropiación indebida<sup>101</sup>, o <<se estudiaba si se promovía o no el expediente de regulación de empleo>><sup>102</sup>; viene justificada <<por la dificultad de acoplar [al trabajador, tras su regreso de destino] en un puesto adecuado a su categoría y circunstancias>><sup>103</sup>, por dificultades económicas de la empresa<sup>104</sup>, por la imposibilidad real de dar trabajo<sup>105</sup>, por estar a la espera de que el trabajador sea declarado incapaz permanente total<sup>106</sup>, o es debida a que el trabajador, tras haber sido cesado en su puesto por la modificación en el organigrama de

---

leyes y reglamentos establecen [...] pero no de una sanción encubierta>>, STS 17 septiembre 1990 (Ar. 7015).

<sup>100</sup>.- STS 25 enero 1986 (Ar. 278).

<sup>101</sup>.- Porque, <<pese a su ilicitud, la medida tiene una motivación razonable de la que se deduce una voluntad empresarial orientada más hacia la conservación del contrato de trabajo que a su ruptura definitiva>>, STS 15 noviembre 1986 (Ar. 6350).

<sup>102</sup>.- STS 3 octubre 1990 (Ar. 7225).

<sup>103</sup>.- STS 17 enero 1991 (Ar. 56).

<sup>104</sup>.- Ya que la <<situación de falta de actividad o servicio por causas económicas se halla prevista como causa de extinción del contrato de trabajo, no en el art. 49.10 ET, sino en el art. 49.9 del propio ET>>, STSJ Cataluña 11 julio 1991 (AL, nº 1/1992, marg. 20); en un supuesto de suspensión de pagos, STS 17 marzo 1988 (Ar. 2312).

<sup>105</sup>.- Tras readmisión por despido nulo, debido a la carencia de locales adecuados, STS 19 febrero 1991 (RL nº 11/1991, pág. 53).

<sup>106</sup>.- STCT 11 noviembre 1986 (Ar. 11309).

la empresa, rechaza el ofrecimiento de uno mejor remunerado<sup>100</sup>.

En todo caso, el incumplimiento ha de ser grave, requisito que, siendo común a todas las causas resolutorias del art. 50 ET, se suele apreciar sin necesidad de prueba específica en los supuestos de falta de ocupación efectiva, dado que este incumplimiento, por afectar a un derecho tan trascendente, se considera que de suyo alcanza la gravedad exigida en el apartado c) del art. 50.1 ET<sup>101</sup>. No obstante, si se trata de una falta de actividad ocasional o de breve duración, no cabe la resolución indemnizada del contrato de trabajo<sup>102</sup>.

Debido a la naturaleza de los perjuicios que derivan de la negativa a dar trabajo, no ha sido infrecuente en la jurisprudencia la incardinación del incumplimiento en la causa del apartado a) del art. 50.1<sup>103</sup>, sin tener en cuenta que la

---

<sup>100</sup>.- Lo que acredita <<la inequívoca voluntad de dar ocupación efectiva al trabajador>>, STS 3 enero 1990 (Ar. 117).

<sup>101</sup>.- Cfr. SSTSJ Extremadura 4 febrero y 8 enero 1991 citadas; <<porque si lo que se conculca por la empresa es un derecho básico del trabajador, el incumplimiento que invade así la antijuridicidad de su conducta es grave>>, STS 7 marzo 1990 (Ar. 1776); y SSTCT 8 septiembre 1987 (Ar. 18605), 18 febrero 1986 (Ar. 981), 12 abril 1983 (Ar. 2987) y 15 junio 1982 (Ar. 3626). La gravedad <<se eleva en progresión geométrica, en función del tiempo que transcurra en tal situación>>, dice la STS 12 diciembre 1989 (Ar. 8957) y las que cita. De <<infracción prolongada>> del deber habla la STS 3 diciembre 1990 (Ar. 9748).

<sup>102</sup>.- Es ocasional la ausencia de trabajo durante trece días, STS 17 enero 1991 (Ar. 56); no, en cambio, si de quince, según la STS 10 octubre 1990 (Ar. 7539); ni desde luego la de nueve meses, STS 28 octubre 1989 (Ar. 7455).

<sup>103</sup>.- Cfr. SSTS 10 octubre 1990 (Ar. 7539), 27 y 18 septiembre 1990 (Ar. 7054, 7022), 12 diciembre 1989 (Ar. 8957), 28 octubre 1989 (Ar. 7455) y SSTCT 12 abril 1983 (Ar. 2987) y 15 junio 1982 (Ar. 3626).

falta de ocupación ni constituye en sí misma, ni ha de ser producto necesariamente de la realización por el empresario de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo<sup>104</sup>. Aunque los efectos derivados de la aplicación de cualquiera de las causas del art. 50 son, en principio, los mismos, tal falta de rigor técnico provoca la ruptura de la sistemática legal y, al límite, podría suponer la improcedencia de la resolución pretendida, si el trabajador, haciendo uso de dicha doctrina, invocara el apartado a) ante una falta de ocupación efectiva cuando no ha habido modificación sustancial alguna de sus condiciones de trabajo.

Por consiguiente, el art. 50.1.a) debería ser únicamente aplicado en los supuestos en que la falta de trabajo resultara de una variación esencial de las condiciones de trabajo<sup>105</sup>; en otro caso, dicho incumplimiento basta por sí sólo para provocar la extinción del contrato mediante la aplicación de la causa genérica del art. 50.1.c), ya que, como señala una importante sentencia TS 21 marzo 1988<sup>106</sup>, <<la falta de ocupación efectiva, además de incidir siempre de manera negativa en la capacitación y dignidad profesional, encuentra su más correcto encuadre en el art. 50.1.c) ET, que no contiene mención a las circunstancias

---

<sup>104</sup>.- El art. 50.1.a) ET <<requiere una novación objetiva de alguna de las prestaciones esenciales del contrato y no una mera interrupción de la prestación>>, STS 15 noviembre 1986 (Ar. 6350).

<sup>105</sup>.- Es el caso de la STS 11 octubre 1989 (Ar. 7167), trabajador trasladado a un puesto de trabajo (que implica el cambio de residencia) en el que no existía actividad a realizar; o el de la STS 11 noviembre 1985 (Ar. 5751), falta de ocupación efectiva tras la remoción del trabajador del cargo de confianza que ocupaba.

<sup>106</sup>.- Ar. 2336.

recogidas en el apartado a) del precepto>>'''.

## 2. FALTA DE OCUPACION EFECTIVA Y DESPIDO TACITO.

El incumplimiento del deber de dar ocupación efectiva, si unido a la falta de abono del salario, constituye, según jurisprudencia mayoritaria, un despido tácito'''; la existencia de dichas circunstancias evidencia la voluntad resolutoria del empleador''', de forma que sólo cuando queda demostrada la ausencia de la mencionada voluntad, cabe considerar los incumplimientos que subyacen como causas justas de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador'''.

---

'''.- Seguida últimamente por otras, como las SSTSJ Extremadura, 4 febrero 1991 (AL nº 29/1991, marg. 710) y 8 enero 1991 (Colex, JL, nº 10/1991); SSTS 3 octubre 1990 (Ar. 7525), 17 septiembre 1990 (Ar. 7015), 7 marzo 1990 (Ar. 1776), 3 enero 1990 (Ar. 117), esta última, en sentido contrario; y STSJ País Vasco 31 octubre 1988 (AL, nº 6/1990, marg. 128). Y con anterioridad ella, SSTCT 17 mayo 1983 (Ar. 4356), 2 septiembre 1986 (Ar. 10912), 17 noviembre 1986 (Ar. 6461); y STS 15 junio 1987 (Ar. 4363).

'''.- Sobre la admisibilidad y la conveniencia de la figura, STCT 12 mayo 1988 (Ar. 3614) y STS 4 diciembre 1989 (Ar. 8925).

'''.- Cfr. STSJ Andalucía 16 noviembre 1990 (AL nº 8/1991, marg. 215); SSTS 11 octubre 1990 (Ar. 7541), 9 octubre 1990 (Ar. 7534), 14 junio 1990 (Ar. 5076), 4 diciembre 1989 (Ar. 8925) y 7 mayo 1987 (Ar. 3402); SSTCT 12 mayo 1988 (Ar. 3614), 19 abril 1988 (Ar. 2982), 17 y 10 febrero 1988 (Ar. 1553 y 1530), 19 enero 1988 (Ar. 900), 29 y 28 octubre 1987 (Ar. 23504 y 23341), 7 septiembre 1987 (Ar. 18430), 24 febrero 1987 (Ar. 3948), 10 marzo 1987 (Ar. 5299), 27 enero 1987 (Ar. 1509), 15 enero 1987 (Ar. 1513), 7 enero 1987 (Ar. 80), 16 diciembre 1986 (Ar. 13878), 2 y 1 abril 1986 (Ar. 2096 y 2037), 14 enero 1986 (Ar. 179), 12 noviembre y 14 mayo 1985 (Ar. 6134 y 3153). No si los salarios atrasados se reclamaron por cauce distinto y se reconocieron en conciliación, STS 2 junio 1986 (Ar. 3432); o la falta de ocupación y de abono del salario se producen durante la tramitación de un ERE, STS 2 julio 1987 (Ar. 5057).

'''.- Es el caso de las SSTS 3 octubre 1990 (Ar. 7524) y 4 julio 1988 (Ar. 6113). En un supuesto concreto tras finalización de la huelga, STS 11 octubre 1990 (Ar. 7544).

Son varias las cuestiones que sustenta esta tesis:

- En primer lugar, cuándo hay que entender que existe falta de pago del salario: ¿basta un simple retraso o es necesario que el incumplimiento sea grave?; y por otro lado: ¿el impago ha de ser total o basta la falta de pago de parte del salario?. En principio, sólo cabría deducir la existencia de un despido implícito cuando el incumplimiento del pago del salario fuera total y además grave, ya que tanto el impago parcial como el ocasional no revelan una intención resolutoria, sino tan sólo una conducta incumplidora de la obligación contractual. A la misma conclusión se llega respecto a los retrasos, porque el pago, aún impuntual, demuestra la voluntad del empresario de que la relación siga vigente.

Sin embargo, en todos esos casos el trabajador va a verse obligado igualmente a accionar contra el supuesto despido como medida precautoria, pues la brevedad del plazo de caducidad que establecen los arts. 59.3 ET y 103 LPL no permite adoptar actitudes expectantes. Sólo cuando el despido haya sido impugnado podrá el juez decidir si el empresario quería resolver o se trata de un mero incumplimiento.

- En segundo lugar surge el problema -latente en todos los despidos tácitos- de precisar el *dies a quo* del plazo para el ejercicio de la acción. En este caso, dado que su presupuesto es la concurrencia conjunta de la falta de ocupación y del pago del salario, el plazo empezará a contar desde el día siguiente a aquel en que ambos incumplimientos confluyan, aunque la jurisprudencia no tiene establecido nada al respecto, pues la inmensa mayoría son casos de desestimación de la pretensión

resolutoria del trabajador y declaración de firmeza del despido por transcurso del plazo para su impugnación<sup>111</sup>.

Algunos autores critican esta postura jurisprudencial por la inseguridad jurídica que genera<sup>112</sup> y porque la dependencia de la exigibilidad del derecho a la ocupación respecto al cumplimiento de la obligación salarial, restringe su ámbito de aplicación y supone un freno a la autonomía del mismo<sup>113</sup>. Lo cierto es que con el mecanismo del despido tácito se transforma lo que en principio constituye una conducta empresarial incumplidora del contrato, en un acto resolutorio efectivo, obligando al trabajador a reaccionar contra el incumplimiento de forma indirecta, mediante la impugnación del despido, y con independencia de que su existencia haya de ser constatada por el juez con posterioridad, ya que, como ocurre con la figura del abandono, si no concurre voluntad resolutoria, no hay despido.

Precisamente por esa prevalencia del dato subjetivo, frente a la mera existencia objetiva de los elementos indiciarios, la aplicación de la figura del despido tácito debe restringirse a aquellos casos en los que, bajo aparentes incumplimientos contractuales del empresario, sea deducible su clara

---

<sup>111</sup>.- La única sentencia que se refiere al *dies a quo* es la STS 11 octubre 1990 (Ar. 7541), que lo fija en el día siguiente a aquel en que el trabajador no prestó sus servicios, siendo el incumplimiento del pago del salario anterior a esa fecha.

<sup>112</sup>.- GONZALEZ ORTEGA, *El despido tácito y su impugnación*, RPS, nº 129/1981, págs. 294-296. SALA FRANCO, y otros, *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 600.

<sup>113</sup>.- MATIA PRIM, *Consideraciones...*, op. cit., págs. 152-155.

voluntad de dar por terminada la relación contractual<sup>100</sup>, postura que, aunque no remedia la inseguridad jurídica mencionada -pues sigue siendo el trabajador quien ha de interpretar en primera instancia la existencia o no del despido- sí permite el acogimiento de la pretensión resolutoria del trabajador cuando la falta de ocupación no vaya unida a un incumplimiento grave y total de pago del salario, y aún concurriendo éste, cuando no quepa apreciar ánimo resolutorio en la conducta del empleador.

Sea por las razones expuestas, o por considerar que el derecho a la ocupación efectiva es autónomamente exigible respecto del impago del salario que le acompaña, el hecho es que existe una corriente jurisprudencial cada vez más consolidada que se muestra partidaria de la tutela directa de los derechos del trabajador, y que ante ese doble incumplimiento grave por el empresario de sus obligaciones contractuales, declara extinguida la relación laboral por concurrencia de las causas establecidas en las letras b) y c) del art. 50.1 ET<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup>.- En el mismo sentido, GONZALEZ ORTEGA, *El despido tácito ... cit.*, págs. cit.

<sup>101</sup>.- Cfr. SSTSJ Castilla-León 7 junio 1990 (RL, nº 18/1990) y 18 septiembre 1989 (RL, tomo II/1989, pág. 741); SSTS 23 noviembre 1989 (Ar. 8242) y 15 junio 1987 (Ar. 4363); SSTCT 10 marzo 1987 (Ar. 5284), 17 noviembre 1986 (Ar. 6461), 4 noviembre 1986 (Ar. 10912), 2 septiembre 1986 (Ar. 7245), 17 mayo 1983 (Ar. 4356), 12 abril 1983 (Ar. 2987) y 15 junio 1982 (Ar. 3626), aunque es éstas dos últimas, la falta de ocupación se considera un incumplimiento del art. 50.1.a). Otra posibilidad es que uno de los incumplimientos absorviera al otro, MATIA PRIM, *Consideraciones...*, op. cit. págs. 152-153, que parece ser la línea seguida por la STCT 18 febrero 1986 (Ar. 981).

Fuera de estos supuestos, la negativa al reingreso en la empresa tras la suspensión del contrato de trabajo, constituye, como es sabido, un despido tácito<sup>166</sup>. En el caso concreto de las excedencias<sup>167</sup>, el despido se produce si el reingreso es automático<sup>168</sup>, y si la excedencia es de las voluntarias, cuando el empresario no permite la reincorporación del trabajador pese a la existencia de vacante<sup>169</sup>. No obstante lo cual, y de ahí que ésto se traiga a colación, alguna sentencia califica la conducta empresarial como incumplimiento del art. 50.1 ET por violación del derecho a la ocupación efectiva y del derecho al pago del salario<sup>170</sup>.

---

<sup>166</sup>.- Nulo, por motivos de forma y, en todo caso, por imperativo del art. 55.6 ET, SSTTS 5 julio 1991 (AL, nº 1/1992, marg. 9) y 15 febrero 1991 (Ar. 840). Cabe indemnización por daños y perjuicios, según el art. 1101 CC, STS 20 marzo 1991 (Colex, JL, nº 274/1991); para la fijación del *dies a quo* del plazo de prescripción, ver STSJ Comunidad Valenciana 25 octubre 1991 (RL nº 4/1992, pág. 49).

<sup>167</sup>.- Sobre su problemática, ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, cit., págs. 409 y ss.

<sup>168</sup>.- STSJ Madrid 28 junio 1991 (AL nº 46/1991, marg. 1167).

<sup>169</sup>.- STSJ Madrid 16 septiembre 1991 (AL, nº 47/1991, marg. 1209).

<sup>170</sup>.- Tras excedencia voluntaria, STS 6 mayo 1987 (Ar. 3253); y tras excedencia por cuidado de los hijos, STS 15 octubre 1987 (Ar. 7014). No, en cambio, según la STCT 17 noviembre 1987 (Ar. 25289), porque para el ejercicio de la acción del art. 50 ET es necesario que el trabajador permanezca en su puesto de trabajo.

## CAPITULO CUARTO

### ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES RELATIVAS AL EJERCICIO DE LA ACCION RESOLUTORIA.

#### I. EL PLAZO PARA LA RESOLUCION: SU DISTINTA DURACION SEGUN LA CAUSA JUSTA ALEGADA PARA LA EXTINCION.

El plazo para la resolución del contrato de trabajo por la modificación sustancial (unilateral y lesiva) de la jornada, horario o del turno de trabajo, es de un mes (se entiende, de fecha a fecha). Así lo establece expresamente el art. 41.3 ET que señala que «el trabajador [...] tendrá derecho, dentro del mes siguiente a la modificación, a rescindir su contrato». El art. 40.2 lo fija indirectamente al indicar que, si el trabajador acepta el traslado, la reincorporación al nuevo puesto debe realizarse en un tiempo «no [...] inferior al de treinta días», por lo que ese mismo debe ser el plazo para el ejercicio de la opción resolutoria<sup>111</sup>; la

---

<sup>111</sup>.- En el mismo sentido, ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo, op. cit.*, pág. 237; CRUZ VILLALON, *Las modificaciones...*, *op. cit.*, pág. 327; GARCIA FERNANDEZ, *La terminación...*, *op. cit.*, pág. 115. En contra, MONTOYA MELGAR, para quien el plazo aplicable es, por analogía, el mismo que

particularidad radica en que su duración es relativamente indeterminada, pues el art. 40.2 sólo fija un mínimo<sup>111</sup>, remitiéndose a lo que por encima de él (o del convenido colectivamente) puedan acordar las partes, en cuyo caso habrá que estar al que resulte de mayor amplitud.

En ambos supuestos, el plazo se computa desde que el cambio se realiza efectivamente<sup>112</sup>, aunque con dudas sobre si es de prescripción o de caducidad<sup>113</sup>, y juega con independencia de la legitimidad de la modificación (pues la falta del acuerdo o autorización que exigen los arts. 41.1 y 40.1, sólo da derecho al trabajador a la impugnación de la medida; *supra* Capítulo primero, II), y de que la facultad de resolver se ejercite judicial o extrajudicialmente (posibilidad, esta última, que confiere la ley al trabajador, a diferencia de cuando ejercita la acción del art. 50 ET).

---

el previsto en el art. 41.3, *Derecho del Trabajo, cit.*, pág. 443.

<sup>111</sup>.- El plazo legalmente establecido es un mínimo (de derecho necesario) y no un máximo, en contra de los que parecen interpretar BORRAJO DACRUZ, *Reinterpretación...*, *op. cit.* pág. 42; y GARCIA FERNANDEZ, *La terminación, op. cit.*, pág. 115.

<sup>112</sup>.- <<Dentro del mes siguiente al día en que se instaure [la modificación]>>, STCT 2 octubre 1986 (Ar. 8847); por su parte, la STS 12 septiembre 1988 (Ar. 6878) indica que <<no puede mantener la actora que conoció el acuerdo sobre tales cambios meses después de haber empezado a consumir sus tareas ajustándose a ellos>>.

<sup>113</sup>.- Cfr. STCT 7 octubre 1986 (Ar. 8998). Respecto al plazo del art. 41.3, de caducidad, según las SSTCT 28 febrero 1989 (AL, nº 18/1989, marg. 471) y 24 septiembre 1987 (Ar. 6390); y de prescripción según las SSTCT 2 octubre 1986 (Ar. 8847) y 13 junio 1983 (Ar. 5596). Nada dice la jurisprudencia en relación con el término fijado en el art. 40.2.

Más problemas suscita la determinación del tiempo para el ejercicio de la acción del 50.1 ET, pues el precepto no fija, ni directa ni indirectamente, un plazo concreto. Sería éste un supuesto claro de aplicación del plazo general de prescripción de un año previsto en el art. 59.1 ET. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia no mantienen un criterio unánime al respecto.

Descartada la aplicación analógica del plazo de caducidad del art. 59.3 ET <<previsto únicamente para las acciones de despido>><sup>111</sup>(en esto si que hay unanimidad), son varias las posturas que se mantienen. Algunos autores, debido a la remisión que realiza el art. 41.3 al art. 50.1.a), y a la relativa similitud entre las causas resolutorias contenidas en uno y otro precepto, entienden que el plazo para la resolución debe ser el mismo en ambos casos<sup>112</sup>, ya que, además, <<parece

---

<sup>111</sup>.- SSTs 12 marzo 1990 (dos sentencias, Ar. 2052 y 2053), 5 febrero 1990 (Ar. 820), 22 diciembre 1988 (dos sentencias, 9897 y 9898); y SSTCT 7 julio 1987 (Ar. 15350), 10 marzo 1987 (Ar. 5318), 2 diciembre 1986 (Ar. 12874). Pues <<los términos del art. 59.3 y 97 [hoy, art. 103] LPL son lo suficientemente claros en su literalidad como para referirlos exclusivamente a la acción para reclamar por despido>>, ALBIOL MONTESINOS, *Extinción...* (EDERSA) *op. cit.*, pág. 205; y porque, <<las normas restrictivas de derechos no pueden ser objeto, no ya de aplicación analógica, sino ni siquiera de aplicación extensiva>>, el mismo autor, *La extinción del contrato por decisión del trabajador*, *cit.*, pág. 29. En el mismo sentido, GARCIA FERNANDEZ, argumenta el rechazo de la aplicación del plazo de caducidad para la impugnación del despido en su propia finalidad, ya que <<la brevedad de ese plazo está en función de lo perentorio que resulta, a todos los efectos, determinar la continuidad fáctica de la relación de trabajo, perentoriedad que no se da [en el supuesto del art. 50] puesto que la continuidad está asegurada hasta tanto el [juez] dicte la resolución precedente>>, *La terminación...*, *op. cit.* pág. 113.

