

Acomiadament disciplinari

Francisco Andrés Valle Muñoz

PID_00186501



Els textos i imatges publicats en aquesta obra estan subjectes –llevat que s'indiqui el contrari– a una llicència de Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 Espanya de Creative Commons. Podeu copiar-los, distribuir-los i transmetre'ls públicament sempre que en citeu l'autor i la font (FUOC. Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya), no en feu un ús comercial i no en feu obra derivada. La llicència completa es pot consultar a <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.ca>

Índex

Introducció	5
Objectius	6
1. Concepte i naturalesa jurídica	7
2. Les causes d'acomiadament disciplinari recollides en l'article 54.2 de l'ET	9
2.1. Les faltes d'assistència o puntualitat a la feina	9
2.2. La indisciplina o desobediència	10
2.3. Les ofenses verbals o físiques	12
2.4. La transgressió de la bona fe contractual i l'abús de confiança ..	13
2.5. La disminució continuada i voluntària en el rendiment	14
2.6. L'embriaguesa o toxicomania	15
2.7. L'assetjament	16
3. Els requisits de forma en l'acomiadament: la carta d'acomiadament	18
3.1. Els fets que motiven l'acomiadament	20
3.2. La data d'efectes de l'acomiadament	21
3.3. El termini per a dur a terme a l'acomiadament	22
3.4. La notificació de l'acomiadament	23
3.5. Altres exigències formals	23
3.5.1. L'expedient contradictori del representant unitari	23
3.5.2. L'audiència prèvia als delegats sindicals	24
3.5.3. Altres requisits legals i convencionals	25
3.6. Esmena de l'acomiadament amb incompliment dels requisits formals	25
4. La impugnació judicial de l'acomiadament	27
4.1. El termini per a interposar la demanda per acomiadament	27
4.2. Els requisits de la demanda per acomiadament	29
4.3. La tramitació del procés per acomiadament	30
4.4. Qualificació judicial de l'acomiadament i efectes de la sentència	31
4.4.1. L'acomiadament procedent	32
4.4.2. L'acomiadament improcedent	32
4.4.3. L'acomiadament nul	37
4.5. L'execució provisional de les sentències d'acomiadament contra les quals s'ha recorregut	41
4.6. L'incident de no-readmissió	43

Resum	46
Exercicis d'autoavaluació	49
Solucionari	51
Abreviatures	52
Bibliografia	53

Introducció

En aquest mòdul analitzarem l'acomiadament disciplinari com aquella decisió per la qual l'empresari extingeix unilateralment el contracte de treball davant un incompliment contractual greu i culpable del treballador. Per a fer-ho, abordarem quatre grans blocs temàtics, intrínsecs en l'estudi de la matèria.

En primer lloc, definirem el que és l'acomiadament disciplinari i les característiques consubstancials que té, que el diferencien de la resolució per incompliment contractual d'una de les parts prevista en el Codi civil. Per a això analitzarem aquests punts: la gravetat de l'incompliment, i la importància que té sobre aquest tema l'anomenada *teoria gradualista*; el caràcter contractual d'aquest incompliment, i la culpabilitat o intencionalitat del treballador.

En segon lloc, i partint de la base que en el nostre dret l'acomiadament és sempre causal, estudiarem totes i cadascuna de les causes d'acomiadament disciplinari previstes en la llei, i també les peculiaritats i notes distintives que té. En concret, estudiarem les faltes d'assistència o puntualitat a la feina, la indisciplina o desobediència, les ofenses verbals o físiques, la transgressió de la bona fe contractual i l'abús de confiança, la disminució continuada i voluntària en el rendiment, l'embriaguesa o toxicomania, i finalment l'assetjament.

En el tercer bloc temàtic analitzarem els requisits de forma de l'acomiadament, com a garantia per al treballador, expressats en el que es coneix com a *carta d'acomiadament*. Després d'estudiar els elements necessaris d'aquesta carta (amb expressió dels fets imputats al treballador i la data d'efectes de l'acomiadament), abordarem altres temes importants, com el termini per a fer l'acomiadament, la manera de notificar-lo, i altres requisits formals previstos en la llei, com ara l'expedient contradictori per als representants dels treballadors i l'audiència prèvia als delegats sindicals, per als treballadors afiliats a un sindicat. Finalment, analitzarem l'esmena empresarial de l'acomiadament formalitzat defectuosament.

Per acabar, en l'últim bloc temàtic, abordarem els efectes de l'acomiadament disciplinari, una vegada el treballador ha demandat judicialment l'empresari. Concretament, estudiarem les tres qualificacions judicials de l'acomiadament que pot contenir una sentència, que són la procedència, la improcedència i la nul·litat. En aquest punt farem un examen exhaustiu de cadascuna d'aquestes qualificacions, amb una atenció especial en l'acomiadament improcedent i la doble opció que el dret atorga a l'empresari de readmetre o indemnitzar el treballador. Finalment, analitzarem l'execució d'aquestes sentències per al cas en què alguna de les parts interposi recursos.

Objectius

L'objectiu fonamental d'aquest mòdul és entendre el mecanisme d'una de les institucions nuclears del dret del treball, això és, l'acomiadament disciplinari del treballador. Així i tot, els objectius del mòdul es poden desglossar de la manera següent:

- 1.** Comprendre que l'acomiadament és l'últim recurs que l'ordenament jurídic posa a la disposició de l'empresari per a sancionar el treballador davant un incompliment contractual greu i culpable, i per això tot aquest tema s'ha de vincular a les repercussions socials especials que té, atès que, amb l'extinció del contracte, es priva el treballador dels mitjans econòmics suficients per a satisfer les seves pròpies necessitats i les de la seva família.
- 2.** Veure que l'acomiadament està envoltat de tot un seguit de garanties. En aquest punt s'ha de tenir en compte que en el nostre dret no és admissible l'anomenat *acomiadament lliure*, sinó que, per a garantir l'estabilitat en l'ocupació del treballador, tot acomiadament ha d'estar basat en una causa; per això s'analitzaran totes i cadascuna de les causes d'acomiadament disciplinari previstes en la llei.
- 3.** Entendre que, per a evitar la inseguretat jurídica en què es pot posar el treballador, l'acomiadament disciplinari s'envolta també de tot un seguit de requisits formals (notificació per escrit amb expressió dels fets i de la data d'efectes), que permetin precisament al treballador poder-se defensar adequadament en seu judicial.
- 4.** Saber que, també com a garantia de defensa dels seus drets, el treballador pot impugnar judicialment la decisió empresarial del seu acomiadament, i que davant aquesta reclamació judicial, el jutge social pot dictar tres tipus de pronunciaments en la decisió de la sentència: el de la procedència de l'acomiadament, el de la improcedència i el de la nul·litat. I comprenent els efectes que comporten cadascun d'aquests pronunciaments, s'aconsegueix una adequada tutela del treballador en aquest punt.

1. Concepte i naturalesa jurídica

L'acomiadament disciplinari és la sanció més greu que pot imposar l'empresari a un treballador i sol anar precedit de la comissió per part del treballador de tot un seguit de faltes qualificades de molt greus pel conveni col·lectiu. Per tant, l'acomiadament disciplinari és l'extinció del contracte de treball per voluntat unilateral de l'empresari basada en un incompliment contractual greu i culpable del treballador.

S'expressa així en l'article 54.1 de l'ET, segons el qual:

“El contracte de treball es pot extingir per decisió de l'empresari, mitjançant l'acomiadament basat en un incompliment greu i culpable per part del treballador.”

La naturalesa jurídica de l'acte d'acomiadament ha estat analitzada des de dues perspectives:

1) Com a reacció contra un incompliment contractual, de manera que per la qualitat de reacció que té enfront dels incompliments del treballador ha estat reconduït sovint a la facultat que l'article 1124 del CC concedeix al perjudicat per a resoldre les obligacions recíproques en cas que “un dels obligats no complexi allò que li incumbeix”.

2) En segon lloc, s'ha analitzat com una sanció jurídicoprivada amb la qual se sanciona una falta laboral. Sembla que ha de ser aquesta segona interpretació la que ha de prosperar, i de fet, l'article 58.1 de l'ET assenyala que “els treballadors poden ser sancionats per la direcció de l'empresa”, de manera que els termes del precepte no admeten dubtes en la mesura que és la sanció més greu que es pot imposar.

L'acomiadament disciplinari, però, és un mecanisme que deixa en mans de l'empresa la facultat de trencar la relació laboral sense necessitat d'acudir al jutge (STS de 4 de febrer de 1991), i això sense perjudici que, després de la demanda del treballador, el jutge pugui revisar aquesta decisió empresarial.

Segons l'article 54.1 de l'ET, perquè un empresari pugui acomiadar per mitjà d'aquesta modalitat disciplinària, el treballador ha d'haver incomplert les obligacions contractuals de manera greu i culpable. Sobre aquest tema cal fer tres observacions:

a) S'ha de tractar d'un **incompliment del contracte**, respecte de les obligacions que neixen d'aquest contracte, de manera que no es poden sancionar incompliments aliens a l'àmbit laboral, tret que repercuteixin negativament en la prestació de serveis. Per tant, no hi pot haver aquest tipus d'acomiadament

quan encara no hi ha relació laboral, com és ara el cas d'un precontracte de treball o d'una promesa de contracte, o fins i tot en els supòsits d'un contracte de treball en què encara no s'hagi iniciat la prestació de serveis. En aquests casos cal reclamar judicialment, si de cas, una indemnització pels danys i perjudicis causats, però no es pot formular mai una demanda per acomiadament (STS de 30 de març de 1995).

b) S'ha de tractar d'un **incompliment greu**. És a dir, ha d'afectar l'equilibri del contracte, i posar en joc la seva continuïtat perquè es fa massa onerosa per a l'empresari. Per a destacar aquesta gravetat, l'article 54.2 de l'ET utilitza qualificatius com, per exemple, que les faltes d'assistència o puntualitat siguin "repetides", que la falta de rendiment sigui "continuada" o que l'embriaguesa sigui "habitual". A més, per a imposar la màxima sanció d'acomiadament, no és condició necessària que l'incompliment contractual constitueixi una falta o un delictes penal. En aquest punt cal tenir en compte la teoria gradualista.

Teoria gradualista

Segons la jurisprudència, la "gravetat" de l'incompliment l'ha de valorar el jutge segons les circumstàncies de cada cas concret, la naturalesa i la freqüència o reiteració. Es tracta de l'anomenada *teoria gradualista*, segons la qual, s'ha d'aconseguir una plena adequació (STS de 20 de febrer de 1991). entre els fets, la persona afectada i la gravetat de la sanció, de manera que el que en un determinat context és constitutiu d'acomiadament (insults a l'empresari), en un altre context pot ser que no ho sigui (amença prèvia d'acomiadament). Segons el criteri gradualista, la sanció màxima (l'acomiadament), correspon a les faltes més greus, i és un principi comú al dret disciplinari laboral i al penal i sancionador administratiu.

Per això, uns fets idèntics es poden tractar de manera diferent (STS de 17 de novembre de 1988 i de 30 de gener de 1989) segons les circumstàncies subjectives i objectives que hi concorren, de manera que s'ha de buscar la necessària proporció entre la infracció i la sanció, i aplicar un criteri individualitzador que valori les peculiaritats de cada cas concret (STS de 16 de maig de 1991).

c) S'ha de tractar d'un **incompliment culpable**, imputable al treballador, sigui per dol, culpa, malícia o negligència. A aquesta culpabilitat hi al·ludeix l'article 54.2 de l'ET amb conceptes com, per exemple, que les faltes al treball siguin "injustificades" o que la disminució del rendiment sigui "voluntària".

Per això no constitueix causa d'acomiadament la falta de compliment d'obligacions laborals que no deriven de la voluntat del treballador o que són emparades per la llei, com ara les interrupcions de la prestació laboral per causa imputable a l'empresari, o la disminució de rendiment per deficiències de l'empresa.

2. Les causes d'acomiadament disciplinari recollides en l'article 54.2 de l'ET

El dret espanyol estableix el caràcter causal de l'acomiadament, i impedeix, per tant, l'acomiadament lliure. No obstant això, una qüestió que ha estat i continua essent transcendental en la matèria és la de determinar en què consisteix precisament aquesta causalitat. L'enumeració de les conductes del treballador mereixedores de l'acomiadament ha de ser entesa respecte als principis de legalitat i tipicitat presos del dret penal i del dret sancionador administratiu.

L'article 54.2 de l'ET comença dient que “es consideren incompliments contractuals”, i a continuació esmenta fins a set causes d'acomiadament disciplinari. Per a garantir el principi de seguretat jurídica, el legislador s'ha estimat més el sistema de llista de causes, segons el qual el treballador només pot ser acomiadat per les causes previstes legalment o convencionalment. Davant la qüestió de si aquesta llista de causes previstes en l'article 54 de l'ET és tancada o per contra és una llista oberta, la jurisprudència (STS de 23 d'octubre de 1989), ha entès que estem davant una llista taxada, encara que la redacció d'alguns dels apartats (sobretot el relatiu a la transgressió de la bona fe contractual) permet que s'incloguin en aquesta llista nombroses conductes més enllà de les previstes legalment.

Malgrat la llista de causes prevista en l'article 54.1 de l'ET, cal tenir en compte que els treballadors també poden ser sancionats en virtut dels incompliments laborals, i d'acord amb les faltes i sancions que s'estableixin en els convenis col·lectius, els quals no poden contradir o desvirtuar les causes previstes en la llei. Ara analitzarem les causes legals d'acomiadament disciplinari.

2.1. Les faltes d'assistència o puntualitat a la feina

L'article 54.2.a de l'ET al·ludeix a “les faltes repetides i injustificades d'assistència o puntualitat a la feina”. Cal diferenciar la “falta d'assistència” de la “falta de puntualitat”. La **falta d'assistència** equival a la incompareixença a la feina durant una o unes quantes jornades, de manera que s'incompleix l'obligació de prestar serveis. En canvi, la **falta de puntualitat** no afecta tota la jornada i es pot produir per haver arribat tard a la feina, per haver-se'n anat abans d'hora o per haver-se'n absentat injustificadament durant la jornada.

Les faltes han de ser “repetides”, de manera que una d'aïllada no és causa d'acomiadament. L'ET no determina el nombre concret d'inassistències o de faltes de puntualitat i sol ser el conveni col·lectiu el que complementa l'ET i

el que determina quantes faltes d'assistència o de puntualitat determinen un acomiadament segons les peculiaritats del servei prestat, i acomoda en cada cas la falta comesa amb la sanció corresponent, individualitzant conductes i infraccions (STS de 20 de febrer de 1991).

L'absència o la falta de puntualitat ha de ser injustificada, perquè la justificació (pensem, per exemple, en un permís retribuït) impedeix l'acomiadament del treballador. Normalment els convenis col·lectius exigeixen la justificació abans de les absències, però la jurisprudència ha permès la justificació posterior perquè no sempre és possible l'avís previ. En tot cas, la justificació ha de ser anterior a l'acomiadament (STS de 21 de gener de 1988), i correspon a l'empresari la càrrega de provar les absències o impuntualitats del treballador, i al treballador demostrar que no es van produir, o, si escau, que estaven justificades. De fet, hi ha algunes faltes intermitents que, fins i tot estant justificades, poden ser causa d'acomiadament per circumstàncies objectives.

Les faltes d'assistència o de puntualitat de les treballadores víctimes de la violència de gènere i derivades de la seva situació física o psicològica estan justificades per si mateixes, sempre que tinguin l'acreditació dels serveis socials oportuns, i sense que l'empresari les pugui utilitzar com a causa d'acomiadament.

Respecte a les baixes mèdiques, els treballadors en situació d'incapacitat temporal han de presentar a l'empresa els comunicats de baixa mèdica i de confirmació, i la no-presentació, quan l'empresari no té coneixement de la incapacitat temporal, pot ser causa d'acomiadament.

2.2. La indisciplina o desobediència

El treballador està subjecte al poder de direcció de l'empresari, en virtut del qual aquest pot dictar ordres i instruccions (art. 20 ET). Així, doncs, per *indisciplina* o *desobediència* s'hi ha d'entendre l'actitud de rebel·lia oberta del treballador enfront d'ordres donades per l'empresari en l'exercici regular del seu poder de direcció (art. 20 ET), i també l'incompliment conscient de les obligacions contractuals (art. 5.c ET).

L'ET no sembla que distingeixi entre indisciplina i desobediència, com a conductes diferents, i la jurisprudència les distingeix algunes vegades i les confon i barreja en d'altres.

Han estat qualificades de desobediència greus, entre d'altres, les conductes següents:

- La negativa del treballador dues vegades a fer els treballs ordenats per l'empresa.

Pena de presó

Un cas particular és l'absència continuada a la feina que té l'origen en la pena de presó, ja que, per tal que la privació de llibertat del treballador suspengui el contracte de treball, cal que el treballador comuniqui a l'empresa la causa de l'absència, perquè, si no ho fa, les faltes d'assistència són injustificades, i permetrien acomiadar-lo.

- El conductor d'autocars dedicat al transport de viatgers que no fa l'itinerari programat i ordenat.
- El gaudi de vacances de manera unilateral i sense autorització de l'empresa.
- El fet de negar-se a fitxar a l'entrada i sortida de la feina.
- El treballador que es nega a obeir l'ordre de l'empresa sobre trasllat a un altre centre de treball dins de la mateixa localitat, per exemple.

No obstant això, la negativa a fer hores extraordinàries no constitueix indisciplina o desobediència, tret que se n'estableixi l'obligatorietat en conveni col·lectiu.

La indisciplina o desobediència s'ha de donar enfront d'ordres legítimes (STS de 28 de desembre de 1989) emeses per l'empresari o pels qui tinguin poders directius, i l'ordre ha de ser regular, clara, concreta i no ha d'implicar riscos greus per a la seguretat del treballador.

Ara bé, en principi, segons la jurisprudència, tota ordre empresarial dirigida a l'àmbit laboral i adoptada per persones competents gaudeix de presumpció de legitimitat i ha de ser complerta pel treballador, de manera que el treballador ha de complir l'ordre, sense perjudici d'impugnar-la judicialment. El treballador només pot exercitar el dret d'incomplir l'ordre empresarial (*ius resistentiae*) quan estem en presència d'algun dels supòsits següents:

- Falta de capacitat en la persona que dóna les ordres.
- Ordres manifestament atemptatòries contra l'ordenament penal (per exemple, la comissió d'un delicte).
- Ordres que comporten una violació de les regles professionals i el compliment de les quals pot provocar descrèdit professional per al treballador perquè atempta contra la seva dignitat.
- Ordres perilloses, el compliment de les quals pugui crear un risc greu per a la salut o integritat del treballador.

En aquesta matèria, els articles 14.1 i 21.2 de l'LPRL reconeixen al treballador el dret d'interrompre la seva activitat i deixar el lloc de treball, si cal, quan consideri que aquesta activitat comporta un risc greu i imminent per a la seva vida o la seva salut.

2.3. Les ofenses verbals o físiques

Segons l'article 54.2.c de l'ET, es consideren incompliments contractuals sancionables amb acomiadament disciplinari "[l]es ofenses verbals o físiques a l'empresari, a les persones que treballen a l'empresa o als familiars que hi conviuen". El bé que s'intenta protegir (STS de 28 de novembre de 1988) és la convivència i bona organització de l'empresa. I es consideren sancionables els comportaments ofensius per a l'empresari, per als companys de feina, o per als familiars que visquin amb uns i altres. De fet, la jurisprudència inclou també les ofenses al públic o clientela.

Es consideren sancionables tant les ofenses verbals com les físiques, de manera que hi encaixen tant els atacs a la dignitat, a l'honor i a la pròpia imatge d'aquestes persones (injúries, calúmnies), com les agressions físiques, tant si produeixen lesió com si no. I la responsabilitat laboral per aquestes actuacions és procedent amb independència de si són constitutives de delictes o de falta.

En aquest punt, el tractament jurisprudencial d'aquestes dues conductes és diferent, perquè ho és la gravetat que tenen. Les ofenses verbals poden i deuen enjudiciar-se en el context en què s'hagin produït, i donen lloc a la procedència o a la improcedència de l'acomiadament, segons les circumstàncies concurrents, ja que així ho exigeix la proporcionalitat que hi ha d'haver entre la falta i la sanció. Per tant, s'han de valorar (STS de 28 de setembre de 1990) les expressions utilitzades, la finalitat perseguida, i els mitjans i les circumstàncies en què es van produir.