<sup>112</sup>.- ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, *cit.* pág. 495.

evidente [que el art. 50.1.a)] está exigiendo que el perjuicio sea una derivación inmediata, en el sentido temporal, de la introducción de la modificación>><sup>117</sup>. Aunque así fuera, la duda subsistiría respecto al resto de las causas del art. 50. El intento de llegar a una solución ha llevado a algún autor a encontrar <<razonable>> la aplicación analógica del plazo fijado en el art. 41.3 a la totalidad del precepto<sup>118</sup>; o de ese plazo, pero <<coordinado>> con el del art. 40.2<sup>119</sup>; en cambio otros autores<sup>120</sup> entienden que la asimilación al despido a efectos de las indemnizaciones del número 2 del art. 50, permite quizá la aplicación por analogía del doble plazo de prescripción previsto para las faltas muy graves en el art. 60.2 ET<sup>121</sup>.

La solución correcta consiste seguramente en aplicar el plazo general del art. 59.1 a la totalidad de las causas resolutorias recogidas en el art. 50.1<sup>122</sup>, porque es éste precisamente el que juega cuando <<las acciones derivadas del

---

<sup>117</sup>.- LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, *La modificación... op. cit.* pág. 244.

<sup>118</sup>.- MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo, cit.* pág. 443.

<sup>119</sup>.- BORRAJO DACRUZ, *Reinterpretación..., op. cit.,* pág. 42.

<sup>120</sup>.- ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo, cit.* pág. 495.

<sup>121</sup>.- La STCT 2 diciembre 1986 (Ar. 12874), baraja dos posibilidades: o la aplicación del plazo de seis meses del art. 60.2 ET o de los tres años que establece el número 1 del mismo artículo.

<sup>122</sup>.- En este sentido, ALBIOL MONTESINOS, *La extinción..., op. cit.,* págs. 29-30; GARCIA FERNANDEZ, *La terminación..., op. cit.* pág. 114; MONGE RECALDE, *La movilidad interna en la empresa y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, RL, n° 3/1990,* pág. 21.

contrato de trabajo [...] no tengan señalado plazo especial>>""', previsión legislativa expresa que debe operar con prioridad respecto de la interpretación analógica de cualquier otro precepto (art. 4 CC). Y porque, además, en contra de lo que a primera vista pueda parecer, su duración (un año) no resulta excesiva, pues no se debe olvidar que los incumplimientos del empresario contenidos en cada una de las letras del art. 50, han de ser graves para que la resolución contractual pueda prosperar, y que dicha gravedad no es en muchos casos perceptible hasta que transcurre cierto tiempo; en los impagos o retrasos del art. 50.1.b), como vimos, la jurisprudencia exige varios meses de reiteración en el incumplimiento empresarial; y en cuanto al perjuicio en la formación profesional o en la dignidad que reclama el art. 50.1.a), hay ocasiones en que su apreciación requiere una cierta espera, más o menos dilatada, según los casos, pero normalmente superior al mes que establece el art. 41.3 (piensese por ejemplo, en una regresión profesional con carácter permanente)'''.

Así lo entiende la jurisprudencia que, de forma mayoritaria, aplica el plazo establecido en el art. 59.1 ET''' ya que,

---

'''.- En este sentido, DURAN LOPEZ, <<No es criterio hermenéutico acertado aplicar la previsión de una norma distinta, que se ocupa de un supuesto diferente, cuando el art. 59 ET establece el plazo de un año para las acciones que no tengan señalado plazo especial>>, *Resolución del contrato... op. cit.*, pág. 18.

'''.- Si bien es verdad que circunstancias como las descritas tanto ayudan a la tesis del plazo más largo, como a la demora del *dies a quo* del plazo más corto.

'''.- Cfr. SSTs 6 noviembre 1990 (AL, nº 9/1990, pág. marg. 198), 22 diciembre 1988 (Ar. 9897); y SSTCT 2 junio 1987 (Ar. 11892), 10 marzo 1987 (Ar. 5318) y 18 junio 1986 (Ar. 4575). En un caso claro, por transcurso de cuatro años desde la

como dice la STS 21 marzo 1990<sup>14</sup>, <<el plazo de un mes que señala el párrafo tercero del art. 41 ET sólo se aplica a la específica rescisión del contrato de trabajo que en él se previene, sin que exista razón ni base alguna para hacerlo extensivo a la extinción contractual que regula el art. 50 ET>>.

## II. EXTINCION JUDICIAL Y EXTINCION EXTRAJUDICIAL.

### 1. EL MOMENTO DE LA EXTINCION: DESPIDO Y RESOLUCION DEL CONTRATO POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR.

Ni el empresario puede despedir cuando el contrato ha sido previamente extinguido por el trabajador, ni puede éste resolver cuando el empresario ha hecho ya uso de su facultad de despedir, porque la existencia del contrato constituye el presupuesto para la eficacia del propio acto extintivo. El problema reside en saber cuándo se produce esa ruptura; si es suficiente la mera declaración de voluntad (o, incluso, la conducta concluyente) de las partes o si, por el contrario, debe ser realizada por el órgano judicial.

Respecto al acto de despido (entendido en sentido amplio, comprensivo de todas las modalidades de <<resolución del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario>><sup>15</sup>), la jurisprudencia mantiene que sus efectos son constitutivos, por lo que, sin perjuicio de su impugnación por el trabajador,

---

modificación, STS 1 junio 1990 (Ar. 5000).

<sup>14</sup>.- Ar. 2211.

<sup>15</sup>.- ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, cit. pág. 418.

la voluntad extintiva del empresario produce plenos efectos desde el momento de su manifestación<sup>131</sup>, bien a través de la forma legalmente establecida (carta de despido), bien, sin observar ésta, mediante la adopción de una conducta que sea indefectiblemente reveladora de dicha voluntad (<<despido tácito>>)<sup>132</sup>.

El trabajador, por su parte, también puede resolver por sí mismo el contrato de trabajo. La <<dimisión>> (art. 49.4 ET) y el <<abandono>> (modalidad extintiva con fundamento en el mismo art. 49.4 ó en el 81 *in fine*, según autores) son también constitutivas, y buena prueba de ello es que una vez manifestada (expresa o tácitamente) la voluntad de dimitir, la retractación posterior es irrelevante<sup>133</sup>, salvo que sea aceptada por el empresario. Sólo cuando el trabajador fundamenta su voluntad de resolver en la concurrencia de una justa causa, necesita acudir al órgano judicial para extinguir la relación. Más exactamente: para que la ruptura del contrato produzca los efectos indemnizatorios legalmente previstos, la extinción ha

---

<sup>131</sup>.- Ver últimamente, STS 7 diciembre 1990 (AL, nº 9/1991, marg. 244). No obstante, alguna sentencia opina lo contrario; así, la STCT 9 marzo 1989 (Ar. 2189) declara la procedencia de un despido producido tras otro anterior en trámite de calificación, porque <<el despido disciplinario [...] no produce por sí y simultáneamente la extinción de la relación laboral, [...] sino que] la relación laboral queda pendiente de una condición resolutoria>>.

<sup>132</sup>.- <<La conducta inequívoca es en sí misma constitutiva de despido, aunque falte la carta>>, ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 461.

<sup>133</sup>.- Ver últimamente las SSTS 5 marzo 1990 (AL, nº 30/1990, marg. 662), 26 febrero 1990 (AL, nº 24/1990, marg. 524) y 7 noviembre 1989 (AL nº 15/1990, marg. 308). En supuestos de abandono, STS 19 febrero 1990 (AL, nº 28/1990, marg. 611) y STCT 4 abril 1989 (AL, nº 26/1989, marg. 678).

de ser realizada judicialmente, con efectos constitutivos o *ex nunc*, tras quedar evidenciada en juicio la concurrencia de la causa alegada por el trabajador, lo que significa que la relación debe estar en vigor, no sólo en el momento de la solicitud de la extinción, sino también durante toda su tramitación hasta que recaiga sentencia definitiva.

Aunque no siempre, porque, de un lado, la jurisprudencia ha venido apreciando la existencia de situaciones que, por su especial gravedad, permiten al trabajador la dejación anticipada de sus servicios sin que por ello la extinción sea constitutiva de abandono; y de otro, porque la resolución solicitada no tiene que llegar necesariamente a conocimiento judicial, pues puede acordarse ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación (arts. 63 y ss LPL); ni, de intervenir el juez, tiene que decidirse forzosamente mediante sentencia, ya que es posible que las partes se avengan ante el juez en el acto de conciliación previo al juicio o en cualquier momento anterior a su finalización (arts. 84 y 85 LPL).

A lo que hay que añadir que no todas las modalidades de extinción causal han de realizarse judicialmente, sino sólo las fundamentadas en alguno de los incumplimientos contractuales tipificados en el art. 50.1 ET, ya que si la causa resolutoria es de las previstas en los arts. 41.3 ó 40.2 ET, el trabajador puede ejercitar directamente su opción resolutoria, sólo revisable cuando, por no recibir del empresario la indemnización a que tiene derecho, solicita judicialmente la condena a su abono.

## 2. EL CARACTER JUDICIAL DE LA RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL GRAVE DEL EMPRESARIO Y SUS EXCEPCIONES.

### 2.1. LA SOLICITUD DE EXTINCION Y LA VIGENCIA DEL CONTRATO COMO PRESUPUESTO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCION RESOLUTORIA.

El art. 50.1. ET establece las causas justas <<para que el trabajador pueda *solicitar* [al juez laboral] la extinción del contrato>>. La resolución contractual debe ser, pues, solicitada, no tanto porque el trabajador carezca de capacidad para desvincularse por su propia voluntad -pues para dimitir o incluso abandonar sin previo aviso su puesto de trabajo, no requiere de mediación judicial alguna-, como porque los efectos indemnizatorios que acompañan a la extinción (art. 50.2) dependen de la presencia efectiva de la justa causa.

Podría alegarse que, como ocurre con el despido, no hay razón para que el juez haya de fiscalizar desde el principio la concurrencia de la causa resolutoria<sup>111</sup>. De acuerdo con este criterio, la intervención judicial podría quedar limitada a los casos en que el empresario no abonara voluntariamente la indemnización por la extinción ya realizada, contrayéndose entonces la demanda a las cantidades adeudadas<sup>112</sup>, aunque, como subrayan ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, <<indefectiblemente, aun en este

---

<sup>111</sup>.- El caso que resuelve la STS 22 enero 1990 (AL, nº 19/1990, marg. 404) demuestra que la extinción extrajudicial y el abono voluntario del empresario de la indemnización correspondiente es siempre posible.

<sup>112</sup>.- Defienden esta tesis, GARCIA FERNANDEZ, *La terminación...*, *op. cit.*, págs. 79 a 84, aunque reconoce que constituye una posibilidad puramente teórica. También, ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, *cit.* pág. 495.

caso, el juez habrá de examinar la causa resolutoria para decidir sobre si proceden o no las indemnizaciones y su cuantía>>""; la extinción extrajudicial supone, por ello, un grave riesgo para el trabajador, porque si el juez no aprecia la existencia de la causa o considera que ésta es insuficiente, habrá de declarar necesariamente extinguida la relación laboral (por dimisión o abandono) con la consiguiente pérdida de la indemnización y de la protección por desempleo (art. 6.2.Uno LPD).

Y ésto es precisamente lo que se trata de impedir, porque exigiendo que la resolución se realice judicialmente"", se está obligando al trabajador a mantener entre tanto la vigencia del contrato, evitando así que la denegación de la pretensión resolutoria pueda producir los efectos de una extinción sin causa"". Lo que ocurre es que la jurisprudencia"", desbordando esa finalidad tuitiva legalmente pretendida, ha convertido el carácter judicial de la extinción en un <<requisito esen-

---

"".- Obra y página citadas en nota anterior.

"".- Lo que <<no significa un trato discriminatorio del trabajador por parte del ET>>, STS 22 octubre 1986 (Ar. 5878); ver, sin embargo, la STCT 26 noviembre 1986 (Ar. 12555).

"".- Con especial claridad, la STS 18 septiembre 1989 (Ar. 6455) indica que del art. 49.10 ET <<no debe deducirse que la sólo voluntad resolutoria del trabajador [extinga la relación laboral] pues al tener que hallarse fundamentada en justa causa, es claro que su no concurrencia, declarada en el contencioso que después se siguiera, obligaría a calificar de injustificadas las faltas de asistencia que se hubieran producido por la dejación del servicio por el trabajador [...] con consecuencias perjudiciales para la continuación de la relación laboral>>.

"".- Para la evolución jurisprudencial sobre la exigencia del requisito de la resolución judicial, ALBIOL MONTESINOS, *Extinción por voluntad del trabajador*, cit. págs. 197 a 204.

cial>>"" constitutivo de la institución, de forma que, salvo en supuestos excepcionales de especial gravedad, o en los que la causa resolutoria sea de las previstas en los arts. 41.3 y 40.2 ET, la resolución extrajudicial constituye siempre una dimisión o abandono, aunque mediara justa causa y ésta hubiera podido ser judicialmente apreciada de haber subsistido el contrato.

La necesaria solicitud de la resolución supone, por fuerza, la vigencia del contrato en el momento del ejercicio de la acción"" , lo que significa que el trabajador debe permanecer en su puesto de trabajo prestando sus servicios pese a su intención de resolver"" , ya que el abandono anticipado del puesto de trabajo produce la ruptura del contrato"" , aparte de

---

"".- Expresión utilizada por ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 494.

"".- Así lo establecen las SSTs 18 julio 1990 (Ar. 6425), 28 mayo 1990 (Ar. 4511), 26 junio 1985 (Ar. 3472) y 12 diciembre 1984 (Ar. 6367); STSJ Madrid 12 marzo 1990 (AL, nº 22/1990); y SSTCT 29 marzo 1989 (Ar. 2239), 17 mayo 1988 (Ar. 3677), 5 abril 1988 (Ar. 2915), 8 marzo 1988 (Ar. 2171), 6 octubre 1987 (Ar. 20821), 5 mayo 1987 (Ar. 9295), 23 diciembre 1986 (Ar. 14469), 17 diciembre 1986 (Ar. 14112), 4 diciembre 1986 (Ar. 13143), 18 noviembre 1986 (Ar. 11741), 8 julio 1986 (Ar. 5759), 8 abril 1986 (Ar. 2261), 5 marzo 1986 (Ar. 1476), 20 febrero 1986 (Ar. 1045) y 13 noviembre 1985 (Ar. 6175).

"".- Por lo que no cabe la extinción si el contrato está en suspenso, por excedencia voluntaria, SSTCT 17 noviembre 1987 (Ar. 25289) y 23 septiembre 1986 (Ar. 8275); en contra, STCT 21 octubre 1986 (Ar. 9938), en un supuesto de i.l.t. por accidente laboral. Ni tampoco si del contrato ha finalizado por cumplimiento del término convenido, SSTCT 2 febrero 1988 (Ar. 1496) y 12 marzo 1987 (Ar. 5601), salvo que la demanda fuera presentada estando vigente el contrato y su terminación se produjera durante el juicio, STCT 21 abril 1987 (Ar. 8153), debiéndose entonces calcular la indemnización debida en función del tiempo trabajado.

"".- Como señalan algunas sentencias expresamente; declarando la extinción por dimisión del trabajador, SSTCT 4 abril 1989 (Ar. 2810), 18 diciembre 1986 (Ar. 14190), 21

que las faltas injustificadas de asistencia constituyen justa causa para que el empresario pueda despedir<sup>141</sup>.

E implica, por otro lado, que la acción resolutoria queda enervada si, con anterioridad a su ejercicio, el contrato ha sido extinguido por voluntad unilateral del empresario<sup>142</sup>. Son muchas las sentencias que ante un supuesto como éste, declaran extinguido el contrato por despido firme, debido a su falta de impugnación dentro de plazo<sup>143</sup>.

A la cuestión de cuándo ha de tenerse por iniciada la acción resolutoria, ha de responderse, es claro que con la presentación de la <<papeleta>> de conciliación ante el SMAC, por lo que sólo si el despido se realiza con anterioridad a ese

---

octubre 1986 (Ar. 9937), 14 abril 1986 (Ar. 2401); por abandono, STS 22 octubre 1986 (Ar. 5878).

<sup>141</sup>.- Art. 54.2.a) ET. En cuyo caso la extinción se produce por despido y no por dimisión o abandono, STS 18 septiembre 1988 (Ar. 6455) y STCT 23 septiembre 1986 (Ar. 8291), lo que es más beneficioso para el trabajador de cara a la protección por desempleo (siempre que el despido fuera impugnado).

<sup>142</sup>.- Excesiva la STS 7 noviembre 1989 (Ar. 8019), que rechaza la pretensión resolutoria del trabajador porque <<ya conocía de antemano el propósito de la empresa de despedirlo>>, pues lo que extingue el contrato no es la mera intencionalidad, sino el acto de despido.

<sup>143</sup>.- Cfr. SSTS 29 diciembre 1989 (AL nº 14/1990, marg. 303) y 19 mayo 1988 (Ar. 4261); SSTCT 14 marzo 1989 (Ar. 2208), 7 febrero 1988 (Ar. 1344), 14 septiembre 1988 (Ar. 5711), 5 julio 1988 (Ar. 4984), 27 enero 1987 (Ar. 1522), 26 diciembre 1986 (Ar. 14506), 29 octubre 1986 (Ar. 10453), 30 septiembre 1986 (Ar. 8595), 23 septiembre 1986 (Ar. 8291), 26 junio 1986 (Ar. 5103), 25 junio 1986 (Ar. 4988) y 18 febrero 1986 (Ar. 975). En supuestos de despido tácito, SSTS 11 abril 1990 (Ar. 3463) y 22 diciembre 1988 (Ar. 9899); SSTCT 4 abril 1989 (Ar. 2795), 19 abril 1988 (Ar. 2982), 17 febrero 1988 (Ar. 1553), 10 febrero 1988 (Ar. 1530), 19 enero 1988 (Ar. 900), 29, 28 y 27 octubre 1987 (Ar. 23504, 23341 y 23504), 2 junio 1987 (Ar. 11911), 10 mayo 1987 (Ar. 5299), 16 diciembre 1986 (Ar. 13878), 4 noviembre 1986 (Ar. 10912), 18 junio 1986 (Ar. 4575), 2 abril 1986 (Ar. 2096), 1 abril 1986 (Ar. 2037) y 14 enero 1986 (Ar. 179).

momento, la acción queda enervada<sup>111</sup>. Sin embargo alguna sentencia ha mantenido que su ejercicio comienza en la fecha de la interposición de la demanda<sup>112</sup>, interpretación que no puede mantenerse en la actualidad, no sólo porque desvirtúa la finalidad perseguida con el instituto de la conciliación previa -la evitación del proceso- y porque convierte lo que ha sido establecido en beneficio de ambas partes, en provecho de una sólo de ellas -permitiendo que la citación a conciliación pueda ser utilizada por el empresario para impedir la tutela judicial del trabajador-, sino porque, como se verá más adelante, la concurrencia de un despido en el lapso de tiempo que media entre el intento previo de conciliación y los actos de conciliación y juicio para la extinción del contrato, es justamente el supuesto de hecho que contempla el art. 32 LPL de 1990<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup>.- SSTs de 5 de diciembre de 1988 (Ar. 9560) y 5 febrero 1990 (Ar. 820). Defendiendo esta postura, DURAN LOPEZ, *Resolución ...*, *op. cit.* pág. 24. En supuestos límite de coincidencia entre las fechas de despido y de presentación de la <<papeleta>> de conciliación, STS 7 noviembre 1989 (Ar. 8019) y STCT 30 abril 1986 (Ar. 2894).

<sup>112</sup>.- Así STS 14 junio 1990 (Ar. 5079) y STCT de 26 de mayo de 1987 (Ar. 11155). Según esta última sentencia, <<el trámite conciliatorio previo [...] no es más que un presupuesto necesario que la ley señala en los casos que expresa, que habrá de ser necesariamente agotado para llegar a la vía judicial a la que no condiciona más que en los estrictos supuestos que en la normativa citada se precisan, pero no en otros como es el de la exigencia de que para el ejercicio de una acción judicial resolutoria del contrato, a instancia del trabajador, haya de estar viva la relación laboral en que se basa>>.

<sup>113</sup>.- Es el caso de la STSJ Canarias 19 diciembre 1990 (AL, nº 19/1991, marg. 465).

## 2.2. EL REQUISITO DEL MANTENIMIENTO DE LA RELACION LABORAL DURANTE LA TRAMITACION DE LA DEMANDA.

Debido al carácter judicial de la extinción, el vínculo contractual debe permanecer en vigor, no sólo en el momento del ejercicio de la acción, sino también durante la tramitación del proceso que aquélla origina<sup>11</sup>, por lo que el trabajador debe continuar prestando sus servicios hasta que recaiga sentencia definitiva ya que, en caso contrario, y dejando al margen los supuestos excepcionales de dejación anticipada del trabajo por circunstancias de especial gravedad, la sentencia que ponga fin a la instancia declarará extinguida la relación por desistimiento voluntario anterior del trabajador, con la consiguiente denegación de la pretensión resolutoria aducida en la demanda<sup>12</sup>.

El cumplimiento de ese requisito -la continuación de los servicios- determina que sea fácticamente posible que el empresario despida al trabajador antes de que el juez decida sobre la demanda de resolución. En ese caso, y pese al carácter constitutivo de la extinción que se atribuye al despido, la

---

<sup>11</sup>.- Lo que, como apuntan ALONSO OLEA Y CASAS BAAMONDE, constituye un <<preaviso cualificado>>, *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 494.

<sup>12</sup>.- Es el caso de las STS 26 noviembre 1986 (Ar. 6516). Criticando la excesiva rigidez de esta postura, DURAN LOPEZ, propone una solución más matizada, <<que si impusiera en línea de principio la continuación de la relación laboral durante la sustanciación del procedimiento, no fuese tan rígida en cuanto a las consecuencias de la suspensión de su prestación por parte del trabajador. Caso de producirse esa suspensión, de venir rechazada la pretensión resolutoria, debería bastar con la pérdida para el trabajador de los salarios correspondientes al tiempo de tramitación del procedimiento, sin extinción del contrato de trabajo y sin posibilidad de despedirlo por abandono o faltas de asistencia>>, *La resolución...*, op. cit. pág. 21.

jurisprudencia tiene establecido que la no permanencia del trabajador en su puesto de trabajo por decisión de la empresa no impide ni detiene la tramitación y resolución de la demanda presentada, siempre que el trabajador evite la firmeza del despido impugnándolo en tiempo y forma.

### 2.3. EL CARACTER POTESTATIVO DEL MANTENIMIENTO DE LA RELACION DURANTE LA SUSTANCIACION DEL RECURSO Y LA IMPOSIBILIDAD DE EJECUCION PROVISIONAL DE LA SENTENCIA.

La extensión de la obligación de conservar la vigencia del contrato hasta la firmeza de la sentencia, está fuera de toda duda cuando es el trabajador quien recurre la de instancia, por haber sido denegada su pretensión de resolver<sup>144</sup>.