En canvi, les agressions físiques són sempre greus en l'àmbit laboral, com ho són també en la convivència social comuna, de manera que l'empresa ha de tenir dret d'acomiadar el treballador que ha agredit físicament un altre treballador o l'empresari mateix. La doctrina jurisprudencial ha declarat procedents els acomiadaments per aquesta causa, encara que les lesions produïdes hagin estat lleus o, com és habitual, hi hagi hagut una discussió prèvia. I mai les agressions físiques no han estat considerades una transgressió contractual lleu per la qual fos desproporcionada la sanció d'acomiadament.

Encara que és habitual que aquestes agressions es produeixin en el centre de treball, el precepte també empara les que passen en altres moments i llocs, sempre que es provi una connexió amb la feina.

Quan l'empresari és una persona jurídica, la causa d'acomiadament opera quan les ofenses recauen sobre les persones físiques que representen la persona jurídica. De fet, el treballador és responsable no solament de les ofenses

comeses per ell mateix, sinó també de les que duen a terme els seus familiars o acompanyants en l'empresa, encara que adopti davant aquestes una actitud passiva o de tàcita aquiescència.

La falta del treballador ha de ser greu, i això s'ha de valorar segons les circumstàncies (temps, lloc, etc.) en què es produeix, ja que una mateixa expressió o conducta pot ser ofensiva o no segons el context. A més, no s'han de confondre les ofenses verbals amb el dret fonamental a la llibertat d'expressió que té el treballador, que no pot ser objecte de sanció, si bé aquest no empara, per descomptat, ni l'insult, ni els judicis de valor ofensius. De fet, la conducta pot ser constitutiva d'acomiadament encara que hi hagi hagut absolució o sobreseïment en el procés penal, ja que els nivells de conducta contractuals no són els mateixos.

2.4. La transgressió de la bona fe contractual i l'abús de confiança

Segons l'article 54.2.d de l'ET, es considera causa d'acomiadament disciplinari "[l]a transgressió de la bona fe contractual i també l'abús de confiança en l'exercici de la feina". Aquest precepte ha estat interpretat per la jurisprudència en el sentit que és fonamental en el trànsit jurídic que treballador i empresari acomodin l'actuació als deures de lleialtat i bona fe que han de presidir aquestes relacions (article 7.1 CC), tal com exigeixen expressament els articles 5.a i 20.2 de l'ET.

Essent la bona fe consubstancial al contracte de treball, aquesta es concreta en valors que es poden traduir per lleialtat i confiança, de manera que la pèrdua d'aquests valors és el que constitueix la transgressió. No obstant això, si la conducta és tolerada per l'empresa, no cal apreciar transgressió de la bona fe contractual.

La jurisprudència requereix, perquè sigui acomiadat per transgressió de la bona fe contractual, que el treballador hagi actuat d'una manera conscient i dolosa. S'afirma així que el treballador ha d'actuar en consciència que la seva conducta vulnera el deure de lleialtat envers l'empresa.

Per *transgressió de la bona fe* s'hi han d'entendre múltiples conductes, de manera que esdevé un calaix de sastre en què s'inclouen múltiples comportaments. Es consideren conductes constitutives de transgressió de la bona fe contractual, entre d'altres, les següents:

- Apropiar-se indegudament de diners.
- Usar materials de l'empresa en benefici propi.

- Sostreure béns materials de l'empresa.
- Enganyar clients.
- Cobrar indegudament quantitats de diners.
- Fer competència deslleial, sobretot quan s'utilitzen coneixements i experiències professionals adquirits en l'empresa.
- Violar secrets professionals.
- Simular baixes mèdiques.
- Falsificar les fitxes de control d'entrada i sortida de la feina.
- Usar de manera abusiva el telèfon de l'empresa durant l'horari de feina per a trucades particulars.
- Navegar per Internet en hores de feina.
- Presentar a l'empresa factures falses de quilometratges i de despeses fetes com a conseqüència de la feina.
- Usar amb finalitats pròpies el vehicle de l'empresa; etc.

Abús de confiança

L'abús de confiança es dóna quan el treballador s'aprofita de la seva situació especial (exercici de poders directius, o de càrrecs de vigilància i supervisió, per exemple) per a cometre la falta. Per això és propi sobretot de persones que ocupen càrrecs de confiança, que presten serveis fora dels locals de l'empresa (representants de comerç), o que accedeixen al domicili de l'ocupador (treballadors de la llar). Per tant, constitueix una lesió específica del deure de bona fe, que es dóna quan el treballador s'aprofita de la seva posició en l'empresa, de les dificultats de control per part de l'empresari, o del seu accés a dades de l'empresari.

2.5. La disminució continuada i voluntària en el rendiment

Segons l'article 54.2.e de l'ET, es considera causa d'acomiadament disciplinari "[l]a disminució continuada i voluntària en el rendiment de treball normal o pactat". A diferència de les causes anteriors, la conducta ha de tenir certa permanència en el temps i no ser transitòria o de caràcter conjuntural, perquè, en cas contrari, no seria greu.

A més, ha de ser una disminució voluntària i continuada (no esporàdica) derivada de negligència o falta de diligència del treballador, perquè si es produeix per causes no imputables al treballador o per causes no culpables (una malaltia), no pot ser objecte d'un acomiadament disciplinari, encara que l'empresari podria utilitzar altres mecanismes legals, com és ara l'acomiadament objectiu (art. 52 ET). Sobre el període que ha de transcórrer perquè el baix rendiment es consideri continuat, els tribunals no exigeixen gaire temps, sinó que n'hi ha prou amb unes quantes setmanes o uns quants dies.

El tema més complex és el de determinar quin és el rendiment degut del treballador per sota del qual incompleix el contracte, quan no hi hagi pacte o quan no hi hagi taules de rendiment. En aquests casos cal atènyer-se al que disposen normes convencionals o al costum local i professional. En principi, el treballador deu el rendiment previst en el conveni col·lectiu i, si no, en el costum professional del lloc, sense que es pugui sancionar una disminució de rendiment que es produeixi per canvi de tasques o lloc de treball (STS de 18 d'abril de 1991).

Les normes convencionals entenen per rendiment normal:

“La quantitat de treball que un operari fa en una hora d'activitat normal, entenen per activitat normal la que du a terme un operari mitjà, conscient de la seva responsabilitat, amb un esforç constant i raonable, amb una direcció competent, sense massa fatiga física i mental, i sense estímulo d'una remuneració amb incentius.”

I la jurisprudència (STS d'11 d'octubre de 1996) entén com a normal el rendiment que de manera ordinària tingui el treballador “en precedents períodes i idèntiques condicions de treball”, encara que altres vegades la comparació és amb el rendiment habitual dels companys de treball (STS de 24 de juny de 1982). A més, cal precisar que no incorre en causa d'acomiadament disciplinari el treballador que deixa de tenir un rendiment “òptim” de productivitat per a passar a un rendiment “normal” pactat en conveni col·lectiu, encara que la jurisprudència no és unànime sobre aquest tema. Es produeix així disminució del rendiment quan no es compleixen els objectius pactats en el contracte com a mínims, sempre que no resultin abusius (STS de 21 de març del 2001).

2.6. L'embriaguesa o toxicomania

Segons l'article 54.2.f de l'ET, es considera causa d'acomiadament disciplinari “[l]’embriaguesa habitual o toxicomania si repercuteix negativament en la feina”. Només són causa d'acomiadament disciplinari quan totes dues repercuteixen “negativament en la feina” perquè comporten un risc més gran d'accident, una pèrdua de la convivència, una falta d'observança de les mesures de seguretat i salut en la feina, etc.

Causes no imputables al treballador

Uns exemples de causes no imputables al treballador són la falta de matèries primeres, les aturades d'altres treballadors, les deficiències en la utilització de la maquinària o les males condicions del lloc on es fa l'activitat.

Repercussió negativa

Un fet repercuteix negativament en la feina quan a causa de l'embriaguesa el treballador crea problemes i freqüents discussions en l'empresa, o quan consumeix alcohol o drogues dins de la jornada laboral, o posa en perill la seva integritat física i la dels seus companys.

A més, són causes d'acomiadament si totes dues revesteixen certa habitualitat (STS de 3 de novembre de 1988), característica que normalment s'aprecia en la toxicomania. De manera que no són causa d'acomiadament l'embriaguesa o intoxicació ocasional, la qual, en alguns casos, pot ser atenuant de la gravetat d'una falta.

2.7. L'assetjament

Segons l'article 54.2.g de l'ET, es considera causa d'acomiadament disciplinari "[l]assetjament per raó d'origen racial o ètnic, religió o conviccions, discapacitat, edat o orientació sexual i l'assetjament sexual o per raó de sexe a l'empresari o a les persones que treballen a l'empresa". Es tracta d'una especificació de la causa relativa a les ofenses verbals o físiques, i s'hi inclouen conductes que impliquin assetjament sexual o psicològic contra un altre treballador, de manera que es creï un entorn degradant, o ofensiu. I es tracta de l'assetjament que pot fer un treballador sobre l'empresari o bé sobre un altre treballador, i que mereix sanció per part de l'empresari per a garantir la bona convivència en l'empresa.

Com passava amb les agressions físiques o verbals, no cal que l'assetjament sigui tipificat com a delictes perquè pugui constituir una causa d'acomiadament.

Respecte de l'assetjament psicològic (*mobbing*), no hi ha una definició legal, si bé, d'acord amb els recents estudis doctrinals i amb la jurisprudència més reiterada, els elements bàsics d'aquesta conducta són els següents:

- La intenció de danyar, sigui de l'empresari o dels directius, sigui dels companys de treball.
- La producció d'un dany en l'esfera dels drets personals més essencials.
- El caràcter complex, continuat, predeterminat i sistemàtic de la fustigació.

La doctrina especialitzada en aquesta matèria inclou en aquesta categoria d'assetjament psicològic les conductes següents:

- Atacs mitjançant mesures adoptades contra la víctima: el superior limita al treballador les possibilitats de comunicar-se, li canvia l'emplaçament i el separa dels seus companys, es jutja de manera ofensiva la seva feina, es qüestionen les seves decisions.
- Atac mitjançant aïllament social.
- Atacs a la vida privada.

- Agressions verbals, com cridar o insultar, criticar permanentment la feina d'aquesta persona.
- Rumors: criticar i difondre rumors contra aquesta persona; etc.

L'assetjament psicològic a la feina sotmet el treballador a un tracte degradant, de manera que conculca el principi d'igualtat de treball que es defineix en els articles 3, 4 i 5 de la Directiva comunitària 76/2007, el dret a la integritat moral i interdicció de tractes degradants que protegeix l'article 15 de la CE, i també l'article 4.2.e de l'ET (dret bàsic a la consideració deguda a la dignitat), i constitueix sens dubte causa justa perquè l'empresari pugui acomiadar el treballador assetjador. Ara bé, no s'ha de confondre l'assetjament a la feina amb tot conflicte que hi pot haver en qualsevol personal en l'empresa, tant entre companys com entre superiors i subordinats.