Sin embargo, es discutible que deba el trabajador cumplir dicha obligación cuando la sentencia de instancia declara extinguida la relación.

Juega a favor de su exigencia, que sólo la sentencia firme pone definitivamente fin al proceso (arts. 369 páf. 4º LEC y 245 LOPJ) y, en consecuencia, que el recurso del empresario contra la sentencia de instancia <<tiene el efecto propio de la suspensión de la cosa juzgada formal de la sentencia, [... lo que implica] el mantenimiento de la relación contractual existente entre las partes>><sup>145</sup>, por más que la

---

<sup>144</sup>.- No si se recurre un elemento accesorio como es el del salario a tomar en cuenta para fijar la indemnización, porque la sentencia es firme en cuanto al resto, STSJ Madrid 12 septiembre 1989 (AL, nº 46/1989, marg. 1225).

<sup>145</sup>.- STSJ País Vasco 6 junio 1990 (RL, nº 18/1990, pág. 74).

sentencia recurrida la declare extinguida con derecho a una indemnización<sup>111</sup>.

Pero la opinión jurisprudencial dominante es que no se puede obligar al trabajador a que continúe prestando sus servicios después de obtener una sentencia, que aunque no firme, declare la resolución de la relación laboral<sup>112</sup>. Aunque, si efectivamente cesa en el trabajo, asume el riesgo de que la sentencia recurrida sea revocada<sup>113</sup>, exponiéndose en tal caso a que el despido que pueda haber realizado el empresario por las faltas de asistencia al trabajo, sea declarado procedente (o devenga firme por su falta de impugnación); o a que su conducta sea valorada como una dimisión o un abandono. La STS de 12 julio 1989<sup>114</sup> lo dice claramente: <<si no se aprecia la dimisión, las repetidas faltas al trabajo [...] son claramente subsumibles en la justa causa de despido que contempla el art.

---

<sup>111</sup>.- De mantenimiento de la relación hasta la *firmeza* de la sentencia habla la STS 26 noviembre 1986 (Ar. 6516) y la STSJ País Vasco 6 junio 1990 (RL, nº 18/1990, pág. 74).

<sup>112</sup>.- Porque lo contrario pugnaría contra el principio de igualdad del art. 14 CE y contra la facultad resolutoria establecida en el art. 1124 CC, STCT 26 noviembre 1986 (Ar. 12555). De mantenimiento de la relación hasta la *sentencia definitiva* o simplemente hasta la *sentencia*, hablan, entre otras, las SSTS 22 octubre 1986 (Ar. 5878) y 12 diciembre 1984 (Ar. 6367); STSJ Madrid 12 marzo 1990 (AL, nº 22/1990); y SSTCT 5 abril 1988 (Ar. 2914), 12 enero 1988 (Ar. 854), 19 y 5 mayo 1987 (Ar. 10369 y 9295), 12 marzo 1987 (Ar. 5601) y 16 diciembre 1986 (Ar. 13878).

<sup>113</sup>.- <<La falta de prestación de servicios durante la sustanciación del recurso contra sentencia que, estimando la pretensión del trabajador, declara la resolución indemnizada de su contrato de trabajo, sólo podría ser eventualmente ponderada en el supuesto de estimación del recurso, correspondiendo a la esfera de decisión del trabajador la asunción de tal posible riesgo>>, STS 3 junio 1988 (Ar. 5210). En el mismo sentido, la citada STCT 26 noviembre 1986 (Ar. 1255).

<sup>114</sup>.- Ar. 5461.

54.2.a) ET>>.

Criticando esta postura, DURAN LOPEZ propone como <<solución más correcta y más clara [...] que, revocada la sentencia de instancia, el trabajador deba reanudar la prestación laboral, sin derecho lógicamente a compensación económica alguna por el tiempo de tramitación del recurso>><sup>111</sup>. Sin embargo esta solución, aunque deseable, no parece que sea factible, porque dado el carácter constitutivo de la resolución *ad nutum* del trabajador, no cabe la reanudación de una relación contractual que ya ha sido previamente extinguida, ni considerar que ha habido una simple suspensión del contrato de trabajo, porque, como señala la STS de 18 de septiembre de 1989<sup>112</sup>, aunque el art. 45.1 ET no tiene carácter taxativo, <<el efecto suspensivo requiere siempre de causa que lo justifique>> y la voluntad del trabajador, por sí sólo, no constituye causa suficiente<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup>.- *Resolución del contrato...*, op. cit. pág. 22.

<sup>112</sup>.- Ar. 6455. En el mismo sentido, la STCT 2 septiembre 1986 (Ar. 7243), dice que si los <<servicios dejan de prestarse con anterioridad a decretarse la extinción, [...] el periodo no trabajador en manera alguna puede considerarse como de servicios efectivos, ni por lo tanto, computarse en la antigüedad, ya que no encaja en ninguno de los supuestos de suspensión contractual por motivación distinta que la voluntad del trabajador>>.

<sup>113</sup>.- El único precedente encontrado favorable a la tesis de la suspensión, es el Auto TS 6 mayo 1987 (recogido en la STS 3 junio 1988, citada, f.j. primero) que inadmite el recurso de casación interpuesto contra el Auto de la Magistratura de Trabajo que acordaba la suspensión de la relación durante la sustanciación del recurso contra sentencia estimatoria de la demanda resolutoria del trabajador.

Por otro lado, es jurisprudencia reiterada que no cabe la ejecución provisional de la sentencia (estimatoria de la demanda de resolución, se entiende, pues si es denegatoria, la continuación de los servicios no responde a su ejecución provisional, sino al carácter judicial de la extinción<sup>100</sup>), porque el sistema que consagran los arts. 295 y ss LPL es exclusivamente aplicable a las sentencias que se dicten en los procesos donde se ejerciten acciones derivadas de decisión extintiva del empresario.

A esta conclusión llega la jurisprudencia mediante varios argumentos: primero, porque cuando el art. 295 LPL habla de <<decisión extintiva>> lo hace para referirse al despido por causas objetivas (arts. 121, 122 y 123 de dicha ley), y no a las decisiones del mismo carácter que procedan del trabajador<sup>101</sup>; segundo, porque la declaración judicial de nulidad o improcedencia sólo procede respecto de las decisiones extintivas del empresario, tal como prevén los arts. 55 y 53 ET y los arts. 108 y ss, 122, 123 y 124 LPL<sup>102</sup>; tercero, porque la ejecución provisional prevista para las sentencias que declaren la

---

<sup>100</sup>.- Como señala la STSJ País Vasco 6 junio 1990 (RL, nº 18/1990, pág. 74), <<la continuidad de la relación laboral hasta la sentencia de suplicación [...] no se produce por razón de ejecución provisional de la sentencia de instancia -que no está permitida en el art. 227 [actual 295] LPL-, sino, por el contenido propio de la relación laboral que subsiste en vigor>>.

<sup>101</sup>.- STCT 14 diciembre 1987 (Ar. 28094); aunque deben incluirse también los supuestos de extinción por causas tecnológicas o económicas, fuerza mayor y extinción de la personalidad jurídica del contratante, para el caso de que sea declarada su nulidad (art. 124 LPL).

<sup>102</sup>.- STS 3 junio 1988 (Ar. 5210) y STSJ Madrid 11 septiembre 1990 (AL, nº 4/1991, marg. 111).

nulidad o improcedencia del despido o decisión extintiva de la relación, responde a la finalidad específica de garantizar al trabajador, que hubo de cesar en el trabajo por decisión del empresario, el devengo de salarios durante la tramitación del recurso interpuesto por el mismo<sup>141</sup>. Y lo que es más importante, como señala la STSJ del País Vasco de 6 de junio de 1991<sup>142</sup>, para ser provisionalmente ejecutiva la sentencia estimatoria de la demanda de resolución, el fallo debería contener la condena al abono de los salarios de tramitación; y, sin embargo, carece de toda indicación al respecto, pues condena únicamente al empresario a abonar una indemnización que, si bien se liquida conforme a la cuantía del salario, no goza de naturaleza salarial, y que al constituir una obligación de tracto único, no puede fundar la ejecución forzosa de otra obligación de tracto sucesivo, ya que dicha ejecución ha de realizarse en los propios términos de la sentencia (art. 18.2 LOPJ).

Por consiguiente, si una vez obtenida en la instancia la extinción solicitada, el empresario no podía exigir al trabajador la continuación de los servicios mientras se tramitase el recurso, tampoco puede el trabajador durante el mismo periodo exigir al empresario que mantenga la relación ni que abone los salarios devengados<sup>143</sup>. Los problemas pueden venir después, cuando se resuelva el recurso, porque si la sentencia es

---

<sup>141</sup>.- STS 3 junio 1988, citada.

<sup>142</sup>.- AL, nº 41/1991, marg. 1024).

<sup>143</sup>.- Aunque quizá sí sea posible conceder anticipos reintegrables del montante indemnizatorio, por aplicación analógica del art. 299 LPL.

revocada, la negativa a trabajar habrá de ser considerada como dimisión o abandono; y la negativa a dar trabajo, como un despido, que además habrá adquirido firmeza por su falta de impugnación<sup>144</sup>.

#### 2.4. LAS EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL.

##### A) LA DEJACION ANTICIPADA DEL TRABAJO POR CIRCUNSTANCIAS DE ESPECIAL GRAVEDAD.

El rigor con que los jueces piden la continuación de los servicios para la extinción indemnizada del contrato de trabajo, se atempera y flexibiliza cuando concurren circunstancias cualificadas por su especial gravedad. Situaciones que se apartan o sobrepasan la gravedad ordinariamente requerida para que el incumplimiento del empresario constituya causa justa de extinción; que resultan intolerables para el trabajador y que, por ello, justifican la dejación anticipada de su puesto de trabajo.

En su intento de definir o describir tales situaciones, la jurisprudencia habla de <<especiales circunstancias que fundadamente supongan un notorio riesgo para la integridad

---

<sup>144</sup>.- Rechazando en estos casos la existencia de un despido, aunque con argumentos poco claros, STS 25 enero 1986 (Ar. 279), <<Si fuere estimado el recurso [... por] inexistencia de causa para la resolución del contrato de trabajo, produciría el efecto de la continuidad del mismo (pero sin imponérselo al hoy demandante [osea, al trabajador]), pero sin que el referido acto pueda estimarse, por contradictorio con el objetivo del recurso mismo y finalidad perseguida, como despido, sino como acto obstaculizador al mantenimiento de la situación surgida a consecuencia de la sentencia de instancia recurrida, que supone un obstáculo procesal para que surja otro pleito sobre cuestión pendiente y que por tanto, debe ser estimada como incidente a resolver dentro de los trámites sucesivos a la que en definitiva resuelva aquellos recursos a los que se ha aludido>>.

física del trabajador, o su propia dignidad profesional, que hagan ineludible la inmediata cesación de la convivencia laboral para evitar males de mayor entidad que la propia ruptura del vínculo contractual>>""; de <<casos en los que se afecte la dignidad profesional del trabajador o se le menosprecie o humille>>""; o en los que <<peligre la integridad física del operario o concurran especiales circunstancias de extrema gravedad>>"".

El criterio es pues amplio y, aunque dependiente en gran medida de la apreciación personal del trabajador, con pretensiones de objetividad, pues la situación excepcional ha de ser probada en juicio; y es aquí donde reside el problema, porque lo que para el trabajador puede resultar insoportable, al juez puede parecer aguantable y llevadero"", en cuyo caso, habrá de declarar extinguida la relación laboral por abandono o dimisión anterior del trabajador"".

---

"".- SSTCT 5 abril 1988 (Ar. 2915) y 2 septiembre 1986 (Ar. 7243); o un <<riesgo físico o vejaciones>> según SSTCT 16 diciembre 1986 (Ar. 13878), 26 noviembre 1986 (Ar.12555) y 2 septiembre 1986 (Ar. 7250).

"".- SSTTS 26 noviembre y 22 octubre 1986 (Ar. 6516 y 5878).

"".- STCT 19 mayo 1987 (Ar. 10369).

"".- O como dice DURAN LOPEZ, <<el trabajador puede considerar insoportable una situación que para el juez, externamente, no aparece como tal>>, *Resolución del contrato...*, op. cit. pág. 21.

"".- Es el caso de las SSTTS 26 junio 1984 (Ar. 3363) y 23 junio 1983 (Ar. 3041); STCT 19 mayo 1987 (Ar. 10369); por <<una simple discusión>> con el empresario, STCT 2 septiembre 1986 (Ar. 7250); o por agresiones e insultos recíprocos, STCT 5 abril 1988 (Ar. 2915). Por el contrario, se aprecia la existencia de situación excepcional por <<especiales circunstancias>> en STCT 2 septiembre 1986 (Ar. 7243); porque además del

Si a juicio del juzgador el cese prematuro estuvo justificado, la relación queda en suspenso durante la tramitación de la demanda, de manera que la denegación judicial de la pretensión resolutoria (hipótesis poco probable, pues lo normal es que si existió causa para suspender, exista también para extinguir) no impide al trabajador la reincorporación al trabajo. Este es el parecer de la jurisprudencia, «pues de mantenerse un criterio diferente, nos llevaría al absurdo, dado que [...] si se desestima su pretensión, el trabajador queda imposibilitado para volver a su puesto de trabajo»<sup>10</sup>.

El carácter judicial de la extinción, caso de confirmarse la solicitud resolutoria aducida en la demanda, no se altera tampoco en estos supuestos excepcionales (en los que la sentencia conserva sus efectos constitutivos *ex nunc*), pero la confirmación judicial de la razonabilidad de la suspensión<sup>11</sup> induce a pensar que, en contra del criterio unánimemente mantenido en los supuestos normales, los salarios devengados durante la tramitación del proceso sean debidos (y, en consecuencia, que deban computarse para el cálculo de la cuantía indemnizatoria prevista en el art. 50.2 ET). Alguna opinión doctrinal es favorable al abono de los salarios de

---

impago y el retraso en el abono del salario, se profieren insultos y amenazas contra el trabajador, en STCT 5 abril 1988 (Ar. 2919); o porque se niega ocupación efectiva y se trata vejatoriamente al trabajador, en STSJ País Vasco 31 octubre 1989 (RL, nº 2/1990, pág. 94).

<sup>10</sup>.- El entrecomillado es de las SSTS 26 noviembre y 22 octubre 1986 (Ar. 6516 y 5878). En el mismo sentido, STS 23 junio 1983 (Ar. 3041).

<sup>11</sup>.- O interrupción de la relación, STS 18 septiembre 1989 (Ar. 6455).

tramitación<sup>111</sup> y es esta la posición que debería mantenerse pues, aunque la decisión extintiva sea del trabajador y falte el elemento de disponibilidad que justifica su abono en los despidos improcedentes o nulos<sup>112</sup>, lo cierto es que, de no haber sido por la conducta especialmente lesiva del empresario, se habría exigido al trabajador la continuación de sus servicios, por lo que éste no puede salir perjudicado por una suspensión que sólo se debe a causa imputable a aquél<sup>113</sup>.

#### B) LA EVITACION DEL PROCESO Y LA VIRTUALIDAD EXTINTIVA DE LOS ACUERDOS DE CONCILIACION PREVIA Y JUDICIAL.

Las partes pueden ahorrar el juicio o terminar el apenas comenzado conciliando sus posturas ante el servicio administrativo correspondiente (SMAC) o ante el órgano judicial (arts. 63 y 84 LPL), en cuyo caso la resolución del contrato no se produce mediante sentencia firme, sino por el acuerdo de conciliación que, según doctrina y jurisprudencia unánimes, tiene la naturaleza de un contrato<sup>114</sup>, conforme establece el

---

<sup>111</sup>.- ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 493; y SALA FRANCO y otros, *Derecho del Trabajo*, cit. pág. 736.

<sup>112</sup>.- Argumentos ambos que emplea GARCIA FERNANDEZ, *La terminación...*, op. cit. págs. 121-122, para rechazar la posibilidad de condena a los salarios de tramitación aún en los supuestos excepcionales de especial gravedad.

<sup>113</sup>.- ALBIOL MONTESINOS, es también partidario de la condena en estos casos a los salarios de tramitación, porque en su opinión, se trata de un supuesto que << puede ser subsumible en el genérico del art. 30 ET como de *mora accipiendi* >>, *La extinción del contrato...*, op. cit. pág. 28, nota 59.

<sup>114</sup>.- Por todos, ALONSO OLEA y MIÑAMBRES PUIG, *Derecho Procesal del Trabajo*, cit., págs. 80, 116 y 117. En cuanto a la jurisprudencia, ver últimamente, SSTCT 9 enero 1989 (Ar.

art. 1809 CC.

Sin embargo, dicho acuerdo no es una simple extinción por mutuo disenso (art. 49.2 ET)<sup>106</sup>, porque la transacción en conciliación se produce como consecuencia de la observancia de un trámite de obligado cumplimiento<sup>107</sup>, cuyo objetivo primordial es estimular a las partes a que lleguen a un arreglo voluntario<sup>108</sup> facilitándoles mecanismos de solución del conflicto alternativos al juicio (arts. 63 y 84 LPL). En segundo lugar, porque la conciliación se realiza en presencia de un tercero que, aparte de incitar a las partes a que se avengan mediante la sugerencia de soluciones equitativas, tiene la facultad, en el caso del juez, de impedir o rechazar el acuerdo cuando implique lesión grave, fraude de ley o abuso de derecho (art. 84.1 LPL). Y lo que es más importante, porque el acuerdo extrajudicial o judicial equivale a una sentencia cuando se pide su ejecución, ya que, a diferencia de la regulación anterior, la LPL de 1990 refuerza la efectividad de la avenencia obtenida en concilia-

---

505) y 4 octubre 1988 (Ar. 6309).

<sup>106</sup>.- Aunque sus naturalezas se aproximen, ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 510.

<sup>107</sup>.- En cuanto a la extrajudicial, porque el art. 64 LPL no exceptúa los procesos de extinción del contrato por voluntad del trabajador del requisito del intento de conciliación previa para la tramitación de la demanda. Y en cuanto a la conciliación judicial, porque aparte de que la dicción imperativa de la norma (art. 84.1 LPL) no da lugar a dudas, <<El órgano judicial [...] intentará la conciliación>>, su omisión, al parecer, es causa de nulidad de actuaciones, VALDES DAL-RE, *Ley de Procedimiento laboral, Análisis y comentarios al R.D. Legislativo 521/90 de 27 de abril*, (AA VV), ed. Deusto, 1990, pág. 238. Ver recientemente STSJ Andalucía 12 diciembre 1990, RL, nº 7/1991, pág. 51.

<sup>108</sup>.- STS 16 octubre 1990 (Ar. 7689).

ción previa, equiparándola a la transacción judicial<sup>100</sup>, de forma que lo acordado ante el SMAC no constituye un simple título ejecutivo, sino que <<[puede] llevarse a efecto por el trámite de ejecución de sentencias>><sup>101</sup> (art. 68 LPL), con lo que el resultado positivo de la actividad conciliatoria extrajudicial y judicial es, en la actualidad, equivalente.

Por consiguiente, como ocurriría con el despido, la resolución del contrato por voluntad del trabajador conserva su carácter unilateral y causal, aunque en el acto de conciliación el empresario admita el incumplimiento que se le imputa y el trabajador se conforme con la indemnización que se le ofrezca, lo que tiene su importancia, no sólo para el cobro forzoso de la indemnización<sup>102</sup>, sino también para poder acreditar la situación legal de desempleo y causar derecho a la

---

<sup>100</sup>.- Ver en este sentido, VALDES DAL-RE, *Ley de Procedimiento laboral...*, op., cit., págs. 194 y 195; BAYLOS GRAU, CRUZ VILLALON y FERNANDEZ LOPEZ, *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, cit. págs. 89 y 90; ALONSO OLEA y MIÑAMBRES PUIG, *Derecho Procesal del Trabajo*, cit. págs. 87 y 88, aunque mantienen la limitación que, respecto a las excepciones oponibles por el demandado, realizaba el derogado art. 55 LPL/1980.

<sup>101</sup>.- Regulado en los arts. 234 y ss LPL; por lo que, contrariamente a lo que se había establecido por la jurisprudencia anterior (últimamente, SSTs 22 febrero 1990, Ar. 1909; 12 febrero 1990, Ar. 906; y 15 septiembre 1989, Ar. 6441), los autos que se dicten en ejecución de lo convenido en conciliación ante el SMAC, son impugnables mediante los mismos recursos que los que puedan interponerse contra los que se dicten ejecutando una sentencia (SSTs 7 febrero 1990, Ar. 835, y 13 marzo 1991, Colex, JL n° 583/1991, que aunque referidas a la conciliación judicial, su doctrina es actualmente aplicable también a la extrajudicial).

<sup>102</sup>.- Con arreglo a la ley anterior, de la conciliación extrajudicial, SSTCT 7 febrero 1989 (Ar. 1355) y 3 junio 1987 (Ar. 12112); y de la judicial, SSTs 7 febrero 1990 (Ar. 835) y 13 marzo 1991 (Colex, JL n° 583/1991).

prestación (infra, Capítulo V), ya que el trabajador, aunque concilie, sigue siendo un parado forzoso a efectos de lo dispuesto en el art. 6.2.Uno LPD.

No obstante, conforme a reiterada jurisprudencia, el Fondo de Garantía Salarial no responde del pago de la indemnización acordada en conciliación, porque el art. 33.2 ET exige que ésta haya sido reconocida en <<sentencia o resolución administrativa>> y ni la conciliación extraprocésal ni la procesal constituyen resolución de ningún tipo, sino que tienen la naturaleza de un verdadero contrato, con eficacia tan sólo entre las partes que lo pactaron, <<pero no contra quien no fue oído, no se avino, ni transigió, ni fue condenado>>"".

### 3. EL CARACTER EXTRAJUDICIAL DE LA OPCION RESOLUTORIA POR MODIFICACION SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO.

La ley permite que la resolución del contrato por las causas de los arts. 41.3 y 40.2 ET, pueda ser realizada por el trabajador sin intervención judicial"". De acuerdo con estos preceptos, el trabajador trasladado o que resulte perjudicado por la modificación sustancial de la jornada, el horario o el turno de trabajo <<tendrá derecho>> a extinguir su contrato de trabajo; <<ostenta una facultad de extinción inmediatamente

---

"".- STSJ Extremadura 31 enero 1991 (AL, nº 27/1991, marg. 668); en el mismo sentido, STS 4 julio 1990, dictada en interés de la ley (RL, nº 15-16/1990, pág. 63) y SSTCT 9 enero 1989 (Ar. 505), 5 julio 1988 (Ar. 5002) y 3 febrero 1988 (Ar. 1507).

"".- Respecto a la opción resolutoria del art. 40.2, STCT 6 marzo 1981 (Ar. 1572); y respecto a la del art. 41.3, STCT 20 septiembre 1983 (Ar. 7591).

actuable>>"".

Para algunos autores, la diferencia de tratamiento entre la extinción causal del art. 50 y la de los arts. 41.3 y 40.2 reside en que la concurrencia de la causa ya ha sido constatada por los representantes de los trabajadores o por la autoridad laboral, por lo que <<un nuevo [control] sería una simple redundancia>>"". En esta línea, la STS de 9 de junio de 1987"" indica que todo depende de que <<tenga que depurarse o no la conducta empresarial>>; en el caso del art. 50, <<el trabajador [debe] acudir a la jurisdicción para que ésta considere si ha estado o no justificada la decisión del empresario>>. En el del art. 41.3 <<la decisión empresarial está valorada positivamente con antelación, ello es, que no cabe ya cuestionarla, que está justificada, [por lo que] el trabajador puede, por sí mismo, decidir la finalización del contrato, con lo que la intervención jurisdiccional queda reducida a valorar si ha tenido o no perjuicios, para en caso afirmativo reconocérseles>>.

---

"".- CRUZ VILLALON, *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, cit. pág. 326. En contra, RIVERO LAMAS, *Modificación de las condiciones de trabajo*, cit. págs. 202 a 205.

"".- CRUZ VILLALON, *Las modificaciones...*, op. cit. pág. 326. <<Se puede afirmar (dice este autor) que dentro de la autorización y aceptación existe una doble declaración: en virtud de la primera se faculta al empresario a modificar las condiciones laborales en los términos solicitados; por la segunda, de forma tácita y con un valor subsidiario, se autoriza al trabajador individual a resolver su contrato si resultase perjudicado>>. En el mismo sentido SALA FRANCO, *Movilidad geográfica* (EDERSA), op. cit., pág. 86; y COLLADO LUIS, *La movilidad geográfica...*, op. cit. pág. 454.

"".- Ar. 4318.

Si tal es la razón, no se explica por qué el art. 50.1.a) exige la extinción rogada sin diferenciar entre modificaciones sustanciales lícitas e ilícitas; ni tampoco por qué los arts. 41.3 y 40.2 ET permiten la resolución automática del contrato, aunque el cambio establecido no haya sido previamente autorizado. Y es que no puede afirmarse que los representantes de los trabajadores o la Administración laboral comprueben la concurrencia de la causa extintiva cuando acuerdan aquéllos o autoriza ésta la modificación sustancial<sup>117</sup>, porque, salvo que el cambio suponga un claro atentado contra los derechos del trabajador -en cuyo caso no debe ser aprobado o autorizado-, dichas instancias sólo verifican su razonabilidad y su sustancialidad y, sin embargo, lo que justifica la extinción y da derecho al trabajador a percibir una indemnización es el perjuicio, la lesividad de la modificación, que se exige además de su carácter esencial.

Concurriendo el perjuicio, lo determinante es la gravedad de la lesión<sup>118</sup>, de forma que si tiene carácter cualificado, el trabajador debe solicitar la extinción al juez por la causa del art. 50.1.a), y si no alcanza esa gravedad, el trabajador puede resolver inmediata y directamente la relación por la causa

---

<sup>117</sup>.- En el mismo sentido, LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, *La modificación sustancial...*, op. cit. pág. 243.

<sup>118</sup>.- CRUZ VILLALON, *La resolución contractual por modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, cit., págs. 455-456. En contra, RIVERO LAMAS, *La modificación de condiciones de trabajo en la práctica administrativa y en la jurisprudencia*, cit. pág. 346, <<mientras que cuando hay autorización es posible la extinción automática del contrato y el percibo de la indemnización, cuando no se ha observado el procedimiento, debe seguir [el trabajador] prestando sus servicios y acudir a la MT pidiendo la resolución ex art. 50.1.a) ET>>.

establecida en el art. 41.3 ó 40.2 ET.

Con todo, cabe que el trabajador prefiera renunciar a su facultad de extinción para solicitar ésta al juez, habiéndose entonces de cumplir los mismos requisitos que los exigidos para el ejercicio de la acción del art. 50 ET, señaladamente, el mantenimiento de la vigencia de la relación hasta que recaiga la sentencia<sup>111</sup>.

### III. LA CONCURRENCIA DE ACCIONES DE DESPIDO Y EXTINCION DEL CONTRATO POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR.

La obligación de mantenimiento de la vigencia del contrato hasta la satisfacción judicial de la solicitud resolutoria, posibilita al empresario hacer uso de su facultad de despedir, aun después de que el trabajador haya iniciado la ruptura por incumplimiento contractual grave de aquél. Es así como surge el fenómeno de concurrencia de acciones de despido y de resolución del contrato por voluntad del trabajador, en cuanto que la evitación de la firmeza de aquél constituye no sólo una medida precautoria del trabajador, sino, lo que es más importante, uno de los presupuestos que condiciona el éxito de su pretensión de resolver.

La legislación procesal anterior, partiendo de la mutua incompatibilidad de esas acciones -la una tendente a la conservación del contrato, la otra tendente a su ruptura-, prohibía

---

<sup>111</sup>.- No cabe, por tanto, el ejercicio de la acción cuando el contrato ha sido extinguido previamente por decisión del empresario, SSTCT 24 abril 1987 (Ar. 8473), 14 abril 1986 (Ar. 2401) y 7 febrero 1985 (Ar. 833).

su acumulación<sup>100</sup> (art. 16 LPL de 1980), obligando al trabajador a abrir dos procesos diversos, con la consiguiente duplicación de actuaciones procesales y la posibilidad de que recayeran dos sentencias diversas declarando extinguido el contrato por distintas causas.

La actualmente en vigor, con arreglo a criterios de conexión y de economía procesal (Base Undécima de la LBPL) y para solucionar las pasadas disfunciones, prescribe en cambio la acumulación (art. 32 LPL de 1990), al efecto de realizar en un único proceso el enjuiciamiento y resolución de ambas pretensiones (art. 35 LPL). No obstante lo cuál, la limitación temporal que conlleva la eficacia pretendida con la tramitación conjunta de las demandas, por un lado, y la necesaria adaptación de los mandatos procesales a la legislación sustantiva, por otro, reducen considerablemente la operatividad de la figura.

Respecto a lo primero, porque la oportunidad de la acumulación depende de que la segunda demanda se interponga a tiempo para llegar a los actos de conciliación y juicio del proceso ya iniciado por la primera (art. 34.1 LPL). Y en lo concerniente a lo segundo, porque aunque las demandas sean acumuladas, el juez habrá de rechazar necesariamente la pretensión resolutoria cuando el despido se haya producido con anterioridad a la iniciativa extintiva del trabajador, puesto que en este caso, el efecto constitutivo e inmediato que se predica de aquél, impide el cumplimiento del presupuesto básico

---

<sup>100</sup>.- En consonancia con lo que para el proceso civil establece el art. 153 LEC.

para la extinción: la viveza del contrato<sup>111</sup>.

Y por si fuera poco, la referencia expresa y exclusiva del art. 32 al art. 50 ET, elimina la posibilidad de acumular la demanda de despido a la de resolución del contrato por causas distintas a las contenidas en él (las de los arts. 41.3 y 40.2 ET); escasa respuesta puede dar el precepto, pues, a los problemas que se venían produciendo con la ley anterior.

#### 1. LOS PROBLEMAS QUE ORIGINABA LA PROHIBICION DE ACUMULACION DE ACCIONES ESTABLECIDA EN LA LEY PROCESAL ANTERIOR.

De acuerdo con lo establecido en los arts. 24.1 CE, 11.3 LOPJ y 359 LEC, la existencia de un despido y la sustanciación del correspondiente proceso para su impugnación, no puede entorpecer la tramitación del pleito para la resolución contractual solicitada, ni que la sentencia que en éste se dicte decida sobre dicha pretensión<sup>112</sup>, pues de no ser así, el empresario podría siempre impedir al trabajador el ejercicio legítimo de su derecho e imposibilitarle el acceso a la tutela judicial efectiva<sup>113</sup>. No obstante, el consabido requisito de la vigencia del contrato reduce la aplicación de esa regla general a los supuestos en los que el despido sea posterior al

---

<sup>111</sup>. - Defendiendo una tesis contraria, RODRIGUEZ FERNANDEZ, *Ley de Procedimiento Laboral*, (AA. VV.) cit., pág. 128, aunque valorando la posibilidad de priorizar el trabajador la presentación de la demanda resolutoria respecto de la de despido, y no es esa preferencia la que cuenta para el cumplimiento del requisito de la vigencia contractual, sino la del acto mismo de despido respecto al inicio del ejercicio de la acción resolutoria por el trabajador.

<sup>112</sup>. - STS 5 febrero 1990 (Ar. 820).

<sup>113</sup>. - STCT 7 febrero 1989 (Ar. 1344).

ejercicio por el trabajador de la acción resolutoria: si el objeto de esta acción es la ruptura del contrato, su presupuesto necesariamente es la preexistencia del mismo<sup>100</sup>.

Resuelta así la oportunidad procesal de las acciones concurrentes, la LPL de 1980, art. 16, dejaba, sin embargo, al buen criterio de los tribunales la solución de los conflictos que pudieran producirse como consecuencia de la obligada tramitación separada de ambos procesos<sup>101</sup>. De forma que, para evitar que sobre una misma relación recayeran dos sentencias extintivas, el órgano judicial se veía obligado a tener en cuenta en lo posible la decisión dictada en el juicio paralelo.

El riesgo no era suficiente, sin embargo, para apreciar la excepción de litispendencia prevista en el art. 533.5 LEC, pues la interrupción por esta causa del proceso ya iniciado cuando está en curso otro que todavía no ha sido resuelto por sentencia firme, requiere la posibilidad de que sean pronunciadas dos sentencias contradictorias, entendiéndose por tales, dice la STS 10 mayo 1990<sup>102</sup>, aquellas que contengan fallos incompatibles entre sí y, por tanto, de imposible ejecución conjunta. Y en supuestos como éstos, en los que la acción de despido se plantea con posterioridad a la acción resolutoria, no existe

---

<sup>100</sup>.- Que el despido no enerva el ejercicio de la acción resolutoria si es posterior al ejercicio de ésta, según establecen numerosas sentencias, entre otras, SSTS 18 y 27 septiembre 1990 (Ar. 7022 y 7054).

<sup>101</sup>.- No en vano alguna sentencia puso de manifiesto la existencia de una laguna legal al respecto, así SSTCT 7 febrero 1989 (Ar. 1344) y 1 junio 1988 (RL, tomo I/1989, pág. 367).

<sup>102</sup>.- Ar. 4992, que desestima la excepción de litispendencia.

riesgo de dictar fallos opuestos, <<siempre que se adopten las debidas precauciones>>. Además, tampoco se darían los presupuestos que establece el art. 1252 CC, pues entre ambas acciones no existe otra identidad que no sea la subjetiva, al ser distintas las pretensiones y diferente la *causa petendi*<sup>111</sup>.

En consecuencia, ante la ausencia de reglas específicas, parte de la jurisprudencia optó por la preferencia de la decisión sobre la cuestión primeramente planteada (por hipótesis, la pretensión resolutoria), por lo que la virtualidad de la acción impugnatoria del despido dependía de que aquella primera pretensión no fuese judicialmente confirmada<sup>112</sup>. No obstante, el devenir de los acontecimientos en la tramitación del proceso de despido podía impedir que el órgano judicial llegara a pronunciarse sobre la cuestión resolutoria. Así ocurría cuando, habiendo sido declarado en la instancia el despido procedente<sup>113</sup>, o improcedente y se optara por la no readmisión<sup>114</sup>, la

---

<sup>111</sup>.- STS 30 abril 1990 (Ar. 3509). Como indica, GARCIA MURCIA, por similares razones, tampoco habría podido alcanzar éxito la alegación de cosa juzgada, *Acumulación de demandas...*, *op. cit.*, de despido y de resolución del contrato por voluntad del trabajador, *cit.*, pág. 42.

<sup>112</sup>.- En este sentido, SSTs 30 abril 1990 (Ar. 3510) y 4 febrero 1986 (Ar. 703); y SSTCT 1 abril 1989 (Ar. 2790) y 7 abril 1987 (Ar. 7552). Incluso en algún caso se llegó a dejar en suspenso la tramitación del proceso de despido, STCT 21 octubre 1986 (Ar. 9945).

<sup>113</sup>.- Es el caso de la STCT 14 septiembre 1988 (Ar. 5711) y STSJ Madrid 17 octubre 1991 (AL, nº 8/1992, marg. 241), aunque en realidad, en ésta sentencia la carencia de acción para resolver se produce por ausencia de causa, pues si la alegada era la imposición unilateral de un traslado no autorizado, desaparece cuando acuerda en conciliación la readmisión a su puesto de trabajo de origen.

sentencia fuese consentida por ambas partes, pues la inexistencia de la relación -ya extinguida mediante sentencia firme- dejaba sin objeto la acción resolutoria ejercitada<sup>40</sup>.

Por el contrario, en otras ocasiones los procesos se tramitaban de forma desconectada, habiéndose de enfrentar algunas sentencias con la necesidad de <<reajustar>> dos decisiones extintivas sobre la misma relación de trabajo. La particularidad en estos casos residía en que, pese a la prohibición de acumulación de las acciones, los procesos habían de ser forzosamente unificados a la hora de dictar la segunda sentencia, conciliando el fallo resolutorio de ésta con el recaído en el proceso paralelo ya finalizado.

Partiendo de la firmeza de la sentencia que estimara la pretensión resolutoria del trabajador, la declaración posterior de la procedencia del despido, debía producir la extinción del contrato desde la fecha de la carta de despido y, ante la imposibilidad de realizar una compensación de culpas, sin condena al abono de indemnización alguna<sup>41</sup>. Por el contrario, la calificación de improcedencia o nulidad del despido, determinaba la refundición de las indemnizaciones establecidas en los arts. 50.2 y 56.1 ET en una sólo, y la eliminación, en

---

<sup>40</sup>.- Como ocurre en la STCT 30 abril 1986 (Ar. 2894).

<sup>41</sup>.- Con mayor razón, si el trabajador desiste de la demanda de despido, STCT 26 junio 1986 (Ar. 5103), o si el despido se produce por abandono del trabajo tras la presentación de la demanda para la resolución del contrato, SSTs 18 septiembre 1989 (RL, tomo II/1989, pág. 674) y 26 noviembre 1986 (Ar. 6516).

<sup>42</sup>.- La STCT 7 febrero 1989 se plantea esta cuestión y remite a las partes al juicio ordinario para que insten la indemnización de daños y perjuicios.

su caso, de la opción entre readmisión e indemnización de la condena por despido improcedente, produciéndose la extinción desde la fecha de notificación de la sentencia firme confirmatoria de la pretensión resolutoria<sup>100</sup>.

## 2. LA ACUMULACION DE LAS DEMANDAS DE DESPIDO Y DE EXTINCION DEL CONTRATO POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR.

El art. 32 LPL, excepcionando las reglas generales sobre acumulación de autos establecidas en el art. 161 LEC<sup>101</sup> y la específica de la identidad de las acciones prevista para el proceso laboral<sup>102</sup> (art. 29 LPL), prescribe la acumulación de las demandas de despido y resolución del contrato por alguna de las causas del art. 50 ET, con el objeto de que puedan debatirse todas las cuestiones planteadas en un sólo juicio.

El mantenimiento por ello, de la prohibición de acumular las acciones (art. 27.2 LPL) resulta contradictorio o, cuando

---

<sup>100</sup>.- Es el caso de la STS 10 mayo 1990 (Ar. 4992) y STCT 1 junio 1988 (RL, tomo I/1989, pág. 367), comentada esta última por RODRIGUEZ FERNANDEZ, *La concurrencia de dos decisiones extintivas sobre el contrato de trabajo*, RL, tomo I/1989, pág. 361 y ss.

<sup>101</sup>.- Aunque con algunas líneas de contacto, según GARCIA MURCIA, *Acumulación de demandas...*, op. cit. págs. 64 a 71, pues <<podría decirse que, por su estrecha conexión [de los procesos que contempla el art. 32 LPL], lo resuelto en el primer proceso actúa como una especie de cuestión prejudicial para el segundo>>. y porque con la <<continencia de la causa>> a que alude el art. 161.5<sup>a</sup> y 162 LEC, lo que se pretende evitar es el fraccionamiento de los asuntos litigiosos que requieren un tratamiento unitario y global, que es lo que pretende igualmente el art. 32 LPL.

<sup>102</sup>.- ALONSO OLEA y MIÑAMBRES PIUG, *Derecho Procesal del Trabajo*, op. cit. pág. 115.

menos, desconcertante<sup>44</sup>, pues la unificación de los autos conlleva la de acciones, y si éstas resultan incompatibles para poder ser unificadas en una sólo demanda, este mismo argumento podría servir para rechazar la posterior adhesión de los autos en un mismo proceso<sup>45</sup>; y, por otro lado, si es la estrecha conexión entre las pretensiones formuladas la razón de que convenga la acumulación de las demandas, la misma razón justificaría la de acciones, por lo que la diversidad de trato no tiene sentido<sup>46</sup>.

Que, a diferencia de la acumulación inicial, la de autos sea acordada por el juez, no cambia las cosas, pues la dicción literal del precepto (<<se acumulará>>) no deja lugar al arbitrio judicial; el órgano judicial, de oficio o a instancia

---

<sup>44</sup>.- Como señala GARCIA MURCIA, <<es al menos llamativo que la LPL esté permitiendo la acumulación de autos en un caso en el que no se produce la identidad de acciones requerida en el art. 29 LPL, y que, sin embargo, prohíba la acumulación de acciones en ese mismo supuesto cuando se da la identidad de personas exigida por el art. 27.1 LPL>>, *Acumulación de demandas...*, op. cit. pág. 76.

<sup>45</sup>.- En contra, RODRIGUEZ FERNANDEZ, *Ley de Procedimiento Laboral*, cit. (AA.VV.), pág. 127, que justifica la prohibición de acumulación de las acciones en la <<incompatibilidad de las solicitudes>>; y la posibilidad de acumular las demandas, en su alternatividad: <<son dos objetivos, en efecto, incompatibles, aunque la satisfacción se tiene por bastante con la sólo estimación de uno de ellos, ya que, de concluirse la bondad de ambos, se afirmaría la más absoluta incongruencia>>.

<sup>46</sup>.- GARCIA MURCIA apunta, entre otras razones, consideraciones de política legislativa, porque el hecho de que se permita la acumulación de autos, <<no es obstáculo para que, al mismo tiempo, se considere oportuno prohibir su acumulación con el fin de no fomentar su coincidencia temporal, ni su uso simultáneo y, a la postre, para no complicar el funcionamiento de la administración de justicia>>, *Acumulación de demandas...*, op. cit. págs. 84-85.

de parte, debe necesariamente unificar las demandas<sup>103</sup> y sólo en el caso de que luego se compruebe la conveniencia de su tramitación separada, podrá dejar sin efecto la acumulación efectuada (art. 34.3 LPL).

En todo caso, la conveniencia e incluso la necesidad de la figura es evidente, pues la experiencia demuestra que el ejercicio simultáneo o sucesivo de las acciones de despido y de resolución del contrato por voluntad del trabajador debe dar lugar a la tramitación de un único proceso, con el fin de evitar los problemas o disfunciones que en el pasado se producían, y a estos efectos, es indiferente que la acumulación se realice desde el inicio o antes del acto de conciliación judicial, porque en ambos casos, el efecto es el mismo: el análisis y la resolución conjunta de las acciones concurrentes.

## 2.1. DEMANDAS ACUMULABLES Y TIEMPO PARA LA ACUMULACION.

Siendo diversas las causas alegables por el trabajador para la ruptura indemnizada del contrato de trabajo, el art. 32 LPL se refiere exclusivamente a las previstas en el art. 50 ET, de lo que se deduce que han de excluirse del ámbito de aplicación del precepto las demandas resolutorias que se formulen con base en alguno de los motivos que establecen los arts. 41.3 ó 40.2 ET<sup>104</sup>.

La razón de la exclusión reside en la diferente técnica

---

<sup>103</sup>.- En el mismo sentido, ALONSO OLEA y MIÑAMBRES PUIG, *Derecho Procesal del Trabajo*, op. cit. pág. 115; GARCIA MURCIA, *Acumulación de demandas...*, op. cit. pág. 105.

<sup>104</sup>.- En el mismo sentido, GARCIA MURCIA, *Acumulación de demandas...*, op. cit. págs. 112 a 122.

empleada para la resolución contractual en uno y otro caso. Como vimos, la extinción debe ser necesariamente solicitada al juez cuando la causa es de las que el art. 50.1 contiene (salvo que empresario y trabajador concilien ante el SMAC, en cuyo caso tampoco habría lugar a la interposición de la demanda); por contra, cuando el trabajador alega para resolver alguna de las modificaciones sustanciales previstas en los arts. 41.3 ó 40.2 ET, la extinción se produce directa y automáticamente, sin necesidad de intervención judicial, por lo que la falta de previsión de la LPL sobre estas causas es congruente con los mandatos de la ley material, aunque como también se señaló, el carácter extrajudicial de la acción no impide que ésta pueda ser ejercitada judicialmente, por lo que, en caso de concurrencia con la acción de despido, habrá de seguir proceso paralelo e independiente respecto a éste<sup>11</sup>.

En cuanto a la demanda de despido, la duda es si el art. 32 LPL utiliza dicho término en sentido amplio o estricto; es decir, si se refiere en general a la extinción del contrato por voluntad unilateral del empresario o sólo al despido disciplinario. La segunda hipótesis es, quizá, la más frecuente, pero no existe razón decisiva para que las demandas de impugnación de la extinción por causas objetivas, o por causas tecnológicas, económicas o fuerza mayor queden excluidas del precepto, máxime si éste no distingue<sup>12</sup>. Por consiguiente, por demanda de

---

<sup>11</sup>.- Pues no cabe la interpretación analógica del art. 32 LPL, GARCIA MURCIA, *Acumulación de demandas...*, *op. cit.* pág. 122.

<sup>12</sup>.- En el mismo sentido, GARCIA MURCIA argumenta además que la concurrencia de demandas prevista en el art. 32 LPL puede producirse con ocasión de cualquier modalidad de despido,

despido ha de entenderse toda la que tenga por objeto la impugnación de una decisión extintiva del empleador, haya sido ésta realizada de forma implícita o explícita y con independencia de cuál sea, en su caso, la causa alegada para despedir.