3. Els requisits de forma en l'acomiadament: la carta d'acomiadament

Per a protegir els drets del treballador, l'empresari tan sols pot exercir vàlidament l'acomiadament disciplinari si compleix determinades **regles formals**. A més, al marge d'aquestes formalitats, els convenis col·lectius poden afegir altres requisits de forma i procediment.

La jurisprudència ha traslladat a l'acomiadament disciplinari els principis informadors del dret sancionador, com és ara:

- El principi de tipicitat en la falta i el principi de legalitat en la sanció, de manera que en cap cas no es poden imposar sancions diferents de les previstes en les disposicions legals o els convenis col·lectius.
- El principi de *non bis in idem*, pel qual un incompliment laboral que ja ha estat sancionat no pot donar lloc a una sanció posterior.
- El principi de proporcionalitat entre falta i sanció, de manera que la mesura disciplinària aplicable ha de tenir una estricta correspondència amb la falta comesa.
- El principi de seguretat jurídica, pel qual l'ET fixa un quadre de terminis per a la prescripció de les faltes.

Una qüestió diferent és l'aplicació a l'acomiadament disciplinari del principi de presumpció d'innocència consagrat en l'article 24.2 de la CE, ja que la jurisprudència (STC 27/1993 de 25 de gener i STS de 13 de març de 1991) hi ha rebutjat l'aplicació.

Pel que fa a la forma, està prevista en l'article 55.1 de l'ET en assenyalar que "l'acomiadament s'ha de notificar per escrit al treballador i hi han de constar els fets que el motiven i la data en què produirà efectes".

La comunicació escrita rep el nom de *carta d'acomiadament* i la finalitat que té és quàdruple atès que amb aquesta carta es vol:

- a) Donar a conèixer al treballador els càrrecs que motiven el seu acomiadament a fi que els pugui impugnar, i proposar-li la pràctica de les proves que consideri oportunes.

b) Delimitar els termes de la controvèrsia judicial, ja que l'empresari no pot al·legar fets diferents dels recollits en la carta d'acomiadament.

c) Fixar el *dies a quo*, o moment a partir del qual es comença a computar el termini de caducitat per a reclamar judicialment per acomiadament, que és el de vint dies hàbils.

d) Acreditar la situació legal de desocupació del treballador.

Encara que aquesta comunicació escrita l'ha de fer l'empresari, els tribunals han admès que la pugui fer el representant legal de l'empresa, o qui actuï com a tal, i si, emesa la declaració formal d'acomiadament, continua la relació laboral, s'ha d'entendre que l'empresari ha perdonat l'incompliment contractual i que, consegüentment, el contracte continua tenint efectes.

Es produeix l'acomiadament "tàcit" quan l'empresari incompleix l'obligació de comunicar al treballador, de manera escrita o no, la voluntat d'acomiar-lo. Perquè hi pugui haver un acomiadament tàcit cal que la decisió empresarial d'extingir el contracte es desprengui d'una conducta inequívoca de l'ocupador, o de fets concloents que revelin la intenció clara de l'empresa de posar fi a la relació laboral i trencar-la.

Una de les conseqüències més greus que té l'acomiadament tàcit és que impedeix al treballador disposar d'un instrument vàlid que li permeti situar-se en situació legal de desocupació, ja que es pot entendre que el que hi ha hagut és un cessament voluntari o abandó per part del treballador de la prestació de serveis. En aquests casos, entre els mitjans que pot utilitzar un treballador per a provar l'existència de l'acomiadament hi ha:

- Presentar un burofax a l'empresa en el qual li reclami que verifiqui l'acomiadament verbal de què ha estat objecte.
- Presentar-se a l'empresa juntament amb altres testimonis.
- Acudir a la Inspecció de Treball per denunciar els fets.
- Presentar l'oportuna papereta de conciliació davant l'empresari en què li faci una reclamació per acomiadament.

En els acomiadaments tàcits, el treballador pot exercitar l'acció d'acomiadament, però per a fer-ho disposa d'un termini de caducitat de vint dies, a comptar des que hi ha fets concloents de la rescissió del contracte (STS de 31 de maig de 1990). No obstant això, aquest termini constitueix un dels problemes principals, perquè no hi ha una manifestació expressa de l'empresari que permeti saber, de manera indubtable, quan s'inicia el *dies a quo* per a fer-ne el còmput.

Fets concloents

Es consideren fets concloents que revelen la intenció clara de l'empresa de posar fi a la relació laboral i trencar-la la negativa a la reincorporació del treballador després d'una excèdència, la negativa a donar feina al treballador, el tancament de l'empresa sense comunicació als treballadors, donar de baixa el treballador en la Seguretat Social, etc.

3.1. Els fets que motiven l'acomiadament

Pel que fa als fets imputats al treballador, han de anar exposats en la carta amb la suficient concreció, precisió i claredat respecte a conductes materials i dates perquè el treballador pugui articular enfront d'aquests fets la defensa, i si escau l'òrgan judicial pugui apreciar si constitueixen algun incompliment greu i culpable. A més, l'article 105.2 de l'LRJS estableix que, per a justificar l'acomiadament, al demandat no se li poden admetre en el judici altres motius d'oposició a la demanda que els continguts en la comunicació escrita d'aquest acomiadament.

Com assenyalava el Tribunal Suprem en la Sentència de 18 de gener del 2002, en jurisprudència reiterada aplicant l'article 55 de l'ET:

“L'acomiadament s'ha de notificar per escrit al treballador, i hi han de figurar els fets que el motiven i la data en què produirà efectes. Aquesta exigència ha estat reiteradament interpretada en el sentit que, encara que no s'imposa una detallada descripció d'aquests fets, sí que exigeix que la comunicació escrita proporcioni al treballador un coneixement clar, suficient i inequívoc dels fets que se li imputen perquè, comprenent sense dubtes racionals l'abast d'aquests fets, pugui impugnar la decisió empresarial i preparar els mitjans de prova que jutgi convenients per a la defensa, i aquesta finalitat no es compleix, segons la reiterada doctrina d'aquesta sala, quan la comunicació a què s'al·ludeix només conté imputacions genèriques i indeterminades que pertorben greument aquella defensa i atempten contra el principi d'igualtat de parts, ja que aquesta ambigüitat constitueix, en definitiva, una posició d'avantatge de què es pot prevaler l'empresa en la seva oposició a la demanda del treballador.”

Aquesta doctrina del Tribunal Suprem destaca de fa temps que l'exigència formal en la comunicació per escrit respon a la triple finalitat de proporcionar coneixement dels fets per a poder-los impugnar sense indefensió, de determinar els motius de la possible oposició, i de dur a terme la delimitació fàctica d'una possible controvèrsia judicial, de manera que el requisit ha estat considerat *ad-solemnitatem* i comporta la necessitat que en la notificació de l'acomiadament o de la sanció es descriguin els fets que integren la causa de la decisió empresarial en termes d'un adequat detall cronològic, quantitatiu i circumstancial que, sense arribar a un rebutjable sacramentalisme, permetin al treballador disposar dels mitjans adequats de defensa, la qual cosa es fa impossible tant en els supòsits d'accentuat laconisme narratiu com en els d'imprecisions o de vaguetats, que òbviament porten a un clar desemparament processal (STS de 20 de març de 1990).

Cal que en la carta s'especifiqui la falta concreta que se li atribueix al treballador i és insuficient la mera invocació del tipus legal en què s'entén que està inclosa aquesta falta, encara que tampoc no fa falta una descripció detallada dels fets ni una enumeració dels preceptes infringits, sinó que n'hi ha prou que els pugui conèixer el sancionat i que quedin assegurades les possibilitats de defensa. Ara, si els motius de l'acomiadament són prou clars, per a quedar fixats en un expedient contradictori obert al treballador, l'absència de l'explicació d'aquests motius en la carta d'acomiadament no ha de comportar indefensió.

3.2. La data d'efectes de l'acomiadament

Com hem vist, en la carta hi ha de figurar la "data en què l'acomiadament produirà efectes". La finalitat perseguida no és altra que fer que el treballador acomiadat conegui el moment precís a partir del qual l'acomiadament és efectiu i, per tant, comença a computar-se el termini de caducitat per a interposar la demanda judicial corresponent, que és un termini de caducitat de vint dies hàbils.

L'exigència legal es refereix a la data de l'acomiadament efectiu, a partir de la qual cessa el contracte de treball, i és diferent de la que pugui tenir la carta d'acomiadament, de manera que la data de l'acomiadament no ha de coincidir necessàriament amb la de la carta, encara que mai no pot produir efectes abans que el treballador conegui la decisió empresarial. En aquest últim cas, és a dir, en cas que la carta d'acomiadament es rebi després de la data d'efectivitat d'aquest acomiadament, el termini de vint dies es comença a computar a partir de l'endemà de la recepció de la carta. Com a situació particular, la jurisprudència (STS de 20 de febrer de 1991) defensa que aquest termini queda obert des del moment en què hi hagin fets concloents a partir dels quals el treballador pugui tenir certesa de la voluntat de l'empresari d'extingir el contracte de treball.

Causas d'acomiadament clares

Les expressions següents són exemples d'insuficiència en l'especificació de la causa d'acomiadament: "queda acomiadat a causa del comportament observat últimament"; "per les irregularitats que s'han observat"; "per les raons que ja coneix"; "per incompliment dels deures laborals"; o "per haver faltat a la feina repetidament", sense especificar els dies concrets.

3.3. El termini per a dur a terme a l'acomiadament

L'acomiadament, com tota sanció disciplinària, s'ha d'adoptar dins del termini de prescripció de les faltes laborals, per estrictes motius de seguretat jurídica. Segons l'article 60.2 de l'ET, les faltes lleus prescriuen al cap de deu dies, les greus al cap de vint dies i les molt greus al cap de seixanta dies a partir de la data en què l'empresa va tenir coneixement de la comissió de la falta, i, en tot cas, al cap de sis mesos d'haver-se comès. Transcorreguts aquests terminis, les faltes prescriuen. Els terminis són de prescripció i com a tals no apreciables d'ofici, i com que l'acomiadament és una falta molt greu, el termini de prescripció és el de seixanta dies des que l'empresa va tenir coneixement de la falta, i, en tot cas, al cap de sis mesos d'haver-se comès.

En matèria de prescripció de les faltes, la jurisprudència ha assentat els criteris següents:

- a) Els avisos que pugui fer l'empresa no interrompen la prescripció de les faltes, ja que amb això l'única cosa que fa és deixar constància de l'incompliment laboral comès.
- b) En el cas de representants dels treballadors o de delegats sindicals, l'obertura de l'expedient contradictori interromp la prescripció, i en el cas de treballador afiliat a un sindicat, el tràmit d'audiència al delegat sindical a què pertanyi també interromp la prescripció (STS de 10 d'octubre de 1986).
- c) Quan es tracta de conductes repetides, el termini de prescripció de sis mesos comença a comptar a partir de la comissió de l'últim fet que es comptabilitza, sense que es pugui retrotreure el còmput de la prescripció al moment de la infracció inicial (STS de 18 de setembre de 1987); per tant, en els supòsits de faltes continuades, el termini de prescripció no es comença a comptar mentre es continuïn fent incompliments (STS de 12 de juliol de 1989).
- d) Respecte d'aquelles infraccions que són ocultades pel treballador i que necessiten una investigació per part de l'empresa sobre la realitat que tenen, la prescripció no comença a comptar quan l'empresa té un coneixement superficial, genèric o indicatiu de les faltes comeses, sinó quan l'empresa té un coneixement total, ple i exacte dels fets, concloua la investigació corresponent (STS de 12 de febrer de 1990).

3.4. La notificació de l'acomiadament

L'acomiadament és una declaració de voluntat receptícia i, com a tal, la carta d'acomiadament ha d'arribar a coneixement del treballador. Com que és una declaració de voluntat receptícia, no necessita la conformitat o l'acceptació de la persona a qui es dirigeix, però sí que ha d'arribar a coneixement del treballador perquè el fi específic que té és que aquest tingui coneixement exacte de la decisió empresarial i hi pugui reaccionar a temps.

Normalment la notificació al treballador es fa en el centre de treball, encara que també es pot cursar la carta al seu domicili, amb els mitjans que l'empresari estimi oportuns (correu certificat, notificació notarial, telegrama, i fins i tot s'han admès mitjans electrònics sempre que ofereixin certesa del contingut i remitent). Perquè la carta enviada per correu sigui eficaç, ha de ser datada i segellada pel funcionari de correus, i ser certificada amb justificant de recepció.

Això implica que l'empresari ha de fer tots els actes necessaris perquè el treballador pugui conèixer la seva decisió, i imposa, respecte del lloc, que l'empresari compleixi de bona fe els esforços necessaris per a localitzar el treballador, ja que ha de mirar d'assegurar que arribi a coneixement d'aquest.

La jurisprudència (STS de 15 d'abril de 1987) assenyala en els supòsits de remissió de carta d'acomiadament que no cal imputar defectes en les notificacions a qui ha posat per a fer-ho tots els mitjans adequats a la finalitat perseguida.

Segons la jurisprudència (STS de 23 de maig de 1990), la negativa del treballador a rebre la carta per qualsevol mitjà (refús de la carta certificada, impossibilitat de lliurament, etc.), eximeix l'empresa de qualsevol responsabilitat i s'entenen complerts els requisits legals. És a dir, és una exigència ineludible assegurar que el treballador rep la carta, i aquesta exigència s'entén complerta quan el treballador, podent-ho fer, refusi rebre la comunicació.

3.5. Altres exigències formals

3.5.1. L'expedient contradictori del representant unitari

Segons l'article 55.1 de l'ET (en relació amb l'article 68.a) de la mateixa norma, "si el treballador és un representant legal dels treballadors o un delegat sindical és procedent l'obertura d'un expedient contradictori, en què s'han d'escoltar, a més de la persona interessada, els altres membres de la representació a la qual pertany, si n'hi ha". Es tracta d'un requisit estès als delegats sindicals segons l'article 10 de la LOLS.

L'expedient contradictori implica que s'ha de fer saber a qui es vol sancionar els fets i les faltes que se li imputen, i se li ha de donar audiència i atorgar la possibilitat de desvirtuar-los en l'expedient mateix.

Segons la jurisprudència, en l'expedient contradictori no s'han de seguir tràmits específics ni practicar proves, sinó que n'hi ha prou que compleixi les finalitats que té de posada en coneixement dels fets i de la informació pertinent perquè l'afectat pugui exposar les al·legacions pertinents. Per tant, la jurisprudència (STS de 4 d'abril de 1991) ha entès que no cal que hi hagi instructor ni secretari en l'expedient i que tampoc no cal que els representants legals emetin obligatòriament un informe.

L'empresari pot adoptar la decisió només després de la conclusió de l'expedient, i aquesta decisió ha de complir la resta d'exigències formals. Aquí concorren dos requisits: expedient i comunicació escrita. A més, es tracta d'una garantia extensible als membres dels comitès d'empresa europeus.

La jurisprudència (STS de 18 de febrer de 1997) entén que és aplicable l'exigència d'expedient contradictori previ als representants dels treballadors, mentre duri el seu mandat, i també als representants electes abans de prendre possessió del càrrec i fins i tot als candidats proclamats per a les eleccions mentre duri el procés electoral.

3.5.2. L'audiència prèvia als delegats sindicals

Si el treballador està afiliat a un sindicat i l'empresari en té constància, ha de donar audiència prèvia als delegats sindicals de la secció sindical corresponent. De manera mimètica, l'article 10.3 de la LOLS imposa l'obligació empresarial de donar audiència prèvia als delegats sindicals quan l'acomiadament afecti un treballador afiliat, i l'empresari en tingui constància.

El tràmit de l'audiència sindical comporta que el delegat sindical sigui escoltat abans de l'adopció de l'acomiadament de l'afiliat, i la missió d'aquest no és la d'assessorament i defensa del treballador afiliat, sinó la de vigilància dels drets del treballador en relació amb la seva activitat sindical.

Segons la jurisprudència (STS de 23 de maig de 1995), aquest mitjà de protecció dels treballadors sindicats no inclou extincions derivades de causes no disciplinàries. I tampoc no és exigible quan, per les dimensions de l'empresa, aquesta no tingui l'obligació de disposar de delegats sindicals. Tampoc no s'assenyala en l'ET el termini de què disposa l'empresari per a dur a terme aquesta audiència, si bé els tribunals han establert com a termini raonable el de cinc dies.

3.5.3. Altres requisits legals i convencionals

Per conveni col·lectiu es poden afegir altres requisits de forma diferents dels previstos en l'article 55.1 de l'ET; en efecte, aquest article fixa que "per conveni col·lectiu es poden establir altres exigències formals per a l'acomiadament", com ara l'obertura d'expedient contradictori o un tràmit d'audiència prèvia per a l'acomiadament de qualsevol treballador, amb independència de si és representant o no.

Finalment, l'article 64.1.4 de l'ET disposa que les sancions per faltes molt greus (i l'acomiadament disciplinari n'és una) han de ser comunicades als representants dels treballadors. Aquest deure d'informació es pot dur a terme també una vegada adoptada la sanció i no afecta, per tant, la qualificació jurídica de l'acomiadament, ja que el fet d'incomplir-lo tan sols comporta una sanció administrativa prevista en la LISOS.

Per tant, la falta de notificació de l'acomiadament al comitè d'empresa no afecta la validesa formal de l'acomiadament, sinó que és una simple falta administrativa (STS de 31 de gener de 1990).

3.6. Esmena de l'acomiadament amb incompliment dels requisits formals

Segons l'article 55.2 de l'ET, "si l'acomiadament es fa sense observar el que estableix l'apartat anterior [i incompleix per tant algun dels requisits de forma descrits], l'empresari pot fer un acomiadament nou en què compleixi els requisits omesos en el precedent. Aquest acomiadament nou, que només produeix efectes des de la seva data, únicament es pot fer en el termini de vint dies a comptar de l'endemà del primer acomiadament. En fer-ho, l'empresari ha de posar a disposició del treballador els salaris meritats en els dies intermedis, durant els quals l'ha de mantenir d'alta a la Seguretat Social."

Aquesta regla no s'aplica quan, després de l'acomiadament, el treballador ha continuat prestant serveis, ja que en aquest supòsit s'entén que l'empresari n'ha fet la revocació. Tampoc no cal imputar en la nova carta d'acomiadament fets posteriors als que es van fer constar en la carta original, i així ampliar-ne el contingut (STS de 31 de maig de 1990).

Una situació diferent és la prevista en l'article 110.4 de l'LRJS, del qual es desprèn que una vegada ha recaigut una sentència judicial en què es declara l'acomiadament improcedent per incompliment dels requisits de forma establerts i s'ha optat per la readmissió, l'empresari pot fer un nou acomiadament dins del termini de set dies des de la notificació de la sentència (la d'instància

o si escau la dictada després del recurs). Aquest termini “fatal” s'estableix per raons de seguretat jurídica: transcorreguts aquests set dies, no es pot sancionar la falta del treballador.

Aquest acomiadament no constitueix una esmena del primer acte extintiu, sinó un nou acomiadament, que tindrà efectes a partir de la data que tingui. De totes maneres, aquest nou acomiadament es pot fer pels mateixos fets que van motivar l'anterior o per noves faltes del treballador (STS de 4 d'abril de 1991).

Sobre aquest tema cal precisar que l'esmena de l'acomiadament que sigui declarat improcedent per incompliment dels requisits de forma establerts exigeix:

- Readmetre formalment el treballador acomiadat.
- Abonar els salaris de tramitació corresponents.
- Fer un nou acomiadament, corregits els defectes formals apreciats en la sentència.

La decisió empresarial d'acomiar el treballador té eficàcia per si mateixa, sense cap requisit formal més enllà dels que hem descrit, i sense perjudici que el treballador, després, pugui reclamar judicialment.

Des del moment de l'acomiadament s'extingeixen les obligacions recíproques de totes dues parts, l'empresari ha de posar a la disposició del treballador l'anomenada liquidació o càlcul dels salaris pendents i la part proporcional de les pagues extres i de les vacances de què no ha gaudit, li ha de facilitar el certificat d'empresa acreditatiu que la relació laboral va existir, i l'ha de donar de baixa de la Seguretat Social.