Respecto al momento procesalmente oportuno para acordar la acumulación, el art. 34.1 LPL prescribe taxativamente que ésta debe realizarse antes de la celebración de los actos de conciliación y juicio<sup>111</sup>, límite temporal que afianza la finalidad pretendida con la acumulación. Y es que, si el instituto tiene por finalidad la substanciación conjunta de las demandas para que puedan ser resueltas mediante una única resolución judicial, lo lógico es que se tramiten unidas desde el comienzo del proceso<sup>112</sup>, por lo que la posibilidad de que la acumulación pueda realizarse en un momento posterior, debe ser rechazada<sup>113</sup>.

---

lo que, desde una interpretación teleológica, constituye un motivo de peso para la defensa de la concepción amplia, *Acumulación de demandas...*, op. cit. pág. 127.

<sup>111</sup>.- Conciliación judicial, se entiende, pese a la expresión <<en su caso>>, que utiliza el precepto, lo que más bien parece una errata pues tendría más sentido si el texto dijera <<antes de la celebración de los actos de conciliación y, en su caso, de juicio>> ya que intento judicial de que las partes se avengan puede alcanzar el éxito pretendido, evitando la continuación del juicio.

<sup>112</sup>.- <<Y no sólo de los tramos que [resulten] coincidentes>>, RODRIGUEZ FERNANDEZ, *Ley de Procedimiento Laboral*, op. cit. (AA.VV), pág. 131 y 127.

<sup>113</sup>.- Sin embargo, GARCIA MURCIA, con base en las reglas generales de la LEC (arts. 163 y 165) cabría la acumulación durante el desarrollo del juicio siempre que se diera audiencia a las partes y se les asegurara la defensa de sus derechos e intereses legítimos, *Acumulación de demandas...*, op. cit. pág. 170.

## 2.2. SUPUESTOS DE ACUMULACION Y CAUCE PROCESAL APLICABLE.

Presentadas las demandas de despido y de extinción del contrato por cualquiera de las causas del art. 50 ET, la acumulación, como se dijo, es obligatoria, con independencia de cuál haya sido la pretensión primeramente planteada, y al margen, asimismo, de que el despido fuese realizado antes o después del ejercicio por el trabajador de la acción resolutoria, porque el art. 32 LPL no establece ninguna limitación al respecto y porque, además, el juez no puede prejuzgar el éxito o fracaso de las demandas antes de su tramitación y resolución. Por tanto, dándose el supuesto de hecho previsto por la ley, el órgano judicial no puede abrir dos procesos diversos, excepto cuando la segunda demanda no se presente con anterioridad a la realización de los actos de conciliación y de juicio del proceso ya iniciado por la primera (art. 34.1 LPL); o salvo que el juez no llegue a tener conocimiento de la concurrencia de las demandas, porque el trabajador no haya cumplido su obligación de hacer constar en la segunda de las presentadas la pendencia del primer proceso<sup>114</sup>.

La cuestión es el cauce procesal a seguir para la tramitación de las demandas acumuladas, pues la ley no dice nada al respecto y los procesos para la cognición separada de cada una de ellas son diversos; en un caso, el proceso impugnatorio especial de despido disciplinario (arts. 103 y ss LPL), y en el otro, el proceso ordinario (arts. 80 y ss LPL).

---

<sup>114</sup>.- Art. 32, *in fine* LPL. Sobre el carácter obligatorio de este mandato dirigido al trabajador demandante, GARCIA MURCIA, *Acumulación de demandas...*, *op. cit.* págs. 105 y 105.

Tan sólo prevé el art. 106 de la ley procesal que <<en los supuestos previstos en el art. 32 [LPL] habrán de respetarse las garantías que, respecto de las alegaciones, pruebas y conclusiones, se establecen para el proceso de despido disciplinario>>, lo que muy bien puede ser interpretado como una opción implícita de la ley por el proceso ordinario, pues de otra forma dicha prevención no tendría sentido.

Pero también puede pensarse, como concluye GARCIA MURCIA, que todo depende de la demanda que haya sido primeramente presentada<sup>11</sup>, de forma que si fue la de despido, el aplicable es el especial y si lo fue la resolutoria, el ordinario, con las especialidades previstas para aquél. Sin embargo, con independencia de que, a efectos de interponer primero una u otra demanda, el actor puede invertir o respetar a su criterio la sucesión cronológica de los hechos<sup>12</sup>, lo cierto es que la LPL no regula una <<modalidad procesal>> para la tramitación conjunta de las demandas de despido y de extinción del contrato por voluntad del trabajador, por lo que el proceso aplicable debe ser el ordinario, por su carácter residual o supletorio respecto de los especiales, y por las limitaciones objetivas

---

<sup>11</sup>.- *Acumulación de demandas...*, op. cit. págs. 179-180; para las argumentaciones en favor y en contra de esta opción, ver págs. 176-179.

<sup>12</sup>.- Expresión tomada de RODRIGUEZ FERNANDEZ, *Ley de Procedimiento Laboral*, (AA.VV) cit. pág. 128, que, respecto a la cuestión de cuál debe ser la demanda primeramente presentada en relación con lo dispuesto en el art. 32 LPL, habla de la posibilidad que asiste siempre al actor de <<eludir la sucesión cronológica de los hechos y practicar la inversión de sus aspiraciones de tutela judicial>>.

del proceso de despido<sup>111</sup>.

### 2.3. LA TRAMITACION DE LAS DEMANDAS ACUMULADAS Y LOS POSIBLES CONTENIDOS DEL FALLO RESOLUTORIO.

Finalidad y efecto de la acumulación es la discusión y resolución conjunta de todas las cuestiones planteadas, dice el art. 35 LPL. El objeto del proceso es, por tanto, una <<pretensión de estructura compleja>><sup>112</sup>, en relación con la cuál, el juez ha de decidir si se extingue o no el contrato, y en caso afirmativo, en qué momento, por qué causa y con qué consecuencias. Para ello lo conveniente es que, dado que las pretensiones ejercitadas son distintas, el estudio de cada una de ellas se realice de forma separada dentro del mismo proceso<sup>113</sup>, para luego refundir los resultados obtenidos en una misma sentencia.

Aunque en principio es indiferente qué demanda sea examinada en primer lugar -con tal que luego se adapten y coordinen los resultados obtenidos durante el proceso- lo lógico es que el juez examine primero la pretensión resolutoria del trabajador y que luego se adapten las consecuencias de la estimación o desestimación de la demanda de despido a la valoración resultante de aquella primera pretensión. Por consiguiente procede considerar, en primer lugar, la viabilidad de la demanda de extinción, para lo cuál el juez habrá de comprobar

---

<sup>111</sup>.- BAYLOS GRAU, CRUZ VILLALON y FERNANDEZ LOPEZ, *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, cit. pág. 293.

<sup>112</sup>.- BAYLOS GRAU, CRUZ VILLALON y FERNANDEZ LOPEZ, *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, cit. pág. 293.

<sup>113</sup>.- GARCIA MURCIA, *Acumulación de demandas...*, op. cit. págs. 182-183.

que el despido se produjo en momento posterior al ejercicio por el trabajador de la acción resolutoria, ya que, en caso contrario, la demanda debe ser rechazada por falta del requisito de la vigencia de la relación.

La tesis contraria que defiende RODRIGUEZ FERNANDEZ<sup>128</sup> utiliza dos argumentos: primero, que el dato a tener en cuenta para afirmar la oportunidad de la acción resolutoria es el momento de la presentación de la demanda, por lo que nada impide que el trabajador plantee primero la demanda de extinción, aunque el despido se haya efectuado con anterioridad al ejercicio de la acción resolutoria; y segundo, la escasa operatividad de la figura que supondría la exclusión de los supuestos en los que el empresario priorice su decisión de extinguir, lo que no parece que sea, dice la autora, el objetivo de la reforma.

Respecto del primer argumento, la acción para la extinción del contrato por voluntad del trabajador no se inicia con la presentación de la demanda, sino en un momento anterior coincidiendo con la fecha de la presentación de la <<papeleta>> para el intento de conciliación ante el SMAC<sup>129</sup>, por lo que, en caso de concurrir con un despido, la oportunidad de dicha acción sólo depende de que el empresario haya tomado su decisión con posterioridad a ese momento, siendo indiferente a estos efectos que la demanda resolutoria se plantee antes o

---

<sup>128</sup>.- *Ley de Procedimiento Laboral*, (AA. VV.), cit. pág. 128. Y como posibilidad, para el caso de que el despido sea declarado improcedente o nulo, GARCIA MURCIA, *Acumulación de demandas...*, op. cit., págs. 188-191.

<sup>129</sup>.- Ver *Infra* punto II.1.1. de este capítulo.

después que la de despido. Respecto del segundo, aunque de *lege ferenda* sería una observación razonable, no resulta adecuada a los dictados del ET (que no se deroga, sino que se parte de él, como el propio art. 32 LPL demuestra mediante su remisión expresa). Porque dicha norma material exige, como presupuesto para la resolución del contrato, la vigencia de la relación en el momento de la extinción, y aunque el despido no puede enervar la acción resolutoria cuando su ejercicio ha sido previamente comenzado, sí puede desvirtuar dicha pretensión si se produce antes de la iniciativa del trabajador, ya que conforme a reiterada jurisprudencia, dictada en aplicación del art. 49.11 ET, el despido tiene efectos inmediatos y, por tanto, constitutivos de la extinción.

Por consiguiente, es cierto que el margen de actuación del art. 32 LPL es pequeño, pero ello viene determinado por lo recién dicho y por la limitación temporal que existe a la hora de acumular (antes de los actos de conciliación y juicio, art. 34.1 LPL). Además, dicho precepto supone la respuesta legal a los problemas que originaba la prohibición de acumulación de la ley procesal anterior, que ocurrían cuando había que armonizar los efectos de dos sentencias extintivas de un mismo contrato, y no cuando la demanda resolutoria era desestimada por existir un despido anterior, ya que en estos casos, aparte de no producirse ese conflicto, la jurisprudencia era unánime en declarar la falta de acción para resolver.

En definitiva, sólo cuando el despido se produzca después de la presentación por el trabajador de la <<papeleta>> de

conciliación solicitando la extinción, la acción resolutoria es viable; y cabrá además la unificación en un mismo proceso de ambas demandas cuando, observando aquel límite temporal, la segunda se interponga a tiempo para que el juez pueda acordar la acumulación antes de la celebración de los actos de conciliación y juicio.

Si la demanda resolutoria fue válidamente interpuesta, el juez habrá de comprobar seguidamente la concurrencia del incumplimiento contractual grave del empresario aducido en la demanda, haciendo constar en la sentencia su valoración en uno u otro sentido.

Y en lo que se refiere al despido, tras verificar su existencia, deberá declararlo procedente, improcedente o nulo, reflejando igualmente en la sentencia la calificación que proceda.

Por tanto, el contenido del fallo habrá de contener alguno de los siguientes pronunciamientos:

A) Si la sentencia desestima la pretensión resolutoria del trabajador, por falta de acción o por ausencia de justa causa, el fallo habrá de contener las consecuencias propias de la declaración de procedencia, improcedencia o nulidad del despido efectuado, según proceda (arts. 108 y ss LPL).

B) Si, por el contrario, la sentencia encuentra justificada la resolución del contrato solicitada por el trabajador, los efectos de la extinción dependerán de la calificación que haya merecido el despido.

B.1) Si el despido es improcedente, la relación debe ser declarada extinguida, bien desde la fecha de la carta de despido -en atención a los efectos *ex tunc* de las sentencias de despido- bien desde la fecha de la sentencia -con arreglo a los efectos *ex nunc* de las sentencias resolutorias del contrato de trabajo por voluntad del trabajador-, aunque lo lógico es que sea ésta última, al ser la voluntad del trabajador la determinante de la extinción<sup>144</sup>.

Extinguido como ha sido el contrato, la condena opcional establecida en el art. 56.1 ET desaparece, en favor únicamente de la alternativa indemnizatoria, por lo que el empresario deberá abonar al trabajador los salarios devengados hasta la fecha de notificación de la sentencia; y respecto a la cuantía de la indemnización, hay que entender que ésta no puede ser doble, y no porque, como afirma la STCT de 1 junio 1988 citada, se viole con ello el principio *non bis in idem*, pues los incumplimientos son distintos y pueden ser objeto, por tanto, de diversa sanción económica<sup>145</sup>, sino porque como dice también la sentencia, el contrato sólo se extingue una vez, por lo que la indemnización es una y la señalada para el despido improcedente (art. 50.2 ET<sup>146</sup>).

---

<sup>144</sup>.- En el mismo sentido, GARCIA MURCIA, *Acumulación de demandas...*, op. cit. pág. 187.

<sup>145</sup>.- RODRIGUEZ FERNANDEZ, *La concurrencia de dos sentencias extintivas...*, op. cit., pág. 363.

<sup>146</sup>.- Como vimos, a este resultado llegaron ya algunas sentencias dictadas con arreglo a la ley anterior, STCT 1 junio 1988 (RL, tomo I/1989, pág. 367) y STS 10 mayo 1990 (Ar. 4992). La misma postura en, BAYLOS GRAU, CRUZ VILLALON y FERNANDEZ LOPEZ, *Instituciones de Derecho Procesal del Trabajo*, cit. pág. 294; y GARCIA MURCIA, *Acumulación de demandas...*, op. cit. pág. 187.

B.2. Si el despido es procedente, cabría que el juez llevara a efecto la compensación de culpas<sup>17</sup>, pero el problema está en que las indemnizaciones fijadas en los arts. 56.1 y 50.2 ET son tasadas, y, por otro lado, en que dicha compensación conllevaría necesariamente la anulación recíproca de los incumplimientos, pues ambos, por imperativo legal, han de ser graves y, en el caso del trabajador, también culpable, por lo que no parece que el empresario pueda ser condenado a indemnizar al trabajador. En consecuencia, el contrato queda extinguido desde la fecha del despido y sin derecho a compensación<sup>18</sup>.

B.3. Si el despido es nulo, ello significa que el contrato recobra su vigencia, por lo que la relación puede ser extinguida por voluntad del trabajador desde la fecha de la notificación de la sentencia, debiendo abonar el empresario los salarios de tramitación y la indemnización señalada en el art. 50.2 ET.

Por lo demás, no parece que el trabajador pueda solicitar la ejecución provisional de la sentencia si ésta declaró resuelto el contrato por voluntad del trabajador, pues ya se vió que los arts. 295 y ss LPL son únicamente aplicables a las

---

<sup>17</sup>.- La tan reiteradamente citada STCT 1 junio 1988, reclamaba la acumulación de acciones para poder hacer uso del instituto de compensación de culpas <<dando mayor entidad a la infracción más grave>>; por su parte, la STCT 7 febrero 1989 (Ar. 1344) dice que mediante la compensación de culpas, <<la tutela podría otorgarse dando virtualidad a la conducta menos incumplidora>>.

<sup>18</sup>.- En el mismo sentido, aunque con argumentación diferente, basada en la falta de vigencia de la relación, GARCIA MURCIA, *Acumulación de demandas...*, op. cit. pág. 189; y BAYLOS GRAU, CRUZ VILLALON y FERNANDEZ LOPEZ, *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, cit. pág. 295.

sentencias de despido y que ni el empresario ni el trabajador pueden obligarse a que continúe la relación cuando el contrato ha sido extinguido mediante sentencia; pero los salarios de tramitación serán debidos hasta la firmeza de la sentencia si el Tribunal Superior confirma la decisión de instancia declarativa de la improcedencia o nulidad del despido.

## CAPITULO QUINTO

### LOS EFECTOS DE LA EXTINCION.

#### I. LA INDEMNIZACION.

<<Cuarenta y cinco días de salario por año de servicio [...] hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades>> es la única indemnización que corresponde al trabajador por la ruptura del contrato cuando la causa justificante es alguno de los incumplimientos contractuales previstos en el art. 50.1 ET, porque aunque la remisión que realiza su número 2 es en plural a las <<indemnizaciones señaladas>> para el despido improcedente, es jurisprudencia inconcusa que los salarios de trámite no son debidos<sup>44</sup>, pues si la extinción solicitada no se produce hasta su confirmación judicial y la vigencia del contrato es el presupuesto para su extinción, eso significa que el trabajador ha debido seguir percibiendo su salario por los servicios prestados hasta la notificación de

---

<sup>44</sup>.- Cfr. SSTCT 14 diciembre 1988 (Ar. 28094), 14 diciembre 1987 (Ar. 28094), 16 julio 1986 (Ar. 6331), 7 marzo 1985 (Ar. 1676) y 13 abril 1983 (Ar. 3097).

la sentencia<sup>40</sup>.

No obstante, si la continuación del trabajo no fuera posible por causa imputable al empleador, sí cabría la condena a los salarios de tramitación. Así ocurre en los casos en que el despido se decide una vez ejercitada la acción resolutoria por el trabajador, o en aquellos otros supuestos extraordinarios en los que el incumplimiento empresarial atenta de tal modo contra la integridad física o la dignidad personal del trabajador que hace que el requisito del mantenimiento de los servicios resulte imposible de cumplir.

En el primer caso, porque la ulterior declaración de la improcedencia o nulidad del despido demostraría la falta de justificación o de validez de la decisión extintiva del empresario, con la consiguiente obligación de indemnizar al trabajador por los salarios no percibidos hasta la efectiva extinción de la relación laboral, y ello tanto si las demandas de despido y de resolución del contrato se tramitaron en un sólo juicio (art. 32 LPL), como si en procesos diferentes (por no haberse podido acumular antes de los actos de conciliación y de juicio, art. 34.1 LPL)<sup>41</sup>. Y respecto al segundo, porque si el empresario hace que resulte insoportable para el trabajador la permanencia en el trabajo, y la justificación del abandono es confirmada por el juez que decreta la extinción, lo lógico

---

<sup>40</sup>.- Que de no ser abonados, pueden reclamarse mediante el juicio correspondiente, distinto, por tanto, del de extinción del contrato por voluntad del trabajador, SSTCT 2 septiembre 1986 (Ar. 7243) y 12 febrero 1982 (Ar. 824).

<sup>41</sup>.- Como ocurría en la STS 10 mayo 1990 (Ar. 4992) y STCT 1 junio 1988 (RL, tomo I/1989, pág. 367 y ss). Sobre el tema, me remito a lo ya dicho en el Capítulo IV, punto III.

es que los salarios no devengados sean debidos<sup>111</sup>. Aunque la jurisprudencia ha venido manteniendo el criterio contrario, porque los salarios de tramitación constituyen una indemnización de daños y perjuicios típica de la figura de despido no extensible, por ello, a la resolución del contrato por voluntad del trabajador; y, por otro lado, porque el carácter bilateral y sinalagmático del contrato de trabajo impide que, salvo que concurra el supuesto del art. 30 ET, puedan asignarse salarios sin prestación de trabajo, por lo que el periodo no trabajado no puede ser computado ni a efectos de la antigüedad a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización, ni tampoco para justificar la condena a los salarios de tramitación<sup>112</sup>.

De cuantía inferior a la prevista en el art. 50.2 son las indemnizaciones que señalan los arts. 41.3 y 40.2 ET (veinte días de salario por año de servicio con una máximo de nueve ó doce mensualidades, respectivamente) porque también es de menor entidad el daño producido, de lo que se deduce que el elemento delimitador de las distintas indemnizaciones es la graduación del perjuicio<sup>113</sup>, criterio utilizado también para la fijación de los distintos topes indemnizatorios que establecen aquellos preceptos, pues objetivamente, la lesividad de un cambio de

---

<sup>111</sup>.- En este sentido, ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, cit. págs. 493 y 494; ALBIOL MONTESINOS, *La extinción del contrato...*, op. cit. pág. 28; y SALA FRANCO, *y otros, Derecho del Trabajo*, cit. pág. 736.

<sup>112</sup>.- Así la STS 2 noviembre 1989 (AL, nº 14/1990, marg. 286) y las SSTCT 21 febrero 1987 (Ar. 3809), 2 septiembre 1986 (Ar. 7243).

<sup>113</sup>.- CRUZ VILLALON, *La resolución contractual...*, op. cit. pág. 455-456.

residencia ha de ser reputada de mayor entidad que la que pueda tener una modificación horaria o de turno de trabajo<sup>111</sup>. La prueba está en que los traslados suelen ser tipificados en las normas sectoriales como sanción por falta grave o muy grave y en que, a diferencia del art. 41.3, el art. 40.2 no exige para la resolución del contrato la acreditación del perjuicio.

Decidida la extinción, la indemnización opera automáticamente sin necesidad de acreditar daños y perjuicios<sup>112</sup> porque éstos, o son parte esencial de la causa resolutoria, de forma que su demostración conlleva la de aquéllos<sup>113</sup> (arts. 50.1.a) y 41.3 ET), o bien su existencia se presume (arts. 50.1.b) y c) y 40.2). Pero según la jurisprudencia tampoco cabe la obtención de una indemnización adicional, pues el Código civil es Derecho

---

<sup>111</sup>.- En contra, CRUZ VILLALON, *Las modificaciones ...*, op. cit. págs. 330-331, porque las resoluciones de los arts. 40.2 y 41.3 <<poseen idénticas características y responden a unos perjuicios similares [por lo que] difícilmente se puede encontrar una intención en el legislador en tal división [indemnizatoria] cuando el ET ha tendido a una unificación en todas las cantidades indemnizatorias>>.

<sup>112</sup>.- La indemnización fijada en el art. 50.2 ET constituye <<una indemnización tasada, establecida ope legis que no necesita de acreditación de perjuicios>>, STS 15 marzo 1991 (Ar. 1861); por lo que <<acreditado el hecho determinante, la cuantía indemnizatoria viene sin más prevista por la ley>>, STS 11 marzo 1986 (Ar. 1300). En el mismo sentido, STCT 20 enero 1987 (Ar. 904). Pero debe ser solicitada en la demanda, debiendo advertir el juez en caso contrario de la omisión producida a fin de que se subsane en el plazo de cuatro días que prevé el art. 81 LPL, STS 27 abril 1987 (Ar. 2796). La cuantía legal es mejorable por acuerdo individual o convenio colectivo, STS 24 abril 1990 (AL n<sup>o</sup> 26/1990, marg. 588), porque el art. 56.1.a) es una norma de Derecho necesario relativo.

<sup>113</sup>.- Por lo que, a contrario sensu, si no se acredita el perjuicio, no cabe la extinción ni tampoco la indemnización, SSTCT 19 noviembre 1987 (Ar. 25599), 23 octubre 1987 (Ar. 22798), 6 octubre 1987 (Ar. 20815) y 20 mayo 1986 (Ar. 3483).

supletorio y, frente a lo establecido en éste, el ET ha optado por un sistema de indemnizaciones tasadas, por lo que de existir perjuicios añadidos a los que la ley presume o requiere, quedan englobados y compensados mediante la indemnización recibida por la extinción del contrato<sup>44</sup>. No obstante, como ya se dijo, la percepción de esta indemnización es compatible con la reclamación de los salarios impagados o de las diferencias retributivas indebidamente producidas, lo que, como señala alguna sentencia<sup>45</sup>, no vulnera el principio de *non bis in idem*, pues se trata de una acción diferente destinada a restituir al trabajador en su derecho a obtener el salario pactado. En cambio, no parece que el recargo por mora del art. 29.3 ET pueda pedirse<sup>46</sup>, porque eso sí que vulneraría el referido principio.

La cuantía de la indemnización es la fijada en la sentencia que estime la demanda, aunque se recurra, si la fijó la de instancia<sup>47</sup>; como ocurre con la doctrina establecida para las indemnizaciones por despido<sup>48</sup>, el retraso en la adquisición de firmeza por la interposición del recurso no modifica el

---

<sup>44</sup>.- STS 22 enero 1990 (AL, nº 19/1990, margo. 404).

<sup>45</sup>.- STCT 3 diciembre 1988 (Ar. 8030).

<sup>46</sup>.- ALBIOL MONTESINOS es de la misma opinión, *La extinción del contrato...*, op. cit. pág. 35.

<sup>47</sup>.- Ver en este sentido STS 30 septiembre 1987 (Ar. 6439) y la STS 10 octubre 1991 (AL, nº 9/1992, marg. 254) que desestima el recurso de casación planteado para la unificación de doctrina sobre este tema.

<sup>48</sup>.- Aunque con algunas discrepancias, como lo demuestra la STS 29 septiembre 1989 (Ar. 6551) y el voto particular de la STS 7 diciembre 1990 (RL, nº 5/1991, pág. 36).

contenido del fallo, por lo que no cabe la actualización de los salarios tenidos en cuenta para el cálculo de la indemnización. La antigüedad es, por tanto, la devengada hasta la sentencia extintiva (pero si el contrato temporal finaliza antes de ese momento, sólo se computa el tiempo efectivamente trabajado<sup>44</sup>) y los salarios los realmente percibidos en el momento del cese<sup>45</sup>, salvo que su minoración o falta de abono fuera precisamente la causa de la resolución, en cuyo caso se consideran los que de ordinario debió de percibir<sup>46</sup>.

Por lo demás, en aplicación de lo dispuesto en el art. 33.2 ET, el Fondo de Garantía Salarial responde de la indemnización por la extinción del contrato, siempre que la causa sea de las previstas en el art. 50.1 ET y haya sido el empresario condenado a su abono mediante sentencia<sup>47</sup>; no, por tanto, si la extinción se produce por acuerdo ante el SMAC<sup>48</sup> o conforme a los arts. 41.3 ó 40.2 ET. Y, asimismo, goza el crédito indemnizatorio de las garantías salariales que establece el art. 32 ET, puesto que según reiterada jurisprudencia de la Sala de

---

<sup>44</sup>.- STCT 21 abril 1987 (Ar. 8153); de la misma forma que tampoco cabe solicitar el pago de la totalidad del contrato aunque la extinción se produzca antes del término pactado, STCT 10 febrero 1989 (Ar. 1391).

<sup>45</sup>.- STCT 17 enero 1989 (Ar. 595) y 10 marzo 1987 (Ar. 5271).

<sup>46</sup>.- STSJ Galicia 31 agosto 1991 (AL, nº 2/1992, marg. 51).

<sup>47</sup>.- Con los límites fijados en dicho precepto, STSJ Galicia 6 febrero 1991 (Colex, JL, nº 306/1991).

<sup>48</sup>.- CFr. STSJ Extremadura 31 enero 1991 (AL, nº 27/1991, marg. 668), STS 4 julio 1990 (RL, nº 15-16/1990, pág. 63) y STCT 3 febrero 1988 (Ar. 1507).

Conflictos jurisdiccionales del TS, dichos privilegios son extensibles, tanto en su aspecto material como procesal, a las indemnizaciones otorgadas por la extinción de los contratos, entre las que se encuentra la prevista en el art. 50.2 ET<sup>14</sup>.

## II. LA PROTECCION POR DESEMPLEO.

Consecuencia de la desaparición del principio de inimputabilidad<sup>15</sup> en la pérdida del empleo es la inclusión en el ámbito de aplicación de la Ley 32/1984, de 2 de agosto de Protección por desempleo (LPD) de los supuestos de resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador previstos en los arts. 50, 41.3 y 40.2 ET. Es, en consecuencia, la justificación de la voluntad extintiva -mediatizada por la conducta compulsiva del empleador<sup>16</sup>- lo que determina su

---

<sup>14</sup>.- Ver STS 30 junio 1987 (Ar. 4673) y las que cita, y STSJ Valencia 15 octubre 1991 (RL, nº 4/1992, pág. 55) ya que, dice esta sentencia, el ET lo reconoce implícitamente, <<al prever que todos los créditos en los que el FGS se subroga - entre los que están incluidos los derivados de indemnizaciones por extinción del contrato- mantienen el carácter de créditos privilegiados que les confiere el art. 32 ET, con lo que se viene a reconocer que los créditos por indemnizaciones conservan en la subrogación un privilegio que ya tenían atribuido>>. En contra, STS 13 julio 1988 (Ar. 10309), porque la indemnización del art. 50.2 no tiene la consideración legal de salario (art. 26.1 y 2).

<sup>15</sup>.- Que regía en la normativa anterior (Ley Básica de Empleo y su reglamento de desarrollo); sobre el mismo ver RODRIGUEZ PINERO y GONZALEZ ORTEGA, *La extinción del contrato de trabajo y el desempleo*, Rev. de Seguridad Social, nº 12/1981, pág. 31 y ss; LOPEZ GANDIA, *El nuevo régimen jurídico de las prestaciones por desempleo*, RL, nº 12/1985, pág. 38; ORDEIG FOS, *La nueva Ley Básica de empleo (Ley 31/1984, de 2 de agosto)*, AL, nº 7/1984, págs. 363-364.

<sup>16</sup>.- Son <<supuestos caracterizados por la presencia de una cierta compulsión>>, ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Décimotercera edición, Cívitas, Madrid, 1992, pág. 208.

exclusión de lo que la ley considera cese voluntario en el trabajo (art. 6.2.Uno LPD) que queda así limitado a las extinciones por dimisión o abandono (art. 49.4 ET) y por mutuo disenso (art. 49.1 ET).

Para causar derecho a la prestación, el trabajador necesita, aparte de cumplir las condiciones generales establecidas en los arts. 3, 5 y 7 LPD, acreditar que se encuentra en la situación legal de desempleo establecida en el art. 6.1.Uno.e) LPD, para lo cual el Reglamento de desarrollo (art. 1.1, RPD) exige los siguientes requisitos:

A) Si la extinción está fundada en alguno de los incumplimientos contractuales graves del empresario previstos en el art. 50.1 ET, aportación de la <<resolución judicial definitiva declarando extinguida la relación laboral>> (art. 1.Uno.i) RPD) lo que reafirma una vez más la técnica rogatoria establecida para la resolución del contrato por estas causas. No obstante, la jurisprudencia admite la suficiencia para la prueba de la situación de los acuerdos de conciliación judicial y previa ante el SMAC.

En cuanto a la conciliación judicial, porque en ella el juez no es un mero espectador, sino que adopta un papel activo, instruyendo a las partes sobre el alcance material y procesal de las actitudes que vayan sucesivamente mostrando, hasta el punto de poder ordenar la continuación del juicio si el acuerdo fuese constitutivo de lesión grave, fraude de ley o abuso de derecho (art. 84.1 LPL)<sup>411</sup>; y porque además, el art. 1.Uno.i) RPD no utiliza el término inequívoco de <<sentencia>> sino que

---

<sup>411</sup>.- STCT 24 julio 1987 (Ar. 16949).

habla de <<resolución judicial>>, siendo la providencia que pondría fin al acto de conciliación una de las decisiones posibles de los órganos de la jurisdicción social (art. 49.1 LPL), lo que satisface las exigencias literales del referido precepto del RPD<sup>11</sup>.

En cuanto a la conciliación administrativa, porque constituye un trámite de obligado cumplimiento cuya finalidad es la evitación del proceso subsiguiente (art. 63 LPL) y porque el acuerdo que se logre en concordancia con dicha finalidad, produce los mismos efectos que si de una sentencia se tratase, sobre todo tras la equiparación que la LPL de 1990 realiza de la fuerza ejecutiva de las conciliaciones judicial y extrajudicial, pudiendo llevarse ambas a efecto por los trámites de ejecución de sentencias (art. 68 y 84.4 LPL) por lo que, como afirma la STCT de 24 de marzo de 1988<sup>12</sup> <<no se puede presumir que el Gobierno, al ejercer su potestad reglamentaria, haya pretendido negar a quien legalmente se encuentra en situación de desempleo los derechos que la ley le concede, pues [...] tal potestad se opera de acuerdo con la Constitución y las leyes, sin que pueda excluir del goce de un derecho a aquellos a quienes la ley no excluye>><sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup>.- SSTCT 27 mayo 1987 (AL, nº 30/1987) y 5 mayo 1987 (Ar. 9370). En este sentido, ALARCON CARACUEL y GONZALEZ ORTEGA, *Compendio de Seguridad Social*, Cuarta edición, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 301.

<sup>12</sup>.- Ar. 2656.

<sup>13</sup>.- Reconocen la suficiencia de la conciliación extrajudicial, además de la citada en el texto, las SSTCT 11 mayo 1989 (Ar. 3830), 10 noviembre 1988 (Ar. 7835). En contra, STCT 24 julio 1987 (Ar. 16949). No parece que el requisito de la indemnización superior a 35 días de salario exigido para la validez de la conciliación administrativa en el caso de despido

Si hubo sentencia, el derecho a la prestación nace a partir de su firmeza<sup>'''</sup>; y si se acordó en conciliación, administrativa o judicial, desde la fecha del acta correspondiente, siempre que la prestación se solicite a la Oficina de Empleo dentro de los 15 días siguientes al en que se haya producido la situación legal de desempleo (art. 7.1 LPD y 21.1 RPD).

B) Cuando la resolución contractual se produce como consecuencia de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo previstas en los arts. 41.3 ó 40.2 ET, el RPD, art. 1.1. g) y h) exige certificación del empresario del acuerdo con los representantes legales de los trabajadores o resolución de la autoridad laboral y certificación de que el trabajador ha optado por la extinción del contrato.

Al efecto, el art. 27 RPD establece la obligación del empresario de facilitar al trabajador las referidas certificaciones y su incumplimiento constituye una falta grave de la LIS, art. 29.2.1. No obstante, puede ocurrir que la modificación sustancial haya sido ilícitamente realizada, sin seguir

---

improcedente (art. 1.1.c) RPD) sea extensible a los supuestos del art. 50 ET, porque como señala la STSJ Murcia 30 octubre 1989 (RL, nº 1/1990, pág. 87), se trata de una limitación *extra legem* que ha de ser interpretada restrictivamente. Por otro lado, el acuerdo debe realizarse en conciliación, no en momento anterior, lo que ocurre cuando la indemnización fue abonada con anterioridad, según ha establecido la jurisprudencia para los supuestos de despido improcedente, SSTCT 4 octubre 1988 (Ar. 6754), 12 abril 1988 (Ar. 3313), 2 febrero 1988 (Ar. 1796), 18 y 4 enero 1988 (Ar. 1207 y 1137) y 3 diciembre 1987 (Ar. 27289), entre otras.

'''.- Desde la fecha de la sentencia que resuelva definitivamente el contrato, STCT 7 abril 1987 (Ar. 7566); no desde su notificación, STCT 10 mayo 1989 (AL, nº 31-32/1989, marg. 849).

los trámites establecidos en los arts. 41.1 y 40.1 ET<sup>11</sup>, supuesto que seguramente constituye un caso de fuerza mayor para el que el RPD, art. 21.5 admite la suficiencia de cualquier otro medio de prueba válido en Derecho (normalmente consistente en la sentencia que acredite la existencia de la modificación y declare extinguido el contrato por voluntad del trabajador).

Ocurre, por otro lado, que el RPD habla de <<resolución de la autoridad laboral>>, pero la autorización administrativa en los traslados puede producirse por silencio administrativo, según dispone el art. 40.1 ET, en cuyo caso la situación legal de desempleo deberá evidenciarse mediante la copia de la solicitud de autorización administrativa acreditando el transcurso del plazo de los treinta días establecido para su resolución.

El derecho a la prestación nace a partir del cese efectivo en el trabajo (art. 21.4 RPD)<sup>12</sup>, ya que en estos casos el trabajador decide sin la intervención judicial la extinción de su contrato, y es a partir de esa fecha cuando comienzan a contar los quince días para la solicitud de la prestación.

---

<sup>11</sup>.- La STCT 10 diciembre 1986 (Ar. 13362) deniega la prestación por falta de aportación de documento alguno en un supuesto de extinción contractual por la causa del art. 41.3.

<sup>12</sup>.- <<A partir del día en que el trabajador cause baja en la empresa>>, STCT 7 noviembre 1988 (Ar. 7792).

## CAPITULO SEXTO

### LA EXTINCION DEL CONTRATO POR MOTIVOS DISCRIMINATORIOS EN LOS ESTADOS UNIDOS: << *CONSTRUCTIVE DISCHARGE* >>.

#### I. EL ORIGEN DE LA INSTITUCION: LA PROHIBICION DE DISCRIMINACION POR MOTIVOS SINDICALES Y EL CASO *CRYSTAL PRINCENTON*.

En Estados Unidos cuando un trabajador dimite involuntariamente como consecuencia de una conducta discriminatoria previa del empresario, puede reclamar contra él por despido indirecto (*constructive discharge*) solicitando la readmisión y los salarios de tramitación<sup>11</sup>.

La figura del despido indirecto -no tipificada en la ley- fue creada por el *National Labor Relations Board*<sup>12</sup> (NLRB), en

---

<sup>11</sup>.- En general, sobre los procedimientos de reclamación en Estados Unidos y sus deficiencias, ALBERT REES, *La influencia económica de los sindicatos en Estados Unidos*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, págs. 147-157.

<sup>12</sup>.- Organó administrativo de ámbito nacional creado y regulado por la *National Labor Relations Act*, para la aplicación e interpretación de la propia ley. Las decisiones dictadas por el *Board* en materia de prácticas laborales ilegales (*unfair labor practices*, Sección 8 de la ley) son revisables por los tribunales. Sobre el significado e importancia de este órgano,

aplicación de lo establecido en la Sección 8.(a).(3) de la *National Labor Relations Act* de 1935 (NLRA o *Wagner Act*), que prohíbe al empresario y califica de práctica laboral ilegal (*unfair labor practice*) la <<discriminación en la contratación o mantenimiento del empleo o cualquier otro término o condición laboral para favorecer o disuadir [la afiliación] del trabajador a un sindicato>>, derivación de la garantía a los trabajadores del ejercicio de la libertad sindical (Sec. 7) con las limitaciones y condiciones previstas en la citada Sec.8.(a).(3)<sup>40</sup>. En consecuencia, la NLRA no prohíbe toda discriminación en la relación laboral, sino sólo la realizada por motivos antisindicales<sup>41</sup> y que tenga como posible efecto la afiliación o no afiliación a un sindicato<sup>42</sup>, por lo que la motivación del

---

ALONSO OLEA, *La configuración de los sindicatos norteamericanos*, Rev. de Estudios Políticos, nº 71, 1953, págs. 71 y ss.

<sup>40</sup>.- La Sec. 7. NLRA establece que <<Los trabajadores tendrán derecho a su auto-organización, a fundar, afiliarse o apoyar sindicatos, a la negociación colectiva por medio de los representantes por ellos elegidos, y a participar en otras actividades colectivas con el propósito de negociar colectivamente u otra causa o protección común, y tendrán derecho a no realizar cualquiera o todas de las referidas actividades salvo que este derecho esté afectado por un acuerdo que requiera la afiliación a un sindicato como condición de empleo tal y como autoriza la sección 8.(a).(3.)>>, que permite el establecimiento por convenio colectivo de determinados pactos de seguridad sindical (*agency shop clause* y, de forma ambigua, la *union shop clause*). Para un análisis completo de las Secciones. 7 y 8 NLRA, ver ALONSO OLEA, *La configuración de los sindicatos norteamericanos*, cit. págs. 63 y ss.

<sup>41</sup>.- Como veremos, si la discriminación es por razón de raza, color, religión, sexo u origen, la norma aplicable es la *Civil Rights Act* de 1964; y si es por razón de edad, la *Age Discrimination in Employment Act* de 1967.

<sup>42</sup>.- Así lo estableció el Tribunal Supremo en *Radio Officers Union v. NLRB*, 347 U.S. 17, 43 (1954): <<*The language of Sec. 8.(a).(3) is not ambiguous. The unfair labor practice is for an employer to encourage or discourage membership by*

empresario es determinante a la hora de aplicar dicha ley.

De acuerdo con ello, en el caso *Crystal Princenton*<sup>44</sup> el NLRB dijo que para establecer la existencia de un <<*constructive discharge*>> es necesario demostrar tanto que el cambio de las condiciones de trabajo provoque, y haya sido impuesto para provocar, una situación tan intolerable que el trabajador se vea forzado a dimitir; como, que dichas condiciones hayan sido respuesta al ejercicio por el trabajador de actividades sindicales.

La carga de la prueba es del trabajador que debe acreditar, no sólo el dato objetivo del carácter inadmisibles o inaguantable de las nuevas condiciones laborales, sino también la motivación antisindical de la conducta del empresario y la concurrencia de ese dolo específico tendente a forzar al trabajador a dimitir.

A falta de un criterio concreto para determinar cuándo las condiciones son intolerables, el NLRB ha calificado como despido indirecto la asignación de trabajos de inferior categoría<sup>45</sup>, la falta de abono o reducción indebida del sala-

---

*means of discrimination. Thus this section does not outlaw all encouragement or discouragement of membership in labor organizations: only such as is accomplished by discrimination is prohibited*>>, que indica también que la prueba de la efectiva persuasión o disuasión de la afiliación no es necesaria si ello se infiere naturalmente de las evidencias presentadas. Ver C. J. MORRIS, *The Developing Labor Law*, B.N.A., Segunda edición, 1983, Vol. I, pág. 186 y ss.

<sup>44</sup>.- 222 NLRB 1068 (1976); en el mismo sentido, *Adcon, Inc.*, 290 NLRB No. 63 (1988).

<sup>45</sup>.- *Einhorn Enters., Star Color Plate Servi. Div.*, 279 NLRB 576 (1986); *Scotch & Sirloin Restaurant*, 269 NLRB 436 (1984); y *Star Color Plate Service*, 279 NLRB 576 (1986).

rio", la modificación unilateral de las condiciones de trabajo", o si el empresario retira ilegítimamente su reconocimiento al sindicato e impone condiciones ilegales de trabajo a sus empleados". Y en cuanto a la causa motivadora del acto empresarial (*purpose of the discrimination*), en la mayoría de los casos basta con demostrar que el empresario conocía la realización por el trabajador de actividades sindicales"; pero no hay <<*constructive discharge*>> si el empresario logra probar que hubiera actuado como lo hizo aunque el trabajador no hubiese realizado dichas actividades".

## II. LA ADOPCION POR LOS TRIBUNALES DE LA DOCTRINA DEL <<CONSTRUCTIVE DISCHARGE>>.

La jurisprudencia no sólo ha confirmado la doctrina del *constructive discharge*, sino que, superando las limitaciones de la NLRA, ha ampliado las causas discriminatorias alegables por el trabajador a las prohibidas en la *Civil Rights*

---

".- *B.N. Beard*, 248 NLRB 198 (1980); *Bilmax Inc. d/b/a/Ellis Toyota*, 266 NLRB 442 (1983), y *Central Dispatch Inc.*, 229 NLRB 979 (1977). Denegando la existencia de despido indirecto por esta causa, *KRI Constructors*, 290 NLRB No. 88 (1988).

".- *Auto fast Freight*, 272 NLRB 561 (1984), confirmada por la Appeals Court, 793 F2d 1126 (1986); y *Sullivan Transfer Co.*, 248 NLRB 909 (1980).

".- *Marquis Elevator Co.*, 217 NLRB 461 (1975); *Superior Sprinkler Inc.*, 227 NLRB 204 (1976); *Western Pacific Roofing Corp.*, 244 NLRB 501 (1979); *Cartwright Hardware Co. v NLRB*, 600 F.2d 268 (1979).

".- C. J. MORRIS, *The developing ...*, op. cit. pág. 212-214; y su Fifth Supplement, Segunda edición (1982-1988), págs. 110-111.

".- *New Stanton W. Auto Truck Plaza*, 267 NLRB 754 (1983), en un cambio de turno de trabajo.

Act de 1964 (por circunstancias de raza, color, religión, sexo u origen, Sec. 703, Tít. VII) y la *Age Discrimination in Employment Act* de 1967 (por razón de la edad). Pero los tribunales no siguen un sólo criterio de interpretación<sup>100</sup>, lo que determina que unos mismos hechos pueden tener diversas consecuencias según el tribunal que conozca del asunto.

La jurisprudencia minoritaria (Tribunales de Apelación [*Appeals Courts*] del Cuarto, Octavo y Décimo Circuitos), siguiendo fielmente los dictados del NLRB exige, además de la demostración del carácter intolerable de las condiciones de trabajo, la concurrencia de la voluntad específica del empresario de forzar al trabajador a dimitir (*subjective o employer intent standard*)<sup>101</sup>. Por contra, para la postura mayoritaria (Circuitos Primero, Segundo, Tercero, Quinto,

---

<sup>100</sup>.- Para el análisis de la jurisprudencia en materia de <<constructive discharge>> ver S. FINNEGAN, *Constructive discharge under Title VII and ADEA*, *University of Chicago Law Rev.*, vol. 53, pág. 561 y ss (1986); J. A. BUCKENER, *Help wanted: An expansive definition of constructive discharge under Title VII*, *University of Pennsylvania Law Rev.*, vol. 136, pág. 851 y ss (1988); y M. W. O'TOOLE, *Choosing a standard for constructive discharge in Title VII litigation*, *Cornell Law Rev.*, vol. 71, pág. 587 y ss (1986).