4. La impugnació judicial de l'acomiadament

La modalitat processal d'acomiadament disciplinari està prevista en els articles 103 a 113 de l'LRJS. L'objecte del procés per acomiadament no solament és aplicable a l'acomiadament disciplinari previst en l'ET, sinó també a altres supòsits diferents, en els quals el treballador veu extingit el contracte per causa aliena a la seva voluntat, com ara treballadors en excedència als quals l'empresa nega la reincorporació al lloc de treball, malgrat haver-hi una vacant; la no-renovació contractual a un treballador després de diversos contractes temporals successius en frau de llei; o l'extinció d'un contracte durant un període de prova il·legal o abusiu. Aquests supòsits no encaixen ben bé en la figura de l'acomiadament disciplinari pròpiament dit, però s'han de conèixer per mitjà d'aquesta modalitat processal.

La regulació processal de l'acomiadament disciplinari és la més extensa i té caràcter supletori en allò que està previst per a l'enjudiciament de les altres modalitats d'acomiadament o extinció del contracte. Les especialitats processals de l'acomiadament disciplinari afecten: el termini per a exercitar l'acció, els requisits de la demanda, l'ordre d'intervenció de les parts en el procés i el contingut de la sentència.

A continuació veurem amb més detall tots aquests aspectes.

4.1. El termini per a interposar la demanda per acomiadament

L'acomiadament com a decisió unilateral de l'empresari per la qual es dona per extingit el contracte de treball pot ser revisat judicialment. El treballador ha de formular una demanda davant el jutge social dins del termini de caducitat de vint dies hàbils, a comptar des d'aquell en què l'acomiadament s'ha produït, previ intent de conciliació davant el servei administratiu corresponent.

Segons l'article 59.3 de l'ET, l'exercici de l'acció contra l'acomiadament caduca al cap dels vint dies següents a aquell en què s'ha produït. Els dies són hàbils, i el termini de caducitat, amb caràcter general. No obstant això, ens interessa tenir present que, segons l'article 45 de l'LRJS, quan la presentació d'un escrit és subjecta a termini (i la demanda per acomiadament hi és), aquesta presentació es pot fer fins a les quinze hores del dia hàbil següent al del venciment del termini, en el servei comú processal creat a aquest efecte, o, si no n'hi ha, a la seu de l'òrgan judicial.

La caducitat és una mesura excepcional que comporta la decadència dels drets pel mer transcurs del temps, de manera que no pot ser objecte d'interpretacions extensives, que tanquin la possibilitat d'un examen sobre el fons de la qüestió. Respecte al còmput del termini de caducitat, cal fer tres precisions:

1) En primer lloc, només es computen els dies hàbils, de manera que no es compten els festius (diumenges i dies festius de caràcter nacional i locals del lloc en què radica l'òrgan judicial) ni el mateix dia de l'acomiadament. Conseqüentment, els dissabtes computen com a dies hàbils.

2) En segon lloc, l'agost (inhàbil per a les actuacions judicials) es considera hàbil quan es tracta de l'exercici d'accions per acomiadament (art. 43.4 LRJS).

3) En tercer lloc, si es promou una demanda per acomiadament contra una persona a la qual erròniament s'ha atribuït la qualitat d'empresari, i s'acredita en el judici que ho era un tercer, el treballador pot promoure una nova demanda contra aquest, sense que comenci el còmput del termini de caducitat (art. 103.2 LRJS) fins al moment en què consti qui era l'empresari.

La caducitat és apreciable d'ofici per l'òrgan judicial, encara que no ho hagi al·legat cap de les parts, i la suspensió del termini de caducitat només es pot produir per les causes taxativament previstes per les lleis. Entre les causes de suspensió (juntament amb la sol·licitud d'advocat d'ofici o la subscripció d'un compromís arbitral), destaquen les dues següents:

a) La sol·licitud de conciliació davant el Servei de Mediació, Arbitratge i Conciliació (SMAC). La presentació de la papereta de conciliació administrativa prèvia al procés davant el corresponent servei o òrgan que assumeixi aquestes funcions suspèn el termini de caducitat. Aquest còmput es reprèn l'endemà d'haver intentat la conciliació o transcorreguts quinze dies hàbils des de la presentació de la papereta de conciliació sense que s'hagi fet.

Segons l'article 59.3 de l'ET, el termini de caducitat queda "interromput" per la presentació de la sol·licitud de conciliació davant l'òrgan públic de mediació, arbitratge i conciliació. Es tracta, no obstant això, d'un error terminològic, que és corregit en els articles 65 i 73 de l'LRJS, ja que el termini de caducitat no s'interromp (en comença un de nou), sinó que simplement se suspèn (i en conseqüència es reprèn).

El mateix dia de presentació de la papereta de conciliació no es computa a l'efecte del termini de caducitat. I l'efecte suspensiu de la caducitat que té la presentació de la papereta de conciliació dins del termini i en la forma escaient exigeix la posterior presentació de la demanda judicial.

La compareixença (art. 66.1 LRJS) a l'acte de conciliació o de mediació és "obligatòria per als litigants", per si mateix o per mitjà de representant. La no-compareixença de la part que va presentar la papereta de conciliació sense una causa justa determina que aquesta es doni per no presentada, amb el consegüent arxivament d'actuacions. En canvi, si és l'altra part la que no compareix, malgrat estar citada degudament a la conciliació, aquesta s'entén intentada sense efecte (art. 66.3 LRJS).

Si l'intent de conciliació culmina amb avinença, les parts formalitzen un autèntic contracte de transacció, al qual és aliè l'òrgan conciliador, que es limita a oferir els seus bons oficis. Si culmina sense acord, s'aixeca una acta d'intentada de conciliació sense efecte, i permet al treballador formular l'oportuna demanda judicial.

b) La reclamació prèvia a la via judicial. La reclamació administrativa prèvia consisteix en el plantejament d'una pretensió davant un ens jurídic públic, com l'Estat i els seus organismes, les comunitats autònomes o les corporacions locals, amb caràcter previ al procés judicial d'acomiadament.

La finalitat de la reclamació administrativa prèvia és la de concedir a l'Administració, quan aquesta ha de litigar com a empresari laboral, l'oportunitat de considerar la pretensió que s'esgrimeixi davant seu, amb la finalitat que pugui solucionar el conflicte dins de la pròpia via administrativa i sense haver d'acudir a la via judicial. Per tant, es tracta d'una finalitat comuna a la de la conciliació prèvia, que és la de solucionar el conflicte sense haver d'arribar al plet.

Aquesta reclamació prèvia suspèn el termini de caducitat de la demanda per acomiadament, i es reprèn l'endemà de la notificació de la resolució administrativa, o del transcurs d'un mes sense contestació; en aquest cas s'ha d'entendre desestimada per silenci administratiu. Per tant, transcorreguts els trenta dies o produïda la denegació expressa, es reprèn el còmput del termini de caducitat de vint dies hàbils per a reclamar per acomiadament (art. 69.3 LRJS).

4.2. Els requisits de la demanda per acomiadament

Pel que fa a les demandes per acomiadament, no s'interposen mai d'ofici, sinó que exigeix la iniciativa del treballador, de manera que s'ha de presentar davant el jutjat social corresponent.

A més dels generals, han de contenir els requisits següents (art. 104 LRJS):

a) Antiguitat, segons la qual s'han de concretar els períodes en què s'han presat els serveis; categoria professional; salari, temps i manera de pagament; lloc de treball; modalitat i durada del contracte; jornada; característiques particulars, si n'hi ha, de la feina que es feia abans de produir-se l'acomiadament. Totes aquestes dades serveixen per a determinar, si escau, la indemnització i els salaris de tramitació.

b) Data d'efectivitat de l'acomiadament, manera en què es va produir i fets al·legats per l'empresari. Això ha d'anar acompanyat de la comunicació rebuda, si escau, o s'ha de fer esment suficient del contingut d'aquesta comunicació.

c) Si el treballador té, o ha tingut l'any abans de l'acomiadament, la qualitat de representant legal o sindical dels treballadors, i també qualsevol altra circumstància rellevant per a la declaració de nul·litat o d'improcedència o per a la titularitat de l'opció derivada, si escau.

d) Si el treballador està afiliat a algun sindicat, en cas que al·legui la improcedència de l'acomiadament per haver-se fet sense la prèvia audiència dels delegats sindicals, si n'hi ha.

Es poden acumular en una mateixa demanda les accions d'acomiadament i d'extinció del contracte de treball per voluntat del treballador (art. 26.3 LRJS). I quan el treballador presenti demandes per acomiadament, i per extinció voluntària del contracte de treball davant incompliments empresarials, les demandes s'han d'acumular, i s'han de debatre en un sol judici totes les qüestions plantejades (art. 32.1 LRJS).

4.3. La tramitació del procés per acomiadament

Si no ha intentat la conciliació prèvia, el secretari judicial ha d'advertir el demandant que en el termini de quinze dies ha d'acreditar l'intent o celebració de l'acte de conciliació i que, en cas contrari, arxivarà la demanda (art. 81.3 LRJS).

L'òrgan judicial ha d'intentar una conciliació judicial entre les parts, que poden arribar a un acord en qualsevol moment abans de dictar-se sentència, si bé l'òrgan judicial pot no aprovar l'acord si entén que el que s'ha convingut lesiona greument els interessos d'alguna de les parts.

En els processos per acomiadament, ratificada la demanda, correspon a l'empresari demandat fer les al·legacions i proposar prova en primer lloc. També correspon a l'empresari demandat la càrrega de provar la veracitat dels fets

imputats en la carta d'acomiadament com a justificatius d'aquest acomiadament, i té prohibit entrar a conèixer d'altres qüestions no reflectides en la carta. El demandat també ha de formular les conclusions en primer lloc.

Aquesta intervenció en primer lloc de la part demandada, una vegada ratificada la demanda pel treballador demandant, comporta una posició més còmoda per a aquest, en conèixer de manera clara i explícita les raons de l'acomiadament. A més, l'article 105.2 de l'LRJS limita els motius d'oposició a la demanda als consignats en la comunicació escrita a què es refereix l'article 55.1 de l'ET.

Quan l'acomiadament afecta membres del comitè d'empresa, delegats de personal o delegats sindicals, el demandat ha d'aportar l'expedient contradictori exigít legalment.

La incompareixença de l'empresa en l'acte de judici, malgrat que el treballador hagi sol·licitat la prova d'interrogatori d'aquesta empresa, pot tenir com a efecte que sigui donada per confessa respecte de la demanda per acomiadament que s'articuli, sempre que, de la resta del material probatori se'n desprengui aquesta circumstància. Estem davant l'anomenada *ficta confessio*, per incompareixença del demandat a l'acte de judici, de la qual es pot admetre fins i tot que l'acomiadament es va fer verbalment si ho al·lega així el demandant, i ho demostra.