<sup>101</sup>.- El Tribunal de Apelación que aplica por primera vez el *employer intent standard* es el del Décimo Circuito en el caso *Muller v. United States Steel Corp.*, 509 F.2d 923 (1975), que pese a la constatación de la existencia de discriminación por razón de origen, declara que no existe <<constructive discharge>> porque <<el trabajador debe demostrar que el empresario actuó con la específica intención de forzar al trabajador a dimitir>>. Para un análisis riguroso de esta sentencia, M. W. O'TOOLE, *Choosing a standard...*, *op. cit.* págs. 591-593. Ver también *Coe v. Yellow Freight System Inc.*, 646 F.2d 444 (10th Cir., 1981); *EEOC v. Federal Reserve Bank*, 698 F.2d 633 (4th Cir., 1983); *Jhonson v. Bunny Bread Co.*, 646 F.2d 1250 (8th Cir., 1981).

Sexto, Noveno, Décimoprimer y Distrito de Columbia)<sup>113</sup> el Título VII de la *Civil Rights Act* no requiere una especial intencionalidad del empresario, por lo que para la constatación de la existencia de un <<*constructive discharge*>> basta con probar que las condiciones de trabajo eran lo suficientemente intolerables como para que cualquier trabajador en su lugar se hubiese visto obligado a dimitir (*objective o reasonable employee standard*).

La utilización de un *standard* u otro determina la adopción de un concepto más o menos amplio de despido indirecto y, en consecuencia, cuáles son las posibilidades de éxito de la acción; aunque no todos los tribunales que siguen el criterio objetivo han exigido siempre los mismos requisitos:

En el caso *Young*<sup>114</sup> el Quinto Circuito señaló que para que una dimisión constituya un despido indirecto, aunque no se requiere acreditar la voluntad del empresario de obligar al trabajador a dimitir, sí es preciso que se demuestre su intencionalidad en la agravación o empeoramiento de las condiciones de trabajo<sup>115</sup>. El criterio se depura en *Bourque*<sup>116</sup> donde el tribunal

---

<sup>113</sup>.- Al parecer, el Séptimo Circuito no ha adoptado un criterio definitivo al respecto, M. W. O'TOOLE, *Chosing a standard ...*, *op. cit*, pág. 587.

<sup>114</sup>.- *Young v. Southwestern Sav. & Loan Ass'n*, 509 F.2d 140 (5th Cir., 1975).

<sup>115</sup>.- <<Si el empresario *deliberadamente* hace las condiciones de trabajo tan intolerables que el trabajador se vea obligado a dimitir>>. En el mismo sentido, *Calcote v. Texas Educational Fundation Inc.*, 578 F.2d 95 (5th Cir., 1978), que aprecia la intencionalidad del empresario porque <<sus actos no fueron accidentales>>.

<sup>116</sup>.- *Bourque v. Powell Electrical Manufacturing Co.*, 617 F.2d 61 (5th Cir., 1980); también *Clark v. Marsh*, 665 F.2d 1168 (D. C. Cir. 1981).

rechaza expresamente la necesidad de valorar el ánimo o propósito del empresario (*the state of mind of the employer*) pues con el *reasonable employee standard* basta con demostrar que <<las condiciones de trabajo eran tan intolerables que cualquier trabajador en su lugar se habría visto obligado a dimitir>><sup>116</sup>.

La doctrina ha optado abiertamente por la aplicación del criterio objetivo<sup>117</sup>, ya que el modelo de *constructive discharge* elaborado por el NLRB sirve de guía para los tribunales pero no les vincula en la aplicación de la Civil Rights Act. Por otro lado, el *reasonable employee test*, al ser menos exigente, responde mejor a la finalidad preventiva y protectora que el Tribunal Supremo atribuye a la propia ley<sup>118</sup>. No obstante, se critica la falta de sensibilidad judicial en relación con las consecuencias que puede producir la conducta discriminatoria sobre el trabajador<sup>119</sup>. Según la jurisprudencia, el simple hecho de percibir un salario inferior o de que se deniegue un ascenso por motivo de raza, sexo, etc, no implica por sí sólo que la dimisión constituya un despido indirecto, pues además se debe

---

<sup>116</sup>.- <<That working conditions would have been so difficult or unpleasant that a reasonable person in the employee's shoes would have felt compelled to resign>> (*Bourque v. Powell Electrical Manufacturing Co., cit.*

<sup>117</sup>.- M. W. O'TOOLE, *Chosing a standard...*, *op. cit.* págs. 612 y ss; S. FINNEGAN, *Constructive discharge...*, *op. cit.* págs. 572 y ss.

<sup>118</sup>.- Cfr. *Albermale Paper Co. v. Moody*, 422 US 405 (1975).

<sup>119</sup>.- Ver M. S. BEER, *Tittle VII today: The shift away from equality*, *John Marshall Law Rev.*, vol. 20, pág. 525 y ss.

demostrar el emperoramiento de las condiciones de trabajo (*aggravating factors*) y la relación causal entre dicha agravación y su dimisión<sup>100</sup>. Pero, como algún autor ha señalado<sup>101</sup>, para la consideración de circunstancias tales como la pérdida del prestigio profesional o la violación del derecho a la dignidad, los tribunales no necesitan modificar su criterio objetivo de interpretación (*reasonable employee standard*); simplemente deben adoptar una visión más amplia de lo que constituye un *aggravating factor*, y así lo ha reconocido alguna sentencia<sup>102</sup>.

Especialmente conflictivo resulta en este punto el acoso sexual (*sexual harassment*) en el trabajo, considerado recientemente por los Tribunales de Apelación como un supuesto de discriminación sexual<sup>103</sup>. Si la ofensa se produce de forma que

---

<sup>100</sup>.- <<Discrimination manifesting itself in form of unequal pay cannot, alone, be sufficient to support a finding of constructive discharge>>, *Bourque v. Powell Electrical Manufacturing Co.*, *cit*; en el mismo sentido, *Pittman v. Hattiesburg Mun. Separate School Dist.*, 644 F.2d 1071 (5th Cir., 1981); *v. Dubuque Packing Co.*, 689 F.2d 170 (10th Cir. 1982), <<failure to promote, in and of itself is not sufficient to result in a constructive discharge>>.

<sup>101</sup>.- J. A. BUCKENER, *Help wanted... op. cit.* págs. 950 y ss.

<sup>102</sup>.- Cfr. *Clark v. Marsh*, 665 F.2d 1156 (D.C. Cir., 1981), que considera un *aggravating factor* la humillación que supone para la demandante la denegación de la promoción a que tenía derecho.

<sup>103</sup>.- Sobre el acoso sexual en el trabajo, ver C. MACKINNON, *Feminism Unmodified: Discourses on life and law* 105 (1987); del mismo autor, *Sexual harassment of working women I* (1979), que lo define como <<una indeseada imposición de requerimientos sexuales en el contexto de diferente poder>>. Ver también *Sexual harassment claims of abusive work environment under Title VII*, *Harvard Law Rev.*, vol 97, 1984, pág. 1449 y ss. (anónimo); y M. VINCIGUERRA, *The aftermath of Meritor: A search for standards in the law of sexual harassment*, *Yale Law Journal*, vol. 98, 1989, pág. 1717 y ss.,

el empresario fuerce al trabajador/a a acceder a sus demandas sexuales como condición para el mantenimiento o la mejora de las condiciones de empleo (*quid pro quo harassment*) el supuesto es fácilmente encuadrable en el Título VII de la *Civil Rights Act*, y si el trabajador dimite, constituye un <<*constructive discharge*>>. Pero si el abandono es debido a los continuos acosos sexuales que sufre en el lugar de trabajo haciendo que éste sea hostil, intimidatorio y ofensivo para el trabajador/a (*abusive environment*), éste no puede alegar que no se le ha promocionado o que se le ha asignado un salario inferior como consecuencia de su negativa o rechazo, por lo que, si el empeoramiento de las condiciones de trabajo es necesario para la estimación de la involuntariedad de la extinción, difícilmente podrá llegar el tribunal a la conclusión de que existe un despido indirecto<sup>111</sup>.

Por lo demás, ante determinadas circunstancias, el trabajador puede demostrar que las condiciones de trabajo son intolerables sin necesidad de que éstas lleguen efectivamente a empeorar. Por ejemplo, si el empresario manifiesta abiertamente su voluntad de que el trabajador abandone<sup>112</sup> o si le

---

<sup>111</sup>.- En *Yates v. Avco*, 819 F.2d 630 (6th Cir., 1987) y *Henson v. Dundee*, 682 F.2d 897 (11th Cir., 1982) la demandante logra acreditar que fue objeto de continuas agresiones sexuales en el trabajo, pero no se aprecia la existencia de <<*constructive discharge*>> por no existir la debida agravación en las condiciones de trabajo. Criticando esta postura, M. VINCIGUERRA, *The aftermath of Meritor...*, op. cit., pág. 1725, que defiende la especialidad del acoso sexual en el ambiente de trabajo respecto a las otras formas de discriminación y su suficiencia para demostrar la realidad de un despido indirecto.

<sup>112</sup>.- *Welch v. University of Tex. & Its Marine Science Inst.*, 695 F.2d 531 (5th Cir., 1981).

coloca (en este caso a la trabajadora) ante la alternativa de que las tareas encomendadas puedan perjudicar su salud y la del feto o dimitir<sup>100</sup>, ya que en ambos casos, el acto discriminatorio es el mismo despido indirecto<sup>101</sup> y porque ante tales circunstancias, cualquier trabajador se habría visto obligado a dimitir.

### III. LAS CONSECUENCIAS DE LA APRECIACION DE UN <<CONSTRUCTIVE DISCHARGE>>.

Tanto la *National Labor Relations Act* (Sec. 10.(c)) como la *Civil Rights Act* (Sec. 706. (g)) prevén la readmisión del trabajador (*reinstatement*) con abono de los salarios de tramitación (*back pay*)<sup>102</sup> como posibles efectos de la conducta discriminatoria del empresario. Sin embargo, éste puede evitar la readmisión si el trabajador ha obtenido un empleo equivalente o si demuestra que el contrato se habría extinguido igualmente con posterioridad a la dimisión del trabajador<sup>103</sup>. Asimismo, la readmisión puede no ser ordenada, por el NLRB o por el Tribunal, si se considera que el reinicio de la relación

---

<sup>100</sup>.- *Meyer v. Brown Root Construction Co.*, 666 F.2d 369 (5th Cir. 1981).

<sup>101</sup>.- Para el análisis de ambas sentencias, M. W. T'OOLE, *Choosing a standard...*, *op. cit.* págs. 604 y ss.

<sup>102</sup>.- Algunas sentencias condenan además al abono por el empresario de las costas y de los gastos de representación y defensa del trabajador, ver *Phillips v. Smalley Maintenance Servs.*, 711 F.2d 1524 (11th Cir, 1983); y *Coley v. Consolidated Rail Corp.*, 561 F. Supp. 645 (1982). La NLRA prohíbe que el Board ordene cualquiera de esos efectos cuando el despido se produce con causa. Sobre el despido con justa causa, MARTINEZ GIRON, *El despido en el Derecho de los Estados Unidos*, Cívitas, Primera edición, Madrid, 1988, págs. 69 y ss.

<sup>103</sup>.- C.J MORRIS, *The developing...*, *op. cit.* pág. 1657.

laboral sería contraproducente por existir un ambiente laboral especialmente hostil para el trabajador<sup>100</sup>.

Respecto a los salarios de tramitación, son debidos desde la fecha de la extinción hasta la oferta de readmisión; y su cuantía, tras el 31 de diciembre de 1986 debe ser actualizada de acuerdo con el cuadro de intereses que publica periódicamente la el *General Counsel* del NLRB<sup>101</sup>. La orden de pago cubre no sólo los salarios devengados sino también la parte proporcional de vacaciones y otros beneficios, y, en su caso, los gastos médicos así como los realizados para buscar otro empleo (viajes, etc). Pero el trabajador tiene el deber de mitigar los daños (*duty to mitigate damages*) y de hacer uso de una razonable diligencia para encontrar otro trabajo<sup>102</sup>, por lo que las ganancias que, en su caso, haya experimentado el trabajador en el interin entre el despido y la readmisión deben ser descontadas del débito salarial final de acuerdo con la fórmula *Woolworth*<sup>103</sup>, que divide el periodo referido en trimes-

---

<sup>100</sup>.- Ver *Meyers v. International Tel & Tel*, 527 Fed. Supp. 1064 (1981).

<sup>101</sup>.- Con anterioridad a esa fecha la NLRB aplicaba el método *Florida Steel* (231 NLRB 651, 1977) que tenía en cuenta el interés legal por mora en el pago de los impuestos establecido por el Internal Revenue Service; C. J. MORRIS, *The developing...*, op. cit. (*Supplement cit.*), pág. 708.

<sup>102</sup>.- Ver, por ejemplo, *Ford Motor Co. v. EEOC*, 458 U.S. 219 (1982). La *Age Discrimination in Employment Act* no establece un cláusula de este tipo, lo que, sin embargo, no parece excluir el deber del trabajador, dado que los objetivos de la ley son similares a los del Título VII de la *Civil Rights Act*. Ver en este sentido, S. FINNEGAN, *Constructive discharge...*, op. cit. págs. 578-579; y, en general, al deber de *Common Law* de mitigar los daños.

<sup>103</sup>.- *F. W. Woolworth Co.*, 90 NLRB 289 (1950).

tres de forma que si los salarios de tramitación exceden de las ganancias de un trimestre dado, la cuantía resultante no queda afectada por los beneficios obtenidos en los demás trimestres.

Por lo demás, es jurisprudencia unánime que el Título VII sólo autoriza la compensación de daños por la vía de los salarios debidos y no pagados en los términos vistos. Rechaza por tanto las indemnizaciones de castigo (*punitive damages*)<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup>.- Ver por ejemplo, *Shan v. Mt. Zion Hosp. & Medical Center*, 642 F. 2d 268 (9th Cir., 1981); y *Henson v. City of Dundee*, 682 F.2d 897 (11th Cir, 1983), denegando la indemnización solicitada por daños psicológicos en un supuesto de acoso sexual en el trabajo.

## CONCLUSIONES

Fundamentada la decisión resolutoria del trabajador en la modificación de las condiciones de trabajo, los arts. 41.3, 40.2 y 50.1.a) ET exigen para la concurrencia de causa justa que dicha modificación sea de carácter sustancial, unilateral y lesivo.

<<Sustancial>>, porque cuando no lo es, la modificación constituye una manifestación del poder de dirección o del *ius variandi* del empresario. En sentido técnico jurídico, sólo son sustanciales las variaciones esenciales de las condiciones de trabajo que, para su introducción por el empresario de modo unilateral y sin límite temporal, necesitan fundamentarse en razones técnicas, organizativas o productivas y ser aprobadas por los representantes legales de los trabajadores o por la Autoridad laboral.

<<Unilateral>>, porque la modificación debe ser impuesta sin el consentimiento previo del trabajador, ya que de producirse en virtud de pacto novatorio, el cambio de las condiciones supone la ejecución del contrato, y su eventual dañosidad

no es causa alegable para la resolución. Sólo en el caso de que el acuerdo se haya celebrado por error, violencia, intimidación o dolo (art. 1265 CC) o suponga una renuncia de derecho necesario (art. 3.5 ET) cabe el ejercicio de la acción de nulidad de acuerdo con lo establecido en los arts. 1300 y ss CC.

Se critica por eso la postura mantenida por algunos autores partidarios de excluir las modificaciones individuales del trámite procedimental del art. 41.1 ET. La posibilidad indiscutible del cauce novatorio cuando la modificación afecta a derechos o intereses singulares del trabajador, no impide la búsqueda alternativa del consentimiento de los representantes de los trabajadores o la autorización de la Administración laboral, pues la ley establece dicho procedimiento con carácter general para facilitar al empresario la modificación de los contratos sin tener que depender de la voluntad del trabajador; y porque la intervención de esos sujetos persigue un objetivo muy concreto: la verificación de las concretas razones técnicas, organizativas o productivas alegadas por el empresario, así como el control de las posibles consecuencias de la modificación para el trabajador o los trabajadores afectados.

El recurso a la autonomía individual es aún más criticable cuando la modificación sustancial de las condiciones de trabajo tiene relevancia colectiva, pues a parte de eludir la intervención necesaria del sujeto colectivo, y de impedir a la Administración laboral el ejercicio de la facultad fiscalizadora que la actual LPL (art. 145.b) le encomienda, la validez que la jurisprudencia ha otorgado a esos pactos enerva el ejercicio por el trabajador de su facultad de resolver.

<<Lesivo>>, porque si la modificación (sustancial y unilateral) no perjudica al trabajador, ni existe causa para resolver, ni existe obligación de indemnizar que, según la jurisprudencia, tiene la misma naturaleza que la civil de daños y perjuicios.

Tratándose de un perjuicio simple, la posibilidad de resolver depende además de la clase de condición modificada. Sólo la jornada, el horario y el turno de trabajo (art. 41.3) así como la modificación del lugar de trabajo que implique el cambio de residencia habitual (art. 40.2) son condiciones <<extintivas>>; la exclusión del resto quizá no tenga una explicación razonable, pero sí la tiene la de los cambios funcionales, ya que la movilidad funcional realizada fuera de los límites que los arts. 39 y 23 ET establecen para la protección de los derechos profesionales del trabajador, constituye una violación de esos derechos, y por ello, un incumplimiento contractual de los previstos en el art. 50.1.a) ET. Por eso, en contra de lo que opina la generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia, no cabe la aplicación del procedimiento del art. 41.1 a la movilidad funcional, ni por tanto, legitimar al empresario a realizar una modificación que es gravemente lesiva para los derechos del trabajador, aunque de mediar autorización cabe igualmente el ejercicio de la acción resolutoria, pues el art. 50.1.a) no diferencia entre modificaciones autorizadas y no autorizadas.

Tratándose de un perjuicio cualificado (en la formación profesional o en la dignidad del trabajador) la causa juega con independencia de la materia a la que afecte la modificación,

pero a diferencia de las previstas en los arts. 41.3 y 40.2, la del art. 50.1.a) constituye un incumplimiento contractual grave del empresario (determinado por la existencia de una conducta empresarial gravemente atentatoria contra los derechos del trabajador reconocidos en los arts. 4.2.b) y e) ET) por lo que es la existencia de ese incumplimiento el elemento delimitador de los preceptos. La gravedad forma parte del tipo (no cabe la graduación del perjuicio cuando afecta a los derechos referidos), pero la culpabilidad es un elemento añadido que parte de la jurisprudencia considera como una circunstancia más a tener en cuenta para valorar la conducta empresarial y otra parte, como requisito necesario para la estimación de la pretensión de resolver.

De entre las modificaciones sustanciales llamadas a integrar la causa establecida en el art. 50.1.a), son los supuestos de ejercicio abusivo de la movilidad funcional los que ocupan, con diferencia, el mayor número de decisiones judiciales. La movilidad funcional lateral (art. 39 ET), perjudica la formación profesional del trabajador cuando las nuevas funciones asignadas pertenecen a grupo profesional distinto, o cuando, aún respetando éste, supone la realización de tareas sustancialmente distintas a las habitualmente desempeñadas por el trabajador (criterio de equivalencia profesional); y atenta contra la dignidad del trabajador, si los nuevos trabajos, no sólo son esencialmente diferentes, sino además humillantes y vejatorios por inútiles o impropios de su categoría profesional. Respecto a la movilidad funcional vertical, sólo la asignación permanente e injustificada de funciones de inferior

categoría (art. 23.4) atenta contra los derechos protegidos en el art. 50.1.a); la ley considera que el desempeño de funciones superiores, aún fuera del límite temporal establecido en el precepto (art. 23.1-3), no es perjudicial para el trabajador y por eso sólo da derecho a la consolidación de la categoría superior (cuando proceda convencional o reglamentariamente) y, en todo caso a la diferencia retributiva entre la categoría del trabajador y la correspondiente a las funciones que efectivamente realice.

La falta de pago o el retraso continuado en el abono del salario que tipifica el art. 50.1.b) ET es otra de las causas que justifican la decisión resolutoria del trabajador. En este caso, la gravedad exigida en el incumplimiento no viene dada por el perjuicio, sino que en el caso del impago, se mide por la cuantía de la deuda, y en el del retraso, por la reiteración del incumplimiento; sin embargo, la indeterminación temporal la demora provoca una inseguridad jurídica criticable, pues es el trabajador quien debe encontrar el punto medio entre lo que constituye un retraso continuado y un retraso consentido que, según la jurisprudencia, es apreciable cuando la espera es excesiva. Para que la cuasa juegue, la culpabilidad del empresario no es exigible según la jurisprudencia mayoritaria, y las decisiones vertidas en contra responden en realidad a supuestos en los que el incumplimiento empresarial es inexistente, bien por ir referido a cantidad no salarial (art. 25.2 ET), bien porque la deuda no es exigible, por haberse pactado un acuerdo dilatorio para el pago o por tratarse de un derecho salarial

controvertido. Tampoco hay incumplimiento, es claro, si la falta o retraso es imputable al trabajador; con dudas si a tercero, pues el empresario asume el riesgo de la empresa.

No obstante, un sector importante de la jurisprudencia es reacio a permitir el ejercicio de acciones individuales cuando el incumplimiento tiene carácter colectivo, por dos razones: primera, la ausencia de culpabilidad en el incumplimiento, pues la crisis económica es, por hipótesis involuntaria; y segundo, la afectación general o colectiva del impago o retraso, lo que determina que la solución deba tener el mismo carácter, pues lo contrario sería insolidario y privilegiado.

La solución que se ofrece es insuficiente, pues la constatación por el órgano judicial de la crisis económica no obliga al empresario al inicio del expediente de regulación de empleo, y permite además que su negligencia o falta de diligencia en la adopción de las medidas legalmente previstas quede impune. Por otro lado, la insolidaridad sólo es predicable del trabajador que intenta obtener una indemnización mayor por la extinción de su contrato que la que corresponde al resto de sus compañeros incluidos en el expediente; pero no cuando, ante situaciones de inercia empresarial, el trabajador pretende la tutela de sus propios intereses. Y en cuanto a la falta de culpabilidad por la crisis empresarial, ésta puede servir de justificación cuando el empresario solicita la suspensión o extinción de los contratos, pero no cuando se aquieta a costa del incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

La última de las causas que permiten al trabajador la resolución indemnizada del contrato es la que establece con carácter genérico la letra c) del art. 50.1 ET. La cláusula opera para dos tipos de incumplimientos: A) los <<residuales>> no incluíbles en las causas a) ó b) del precepto por faltar alguno de los requisitos en ellos exigidos; y B) los directamente conducibles a ella. Respecto a la primera categoría, el prototipo de conducta no modificativa que lesiona gravemente los derechos de formación profesional y dignidad es la falta de ocupación efectiva del trabajador. Sin embargo, la falta de ocupación, si unida a la del abono del salario, constituye, según la jurisprudencia mayoritaria, un despido tácito, lo que obliga al trabajador a su impugnación.