4.4. Qualificació judicial de l'acomiadament i efectes de la sentència

La sentència en els processos per acomiadaments, ha de contenir obligatòriament, en la declaració de fets provats, les circumstàncies següents:

a) Antiguitat, segons la qual s'han de concretar els períodes en què s'han prestat els serveis; categoria professional; salari, temps i manera de pagament; lloc de treball; modalitat i durada del contracte; jornada; característiques particulars, si n'hi ha, de la feina que es feia abans de produir-se l'acomiadament.

b) Data i forma de l'acomiadament, causes invocades per a l'acomiadament, si escau, i fets acreditats en relació amb aquestes causes.

c) Si el treballador té, o ha tingut l'any abans de l'acomiadament, la condició de delegat de personal, membre del comitè d'empresa o delegat sindical, i també qualsevol altra circumstància rellevant per a la declaració de nul·litat o d'improcedència o per a la titularitat de l'opció derivada, si escau.

No s'exigeix com a fet provat que calgui ressenyar si el treballador està afiliat a un sindicat, però s'ha de recollir si es postula la improcedència per falta d'audiència dels delegats sindicals.

Pel que fa a la decisió de la sentència, el jutge pot qualificar (art. 108 LRJS i 55.3 ET) l'acomiadament com a procedent, improcedent o nul. L'ordenament jurídic no preveu la possibilitat que el jutge pugui fer pronunciaments diferents dels assenyalats abans, ni autoritzar l'empresa a imposar una sanció diferent (STS d'11 d'octubre de 1993).

4.4.1. L'acomiadament procedent

L'acomiadament és qualificat judicialment de procedent quan, complertes totes les exigències formals, queda acreditat en l'acte de judici l'incompliment al·legat per l'empresari en la carta d'acomiadament. En aquest cas, i d'acord amb l'article 109 de l'LRJS, es declara convalidada l'extinció del contracte que va produir aquell acomiadament, sense dret a indemnització ni salaris de tramitació.

Aquesta declaració judicial en la sentència comporta la convalidació de l'extinció del contracte, la qual es produeix des de la data de l'acomiadament, no de la sentència. Les parts s'alliberen de les obligacions respectives, excepte de les que puguin haver nascut abans (per exemple, salaris pendents de pagament i que no haguessin estat abonats ni reclamats), les quals sempre es poden reclamar, tret que hagin prescrit.

El qui en realitat extingeix el contracte de treball és l'empresari i no pas l'òrgan judicial, ja que el jutge es limita a qualificar l'acte extintiu de l'empresari i a declarar la correcció jurídica de l'acomiadament. I el treballador no té dret a indemnització ni a salaris de tramitació, tret que s'hagi pactat una altra cosa, però sí que s'entén que queda en situació legal de desocupació.

4.4.2. L'acomiadament improcedent

L'acomiadament és qualificat judicialment d'improcedent quan no queda acreditat en el judici l'incompliment al·legat per l'empresari en la carta d'acomiadament (i fins i tot quan, havent-hi aquest incompliment, no en queda provada la gravetat i culpabilitat justificatives) o quan la forma no s'ajusta als requisits de forma establerts en l'article 55.1 de l'ET assenyalats abans.

Acomiadament improcedent

Un exemple d'acomiadament improcedent per raons de forma és l'acomiadament verbal, encara que també es poden qualificar d'improcedents els acomiadaments formalitzats per escrit, sigui perquè no diuen res respecte del fet que es vol sancionar, sigui perquè l'hi fan constar de manera vaga i imprecisa, o perquè ometen la data d'efectivitat de l'acomiadament, casos tots que situen en indefensió el treballador.

En matèria de qualificació d'improcedència de l'acomiadament, les últimes reformes legislatives operades tant per la nova LRJS com per la llei 3/2012 han introduït canvis importants en el seu règim jurídic.

D'antuvi, i segons l'article 108.2 de l'LRJS:

"En cas d'improcedència de l'acomiadament perquè no s'aprecia que els fets acreditats hagin tingut prou gravetat, però constitueixen infracció de menys importància segons les normes al·legades per les parts, el jutge pot autoritzar la imposició d'una sanció adequada a la gravetat de la falta, si no ha prescrit la de menys gravetat abans de la imposició empresarial de la sanció d'acomiadament, sanció que l'empresari pot imposar en el termini de caducitat dels deu dies següents a la fermesa de la sentència, prèvia readmissió del treballador i sempre que aquesta sentència s'hagi fet degudament. La decisió empresarial és revisable a instàncies del treballador, en el termini, també de caducitat, dels vint dies següents a haver-se notificat, per mitjà d'incident d'execució de la sentència d'acomiadament, conforme a l'article 238."

Al marge d'aquesta novetat, les conseqüències jurídiques de l'acomiadament improcedent estan recollides en l'article 56 de l'ET i en l'article 110 de l'LRJS.

Segons l'article 56 de l'ET (després de la recent reforma operada per la llei 3/2012, de 6 de juliol):

"1. Quan l'acomiadament sigui declarat improcedent, l'empresari, en el termini de cinc dies des de la notificació de la sentència, pot optar entre la readmissió del treballador o l'abonament d'una indemnització equivalent a trenta-tres dies de salari per any de servei, prorratejant per mesos els períodes de temps inferiors a un any, fins a un màxim de vint-i-quatre mensualitats. L'abonament de la indemnització determina l'extinció del contracte de treball, que s'ha d'entendre produïda en la data del cessament efectiu en el treball.

2. En cas que s'opti per la readmissió, el treballador té dret als salaris de tramitació. Aquests equivalen a una quantitat igual a la suma dels salaris deixats de percebre des de la data d'acomiadament fins a la notificació de la sentència que declari la improcedència o fins que hagi trobat una altra feina, si aquesta col·locació és anterior a la sentència esmentada i l'empresari prova el que va percebre, per descomptar-ho dels salaris de tramitació.

3. Si l'empresari no opta per la readmissió o la indemnització, s'ha d'entendre que és procedent la primera.

4. Si l'acomiadat és un representant legal dels treballadors o un delegat sindical, l'opció correspon sempre a aquest. Si no efectua l'opció, s'entén que ho fa per la readmissió. Quan l'opció, expressa o presumpta, sigui a favor de la readmissió, aquesta és obligatòria. Tant si opta per la indemnització com si ho fa per la readmissió, té dret als salaris de tramitació als quals es refereix l'apartat 2."

De manera similar, l'article 110 de l'LRJS assenyalava el següent:

"1. Si l'acomiadament es declara improcedent, es condemna l'empresari a readmetre el treballador en les mateixes condicions que regien abans de produir-se l'acomiadament o, si s'ho estima més, a abonar-li una indemnització, la quantia de la qual s'ha de fixar d'acord amb el que preveu la lletra a de l'apartat 1 de l'article 56 del Text refós de la llei de l'Estatut dels treballadors, amb les particularitats següents:

a) La condemna comprèn, també, l'abonament de la quantitat a què es refereix la lletra b de l'apartat 1 de l'article 56 del Text refós de la llei de l'Estatut dels treballadors, amb les limitacions, si escau, que preveu l'apartat 2 d'aquest article i sense perjudici del que estableix l'article 57 de la Llei mateixa.

b) En l'acte de judici, la part titular de l'opció entre readmissió o indemnització pot anticipar la seva opció, per al cas de declaració d'improcedència, mitjançant l'expressa manifestació en aquest sentit, sobre la qual s'ha de pronunciar el jutge en la sentència, sense perjudici del que disposen els articles 111 i 112.

c) A sol·licitud de la part demandant, si consta que no es pot fer la readmissió, es pot acordar, en cas d'improcedència de l'acomiadament, donar per feta l'opció per la indemnització en la sentència declarant extingida la relació en la mateixa sentència i condem-

nant l'empresari a abonar la indemnització per acomiadament, calculada fins a la data de la sentència, i els salaris de tramitació, quan escaiguin, fins a aquesta data.

d) En els acomiadaments improcedents de treballadors la relació laboral dels quals sigui de caràcter especial, la quantia de la indemnització és la que estableix, si escau, la norma que reguli aquesta relació especial.

2. En cas que es declari improcedent l'acomiadament d'un representant legal o sindical dels treballadors, l'opció prevista en el número anterior correspon al treballador.

3. L'opció s'ha d'exercitar mitjançant un escrit o una compareixença davant l'oficina del jutjat social, dins del termini de cinc dies des de la notificació de la sentència que declari l'acomiadament improcedent, sense haver d'esperar que sigui ferma, si és la d'instància.

4. Quan l'acomiadament és declarat improcedent per incompliment dels requisits de forma establerts i s'opta per la readmissió, es pot fer un nou acomiadament dins del termini de set dies des de la notificació de la sentència. Aquest acomiadament no constitueix una esmena del primitiu acte extintiu, sinó un nou acomiadament, que produirà efectes a partir de la data en què s'ha formalitzat."

Tot el que hem exposat fins aquí no impedeix que per conveni col·lectiu es pugui concedir el dret d'opció (STS d'11 de març de 1997) a tot treballador i no solament a l'empresari. I en cas que en el moment de dictar-se la sentència ja hagi vençut el termini del contracte, només és procedent la condemna a la indemnització (STS de 29 de gener de 1997).

1) La readmissió

La primera opció que té l'empresari és la readmissió del treballador, en les mateixes condicions que regien abans de produir-se l'acomiadament. Si s'opta per la readmissió, la relació laboral es restableix.

La readmissió es pot fer de manera regular o de manera irregular. En el primer cas es torna el treballador al seu lloc de treball, se li respecten totes les condicions (jornada, salari i lloc de treball) i se li abonen els salaris de tramitació. En el segon cas, la readmissió es fa en diferents circumstàncies de les que tenia el treballador abans de l'acomiadament. Si, malgrat haver optat per la readmissió, l'empresari no la du a terme o ho fa de manera irregular, el treballador pot interposar l'anomenat *incident de no-readmissió*, en què el jutge cita les parts a una audiència per verificar aquesta circumstància.

Juntament amb la readmissió, l'empresari ha d'abonar els salaris de tramitació, que són una quantitat igual a la suma dels salaris deixats de percebre des de la data de l'acomiadament fins a la notificació de la sentència que declari la improcedència de l'acomiadament o fins que el treballador hagi trobat una altra ocupació si aquella col·locació va ser anterior a aquesta sentència i l'empresari prova el que va percebre, per descomptar-ho dels salaris de tramitació.