Teniendo en cuenta que la existencia de un despido depende, como en el caso del abandono del trabajo por el trabajador, de la concurrencia del dato subjetivo de la voluntad de extinguir, sólo cabría su apreciación cuando el impago del salario fuese total y además grave, pues tanto el impago parcial como el ocasional revelan únicamente una conducta incumplidora del empresario de su obligación contractual y, en cuanto al retraso en el pago, aún grave, demuestra asimismo la intención empresarial de que la relación siga en vigor, porque el pago se produce, aunque de forma impuntual. La inseguridad que genera esta doctrina se acentúa a la hora de determinar el *dies a quo* para el cómputo del plazo del ejercicio de la acción; lógicamente, dicho plazo comienza a contar desde el día en que se produzca la coincidencia en el tiempo de dichos incumplimientos, lo que implica que siempre que así ocurra, el

trabajador debe impugnar con carácter cautelar el supuesto despido. Por eso es criticable y, además, porque restringe el ámbito de aplicación del art. 50 (letras b y c) mediante la transformación de lo que constituye una conducta doblemente incumplidora del empresario en una resolución efectiva del contrato, obligando al trabajador a reaccionar contra aquélla, de forma indirecta, a través de la impugnación del despido.

En cuanto a la segunda de las categorías enunciadas, el único supuesto detectado es el atentado contra la integridad física del trabajador, pues el resto de los incumplimientos, o están incluidos en la categoría anterior, o constituyen el supuesto de hecho de las causas a) ó b) del precepto.

La acción resolutoria prevista en el art. 41.3 debe ejercitarse dentro del mes siguiente a la modificación; la del art. 40.2, dentro del plazo que se fije por las partes para la reincorporación al nuevo puesto que, como mínimo, ha de ser de treinta días; y la del art. 50.1, dado que el precepto no dice nada ni directa, ni indirectamente, debe ser ejercitada dentro del plazo general de prescripción de un año establecido en el art. 59.1 ET, porque este es el que la ley prevé expresamente para las acciones que no tengan señalado plazo especial, y porque además, su duración es ajustada al requisito de la gravedad que exige el art. 50 para la concurrencia de la causa.

El presupuesto básico para la extinción del contrato es la vigencia de la relación. En el caso de la resolución causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, se exige

el cumplimiento de ese requisito hasta que el juez decida si procede la extinción pues, a diferencia del despido, la decisión del trabajador no es constitutiva, sino que depende de la constatación judicial de la concurrencia de la causa alegada, lo que implica que, como dice el art. 50.1 ET, el trabajador debe *solicitar* la extinción de su contrato. La finalidad de este requisito es tuitiva: evitar al trabajador el riesgo de que, tras la resolución efectiva del contrato, el juez no aprecie la existencia o suficiencia de la causa, y haya de declarar extinguido el contrato por dimisión o abandono con la pérdida de la indemnización y de la prestación por desempleo. Sin embargo, la jurisprudencia, desbordando esa finalidad, ha convertido el carácter judicial de la extinción en un requisito constitutivo de la institución, de forma que la dejación anticipada del puesto de trabajo constituye una dimisión o abandono aunque medie justa causa.

Supone lo anterior, primero, que el contrato debe estar en vigor en el momento del ejercicio de la acción resolutoria: el abandono del trabajo o el despido anterior enervan la pretensión resolutoria; pero el despido posterior, si es impugnado, no sólo no impide el conocimiento y decisión sobre aquélla, sino que, de acuerdo con el art. 32 LPL, ambas demandas deben ser acumuladas para su tramitación y resolución conjunta en un sólo juicio. A estos efectos, se entiende iniciada la acción resolutoria en el momento de presentación de la <<papeleta>> de conciliación ante el SMAC.

Segundo, que la relación laboral debe mantenerse vigente durante la tramitación de la demanda, hasta que recaiga senten-

cia definitiva: al igual que en el caso anterior, la dejación anticipada de los servicios por el trabajador produce la extinción por dimisión o abandono; pero su no permanencia por decisión de la empresa no impide ni detiene la tramitación del proceso ya iniciado, siempre que el trabajador impugne el despido para evitar su firmeza.

Sin embargo, es discutible que la vigencia del contrato deba mantenerse, si la sentencia estima la pretensión resolutoria del trabajador y es el empresario quien recurre contra ella. La jurisprudencia mayoritaria opina que no se puede obligar al trabajador a que continúe prestando sus servicios, pero si cesa efectivamente, se expone a que la sentencia sea revocada y, por ello, a que la extinción se declare por dimisión o, en su caso, por despido, ya que la voluntad del trabajador no es causa suficiente para considerar el contrato simplemente suspendido.

Si el empresario no puede obligar al trabajador, tampoco puede éste solicitar la ejecución provisional de la sentencia, porque: a) la calificación de improcedencia o nulidad sólo procede respecto al despido, por lo que la <<decisión extintiva>> a que se refieren los arts. 295 y ss LPL, es exclusivamente la del empresario; b) dichos preceptos responden a la finalidad concreta de garantizar al trabajador la percepción de los salarios cuando el despido es declarado improcedente o nulo; y c) porque la sentencia no puede ser provisionalmente ejecutada ya que su fallo no condena al empresario al abono de los salarios de tramitación.

La regla general del mantenimiento de la vigencia de la

relación se excepciona en aquellos supuestos en los que el trabajador abandona el puesto de trabajo por circunstancias de especial gravedad. Si el trabajador logra acreditarlo, el contrato se suspende hasta la decisión judicial que mantiene sus efectos constitutivos de la extinción. En este caso, debería condenarse a los salarios de tramitación ya que la causa determinante de la dejación anticipada del trabajo es imputable al empleador.

Por otro lado, la extinción no tiene que producirse necesariamente mediante sentencia judicial, ya que las partes pueden evitar el juicio conciliando sus posturas ante el SMAC o ante el órgano judicial, acuerdos ambos que, tras la igualación de su efectividad realizada por la LPL de 1990, equivalen a una sentencia cuando se pide su ejecución; y porque las causas recogidas en los arts. 41.3 y 40.2 ET permiten al trabajador extinguir por sí mismo el contrato sin intervención judicial, aunque la experiencia demuestra que el trabajador suele renunciar a su derecho, debiéndose cumplir entonces los mismos requisitos que los previstos para el ejercicio de la acción del art. 50 ET.

A salvo de las excepciones señaladas, la obligación del mantenimiento de la relación posibilita, como se ha visto, que el empresario pueda hacer uso de su facultad de despedir, lo que plantea el problema de la concurrencia de acciones de despido y de extinción del contrato por voluntad del trabajador que la LPL, art. 32, intenta solucionar obligando al juez a acumular las demandas presentadas al efecto de que ambas sean enjuiciadas y decididas en un mismo proceso.

Establecido este precepto para solucionar los problemas que originaba la prohibición de acumulación anterior (LPL de 1980, art. 16), su operatividad es, sin embargo, limitada, debido, en primer lugar, a los condicionamientos temporales que conlleva la efectividad pretendida con la adhesión de las demandas (que debe realizarse antes de los actos de conciliación y juicio); en segundo lugar, al tipo de demandas acumulables que, en lo que se refiere a la resolutoria del contrato, el art. 32 LPL restringe a la fundamentada en alguna de las causas del art. 50 ET, excluyendo, por eso las de los arts. 41.3 y 40.2 ET; y, en tercer lugar, como consecuencia de la necesaria adaptación de los mandatos procesales a la legislación sustantiva, pues aunque las demandas sean acumuladas, el juez habrá de rechazar la pretensión resolutoria del trabajador cuando haya sido ejercitada con posterioridad al despido, por incumplimiento del requisito de pervivencia de la relación necesario para la extinción.

Acumuladas las demandas, el juez ha de decidir si se extingue o no el contrato, y, en caso afirmativo, en qué momento, por qué causa y con qué consecuencias, para lo cual el cauce procesal aplicable es el proceso ordinario. El contenido del fallo dependerá de que la pretensión resolutoria del trabajador sea o no acogida: en caso negativo, las consecuencias serán las propias de la declaración de procedencia, improcedencia o nulidad del despido; si por el contrario, el juez aprecia la concurrencia del incumplimiento empresarial alegado, el juez habrá de declarar extinguido el contrato, conjugando los efectos del art. 50.2 ET con los que deriven de la califi-

cación que merezca el despido.

Fuera de los supuestos especiales de acumulación de demandas, la indemnización que corresponde por la extinción del contrato es la que fijan los arts. 50.2, 41.3 ó 40.2 en función de la gravedad del perjuicio, cuya existencia no necesita ser acreditada (la indemnización opera automáticamente porque la concurrencia de la causa implica la del perjuicio), aunque tampoco caben indemnizaciones adicionales por perjuicios diferentes. Su cuantía es la que establezca la sentencia en función de los salarios que se perciban en el momento del cese; goza de las garantías que establece el art. 32 ET, y de su pago responde el FGS, salvo que la extinción haya sido conciliada ante el SMAC o ante el órgano judicial.

Por su parte, la LPD excluye la extinción con justa causa de lo que considera cese voluntario en el trabajo y tipifica el supuesto como situación legal de desempleo, que se acredita, en el caso del art. 50 ET, no sólo mediante resolución judicial definitiva, sino también, según la jurisprudencia, mediante el acuerdo de conciliación administrativo o judicial; y en los supuestos de los arts. 41.3 y 40.2, mediante cualquier otro medio de prueba válido en Derecho, si la modificación no fue acordada ni autorizada, y mediante copia de la solicitud de autorización administrativa, si lo fue por silencio administrativo, en el caso concreto de los traslados.

De acuerdo con el Derecho norteamericano, el trabajador que dimite por haber sido objeto de un tratamiento discriminatorio por parte del empresario, puede alegar la existencia de

un despido indirecto (<<*constructive discharge*>>) y solicitar la readmisión con abono de los salarios de tramitación. La doctrina, aplicada en un principio por la *National Labor Relations Board* a la discriminación por motivos antisindicales que prohíbe la *National Labor Relations Act*, no sólo ha sido confirmada por los tribunales, sino ampliada a las discriminaciones que tanto la *Civil Rights Act* (por razón de raza, color, religión, sexo y origen), como la *Age Discrimination in Employment Act* (por razón de edad), proscriben. No obstante, los tribunales no siguen el mismo criterio a la hora de apreciar la existencia de un *constructive discharge*; así, mientras que para la jurisprudencia mayoritaria basta con demostrar que las condiciones de trabajo eran lo suficientemente intolerables como para que cualquier trabajador se hubiese visto obligado a dimitir (*objective o reasonable employee standard*), para la minoritaria es necesario que además concorra una voluntad específica del empresario de forzar al trabajador a resolver (*subjective o employer intent standard*). La acreditación del empeoramiento de las condiciones de trabajo (*aggravating factors*) es, en todo caso, necesaria, lo que es criticado por la doctrina ya que su exigencia demuestra una notable falta de sensibilidad de los tribunales ante situaciones, igualmente intolerables, en las que no se produce dicha agravación, señaladamente en los supuestos de acoso sexual en el trabajo.

## BIBLIOGRAFIA CITADA

- ALARCON CARACUELL, Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar, RPS; nº 121/1979, págs. 5 y ss.
- ALARCON CARACUEL y GONZALEZ ORTEGA, *Compendio de Seguridad Social*, Cuarta edición, Tecnos, Madrid, 1991.
- ALBIOL MONTESINOS, *La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador*, Revista de Trabajo, nº 93/1989, págs. 9 y ss.  
*Extinción por voluntad del trabajador*, en *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los trabajadores*, EDERSA, Tomo IX-vol. 1º, págs. 191 y ss.  
*Causas y efectos de la extinción por el trabajador*, en *Comentarios a las leyes laborales...*, págs. 211 y ss.
- ALONSO OLEA, *La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador*, RPS, nº 126/1980, págs. 137 y ss.  
*Un problema cada vez más complejo: La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Separata del Vol. LXV (1989), Boletín de la Facultad de Derecho, U. de Coimbra.  
La configuración de los sindicatos norteamericanos, Rev. de Estudios Políticos, nº 70 y 71, 1953, págs. 107 y ss, y 41 y ss.
- ALONSO OLEA y BARREIRO GONZALEZ, *El Estatuto de los Trabajadores*, Tercera edición, Civitas, Madrid, 1991.
- ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, Duodécima edición, revisada, Facultad de Derecho, U. Computense,

Madrid, 1991.

- ALONSO OLEA y MIÑAMBRES PUIG, *Derecho Procesal del Trabajo*, Cívitas, Madrid, 1991.
- ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Decimotercera edición, Cívitas, Madrid, 1992.
- BAYLOS GRAU, CRUZ VILLALON y FERNANDEZ LOPEZ, *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, edit. Trotta, 1991.
- BEER, MICHAEL S., *Title VII today: The shift away from equality*, *John Marshall Law Rev.*, vol. 20, págs. 525 y ss.
- BUCKNER, JAN A., *Help wanted: An expansive definition of constructive discharge under Title VII*, *University of Pennsylvania Law Rev.*, vol. 136, págs. 941 y ss.
- BORRAJO DACRUZ, *Reiterpretación jurisprudencial del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores*, en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea, (AA. VV.) MTSS, Madrid, 1990, págs. 13 y ss.
- CASAS BAAMONDE, *La individualización de las relaciones laborales*, RL, nº 20-21/1991, págs. 126.
- CASAS BAAMONDE y BAYLOS GRAU, *Organización del trabajo y autonomía individual: la <<desregulación>> del convenio colectivo*, RL, Tomo I/1988, págs. 159 y ss.
- CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo tercero (*Derecho de Obligaciones*), Decimoquinta edición, revisada por GARCIA CANTERO, ed. Reus, Madrid, 1988.
- COLLADO LUIS, *La movilidad geográfica del trabajador (I)*, AL,

- nº 36/1991, págs. 443 y ss.
- CRUZ VILLALON, *La resolución contractual por modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo*, RL, Tomo I/1988, págs. 447 y ss.  
*Las modificaciones de la prestación de trabajo*, MTSS, Madrid, Primera edición, 1983.  
*La movilidad geográfica del trabajador y su nuevo régimen legal*, RPS nº 125, págs. 81 y ss.
  - DURAN LOPEZ, *Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido*, RL, nº 11/1990, págs. 9 y ss.
  - DURAN LOPEZ, MONTOYA MELGAR y SALA FRANCO, *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*, MTSS, 1987.
  - DURAN LOPEZ y SAEZ LARA, *Autonomía colectiva y autonomía individual en la fijación y modificación de las condiciones de trabajo*, RL, nº 20-21/1991, págs. 106 y ss.
  - ESCUDERO RODRIGUEZ, *Autonomía colectiva y autonomía individual. Selección de jurisprudencia*, RL, nº 21-22/1991, págs. 156 y ss.
  - FERNANDEZ LOPEZ, *La indemnización por retraso en el pago del salario*, RL, Tomo I/1985, págs. 533 y ss.
  - FINNEGAN, SHEILA, *Constructive discharge under Title VII and the ADEA*, University of Chicago Law Rev. vol. 53, pág. 561 y ss.
  - GARCIA FERNANDEZ, *La terminación del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, U. Palma de Mallorca, 1983.
  - GARCIA MURCIA, *Acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato por voluntad del trabajador*,

Cívitas, Madrid, 1991.

- GARCIA NINET, *Comentarios al art. 40 del Estatuto de los Trabajadores*, en *Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, (AA.VV.) EDERSA, Madrid, 1981, págs. 286 y ss.
- GARCIA-PERROTE ESCARTIN, *Autonomía individual <<en masa>> y antisindicalidad*, RL, Tomo II/1989, págs. 256 y ss.
- GARCIA PIQUERAS, *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo mediante el pacto entre las partes*, AL, nº 25/1988, págs. 1401 y ss.
- GONZALEZ ORTEGA, *El deber de ocupación efectiva*, RPS, nº 121/1979, págs. 325 y ss.  
*El despido tácito y su impugnación*, RPS, nº 129/1981, págs. 281 y ss.
- GONZALEZ VELASCO, *De las acumulaciones*, en *Comentarios a las Leyes laborales. La nueva Ley de Procedimiento Laboral*, EDERSA, Tomo XIII-vol. 1º, págs. 405 y ss.
- LOPEZ GANDIA, *El nuevo régimen jurídico de las prestaciones por desempleo*, RL, nº 12/1985, págs. 38 y ss.
- LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, U. Alicante, 1984.
- MACKINNON, C., *Feminism Unmodified: Discourses on life and law*, 1987.  
*Sexual Harassment of working women*, 1979.
- MARTINEZ CALCERRADA, *Vías de extinción-modificación de la condición más beneficiosa*, RL, Tomo II/1988, págs. 284 y ss.
- MARTINEZ GIRON, *El despido en el Derecho de los Estados Unidos*, Cívitas, Madrid, 1988.

- MATIA PRIM, *Consideraciones sobre el derecho a la ocupación efectiva*, en *Libro homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, (AA. VV.) Facultad de Derecho, U. Complutense, Madrid, 1980, págs. 127 y ss.
- MONGE RECALDE, *La movilidad interna en la empresa y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, RL, nº 3/1990, págs. 8 y ss.
- MONTOYA MELGAR, *El poder de dirección*, Madrid, 1965.  
*Derecho del Trabajo*, Duodécima edición, revisada, Tecnos, Madrid, 1991.  
*Poder del empresario y movilidad laboral*, REDT, nº 38/1989, págs. 165 y ss.  
*La mora en el pago del salario*, RPS, nº 64/1964, págs. 107 y ss.
- MORRIS, CHARLES J., *The developing Labor Law*, Segunda edición, Vol. I y II, 1983; y Suplemento, Segunda edición, 1982-1988.
- ORDEIG FOS, *La nueva Ley Básica de Empleo (Ley 31/1984, de 2 de agosto)*, AL, nº 7/1984, págs. 363 y ss.
- ORTIZ LALLANA, *Movilidad funcional: atribución al trabajador de tareas de categoría inferior a título permanente. Límites y calificación jurídica*, RL, Tomo II/1987, págs. 544 y ss.
- O'TOOLE, MARTIN W., *Choosing a standard for constructive discharge in Title VII litigation*, Cornell Law Rev. vol. 71, pág. 587 y ss.
- PEDRAJAS MORENO, *Traslados y obediencia debida del trabajador; criterios jurisprudenciales*, AL, nº 33/1990, págs.

381 y ss.

- PLANAS PUCHADES, *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, REDT, nº 13/1983, págs. 93 y ss.
- REES, ALBERT, *La influencia económica de los sindicatos en Estados Unidos*, MTSS, 1987.
- RAMIREZ MARTINEZ, *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo: Planteamientos jurisprudenciales*, AL, nº 23/1991, págs. 297 y ss.
- RIVERO LAMAS, *Modificación de las condiciones de trabajo en Comentarios a las leyes laborales...*, Tomo VIII, págs. 123 y ss.  
*La modificación de condiciones de trabajo en la práctica administrativa y en la jurisprudencia*, AL, nº 26/1989, págs. 335 y ss.
- RODRIGUEZ FERNANDEZ, *Ley de Procedimiento Laboral, Análisis y comentarios al RD Legislativo 521/90, de 27 de abril, (AA.VV.)*, ed. DEUSTO, págs. 117 y ss.  
*La concurrencia de dos decisiones extintivas sobre el contrato de trabajo*, RL, Tomo I/1989, págs. 361 y ss.
- RODRIGUEZ PIÑERO, *La movilidad del trabajador dentro de la empresa*, DL, nº 9/1983, págs. 7 y ss.  
*Negociación colectiva e individualización de las relaciones laborales*, RL, nº 20-21/1991, págs. 1 y ss.
- RODRIGUEZ PIÑERO y GONZALEZ ORTEGA, *La extinción del contrato de trabajo y el desempleo*, Rev. de Seguridad Social, nº 12/1981, págs. 31 y ss.
- RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, *La condición más beneficiosa*, DL, nº 33/1991, pág. 55 y ss.

- RODRIGUEZ-SANUDO GUTIERREZ, *Flexibilización de la jornada de trabajo. Normas legales y normas convenidas*, DL, nº 22/1987, págs. 11 y ss.
- SAEZ LARA, *Los límites de la autonomía individual en la modificación de las condiciones de trabajo*, RL, nº 8/1991, págs. 6 y ss.
- SAGARDOY BENGOCHEA, *La libertad sindical y los espacios de la autonomía privada*, DL, nº 24/1988, págs. 9 y ss.  
*Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral, en Cuestiones actuales...*, (AA. VV.), págs. 261 y ss.
- SALA FRANCO, *Movilidad Funcional*, en *Comentarios a las leyes laborales...*, Tomo VIII, págs. 3 y ss.  
*Movilidad Geográfica*, en *Comentarios a las leyes laborales...*, Tomo VII, págs. 59 y ss.  
*La movilidad funcional en el Derecho Español*, RL, nº 6-7/1990, págs. 97 y ss.
- SALA FRANCO, ALBIOL MONTESINOS, CAMPS RUIZ, GARCIA NINET y LOPEZ GANDIA, *Derecho del trabajo*, ed. Tirant lo Blanch, Sexta edición, Valencia, 1991.
- SALA FRANCO y LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, *La modificación de la prestación de trabajo*, ed. DEUSTO, 1991.
- SERRANO MARTINEZ, *La ley de Relaciones Laborales y la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, en *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Facultad de Derecho, U. Complutense, Madrid, 1977, págs. 467 y ss.
- VALDEOLIVAS GARCIA, *Efectos de un pacto de modificación sustancial de condiciones de trabajo sobre la vigencia*

- de una ordenanza laboral*, RL, Tomo II/1987, Págs. 582 y ss.
- VALDES DAL-RE, *Ley de Procedimiento Laboral...* (AA.VV.), págs. 149 y ss.
  - VINCIGUERRA, MARLISA, *The aftermath Meritor: A search for standards in the Law of sexual*, Yale Law Journal, vol. 98, 1989, págs. 1717 y ss.
  - VINUESA ALADRO, *Categorías profesionales y ascensos*, en *Comentarios a las leyes laborales...*, Tomo V, págs. 265 y ss.
  - *Sexual harassment claims of abusive environment under Title VII*, (Anónimo), Harvard Law Rev. Vol. 97, págs. 1449 y ss.