La readmissió, però, s'ha de considerar vàlida i regular quan es reincorpori el treballador en les mateixes condicions que tenia abans de l'acomiadament, i això encara que no s'hagin satisfet els salaris de tramitació, que sempre es poden reclamar en l'execució de la sentència per acomiadament (STS de 4 de febrer de 1995).

Respecte dels salaris de tramitació cal tenir en compte que tenen una naturalesa indemnitzadora i volen compensar el treballador dels perjudicis que li origina l'acomiadament, ja que no ha percebut cap retribució des que es va produir (STS de 2 de desembre de 1992). Per això, si des d'aquest moment i durant la substanciació del procés presta serveis per a una altra empresa el sou que hagi percebut s'ha de deduir dels salaris de tramitació que corresponguin (STS de 14 de març de 1995), sempre que l'empresari n'acrediti la percepció. A més, no cal que el treballador trobi una altra ocupació per compte d'altri, sinó que n'hi ha prou que exerceixi una activitat per compte propi (STS de 22 de març de 1999) perquè es descomptin els salaris.

La percepció dels salaris de tramitació és incompatible si el treballador ha estat en incapacitat temporal durant el mateix període. També és incompatible la percepció dels salaris de tramitació amb les prestacions per desocupació (STS de 28 de març del 2003) corresponents al mateix període. Si el treballador ha cobrat prestacions per desocupació, es consideren cobrades indegudament, i l'empresari ha de comunicar a l'entitat gestora la readmissió, i ingressar les quantitats que en concepte de prestacions hagi percebut el treballador, duint-les-hi dels salaris de tramitació que li hagi d'abonar.

Alhora, l'empresari ha d'instar l'alta en la Seguretat Social, amb efectes des de la data de l'acomiadament, període que es considera d'ocupació cotitzada amb caràcter general. El subjecte responsable del compliment de l'obligació de cotitzar pels salaris de tramitació abonats com a conseqüència de processos seguits per acomiadament és l'empresari, sense perjudici del seu dret de reclamar, si escau, a l'Estat l'import d'aquests salaris i també les quotes relatives a aquests salaris que li puguin correspondre.

Si entre la data de presentació de la demanda per acomiadament fins que recau sentència transcorren més de noranta dies hàbils, l'empresari pot reclamar a l'Estat l'abonament dels salaris de tramitació corresponents al mateix temps que excedeixi aquests noranta dies amb la finalitat d'evitar veure's perjudicat pel retard en l'Administració de justícia (art. 57.1 ET i art. 116 i s. LRJS). Els dies són hàbils, exceptuant diumenges i festius, i el salari que s'ha de tenir en compte és el salari real, amb inclusió de pagues extres; en tot cas, i com a mínim, s'ha de percebre el salari fixat en el conveni col·lectiu, encara que la retribució real del treballador sigui inferior. L'inici de la responsabilitat de l'Estat té lloc el dia noranta-u des que es va presentar la demanda, i el límit és el mateix dia en què es dicta la sentència, no el de la notificació.

Ara bé, l'Estat no respon, malgrat que el jutge hagi excedit els noranta dies per a dictar la sentència per acomiadament, quan es produeix alguna de les circumstàncies següents (art. 119 LRJS):

- Quan el retard s'ha produït per un defecte en la presentació de la demanda (com ara la falta de celebració de la conciliació prèvia), que ha portat a esmenar-la, amb la consegüent paralització de les actuacions.
- Quan l'acte de conciliació i de judici hagi estat suspès de mutu acord entre les parts.
- Quan alguna de les parts hagi sol·licitat la suspensió del judici després d'al·legar la falsedat d'un document pel qual s'ha presentat una querella en via penal.

En tots aquests casos s'entén que el retard en el dictat de la sentència no és imputable a un retard de l'Administració de justícia, sinó a una actuació de les parts.

En els casos d'acomiadament en què els salaris de tramitació són per compte de l'Estat, hi són a càrrec també les quotes de la Seguretat Social corresponents a aquests salaris. La reclamació dels salaris esmentats, a la qual s'aplica el termini general d'un any de prescripció (STS de 19 de maig de 1993), correspon a l'empresari una vegada els ha abonat, o al treballador en cas que l'ocupador sigui insolvent. En tot cas, l'Estat només ha d'abonar els salaris de tramitació en el supòsit dels acomiadaments declarats improcedents, no en els declarats nuls (STS de 26 de desembre de 1990).

La demanda en reclamació a l'Estat dels salaris de tramitació ha d'anar precedida de l'oportuna reclamació prèvia, i s'ha de dirigir davant el jutjat que va conèixer del procés d'acomiadament. El judici només es dirigirà a declarar la procedència i quantia de la reclamació a l'Estat, i el jutge decidirà si l'excés dels noranta dies assenyalats correspon a l'empresari o a l'Estat (art. 116 a 119 LRJS).

2) La indemnització

La segona opció que té l'empresari és l'abonament d'una indemnització equivalent a trenta-tres dies de salari per any de servei, amb prorrateig per mesos dels períodes de temps inferiors a un any, fins a un màxim de vint-i-quatre mensualitats (art. 56.1 ET). Si l'empresari opta per la indemnització, no ha d'abonar al treballador salaris de tramitació.

Per al càlcul d'aquesta indemnització s'ha de tenir en compte el temps real de serveis prestats pel treballador en l'empresa, des de la data de l'ingrés fins a la de l'acomiadament, excepte un pacte que ho amplii (STS de 20 de febrer de

1990). Aquest període pot no coincidir amb l'antiguitat, ja que hi ha situacions (pensem en una excedència forçosa) que es tenen en compte per a l'antiguitat però que no computen per al càlcul de la indemnització.

Respecte del còmput de l'antiguitat en el cas de contractes temporals successius, a l'efecte del càlcul de la indemnització cal atènyer-se al temps del primer contracte, tant si hi ha hagut irregularitats en els contractes temporals successius com si no, sempre que es demostrï la unitat essencial del vincle. I en els treballadors fixos discontinus, només es computen a l'efecte d'antiguitat els períodes treballats realment.

Segons la jurisprudència (STS de 25 de febrer de 1993), el salari que ha d'actuar com a mòdul és el que ha percebut realment el treballador en el moment de l'acomiadament (en l'últim mes), o el que havia de percebre si era inferior. Aquest salari comprèn (STS de 13 de maig de 1991) el dels dies inhàbils i de les festes i s'hi han d'incloure la part proporcional de gratificacions extraordinàries, els salaris en espècie, les comissions etc. A més, el càlcul de la indemnització (STS de 17 de febrer de 1986) s'ha de fer tenint en compte els serveis prestats fins al dia de l'acomiadament i no fins al de la sentència que el declari improcedent. Queden excloses les millores voluntàries o els plans de pensions en el mòdul del salari diari.

El salari aplicable a la indemnització és el fixat en el conveni col·lectiu de l'activitat principal de l'empresa, a la qual correspon la càrrega de provar la incardinació de la seva activitat en aquest conveni. I en aquells casos en què el salari que el treballador ha de percebre és superior al que realment abona l'empresa, el càlcul de la indemnització s'ha de fer sobre aquell salari que correspongui legalment al treballador.

La indemnització té naturalesa reparadora i no sancionadora, està taxada en la llei, i no en cal sol·licitar l'increment perquè els perjudicis que ha tingut el treballador hagin estat suposadament més grans (STS de 7 de febrer de 1991). A més, la indemnització es calcula (STS de 7 de desembre de 1990) sobre el salari del moment de l'acomiadament i no experimenta variacions pels increments posteriors que es puguin establir per llei o per conveni col·lectiu.

En els supòsits de reducció de jornada per cura d'un menor, la indemnització s'ha d'establir sobre el salari corresponent a la jornada completa. I en els acomiadaments improcedents de treballadors la relació laboral dels quals sigui de caràcter especial, la quantia de la indemnització és establerta, si escau, per la norma que reguli aquesta relació especial.

4.4.3. L'acomiadament nul

Segons l'article 55.5 de l'ET:

“És nul l’acomiadament que tingui per mòbil alguna de les causes de discriminació prohibides a la Constitució o a la Llei, o bé es produeixi amb violació de drets fonamentals i llibertats públiques del treballador. També és nul l’acomiadament en els casos següents:

a) El dels treballadors durant el període de suspensió del contracte de treball per maternitat, risc durant l'embaràs, risc durant la lactància natural, malalties causades per embaràs, part o lactància natural, adopció o acolliment o paternitat a què es refereix la lletra *d* de l'apartat 1 de l'article 45, o el notificat en una data tal que el termini de preavis concedit finalitzi dins del període esmentat.

b) El de les treballadores embarassades, des de la data d'inici de l'embaràs fins al començament del període de suspensió a què es refereix la lletra *a*, i el dels treballadors que hagin sol·licitat un dels permisos a què es refereixen els apartats 4, 4 *bis* i 5 de l'article 37, o n'estiguin gaudint, o hagin sol·licitat o tinguin l'excedència prevista en l'apartat 3 de l'article 46; i el de les treballadores víctimes de violència de gènere per l'exercici dels drets de reducció o reordenació del seu temps de treball, de mobilitat geogràfica, de canvi de centre de treball o de suspensió de la relació laboral, en els termes i condicions que reconeix aquesta Llei.

c) El dels treballadors després d'haver-se reintegrat a la feina en finalitzar els períodes de suspensió del contracte per maternitat, adopció o acolliment o paternitat, sempre que no hagin transcorregut més de nou mesos des de la data de naixement, adopció o acolliment del fill.

El que estableixen les lletres anteriors és aplicable, llevat que, en aquests casos, es declari la procedència de l'acomiadament per motius no relacionats amb l'embaràs o amb l'exercici del dret als permisos i excedència assenyalats.”

I en els mateixos termes es pronuncia l'article 108.2 de l'LRJS.

Es considera nul, per tant, l'acomiadament que tingui per mòbil alguna de les causes de discriminació prohibides en la Constitució o en la llei, o bé es produeixi amb violació de drets fonamentals i llibertats públiques del treballador.

En aquest punt ens interessa aturar-nos en alguns dels drets fonamentals més importants, la vulneració dels quals pot determinar la nul·litat de l'acomiadament.

Pel que fa al principi d'igualtat i a la no-discriminació, són drets que s'han de respectar tant en el moment d'accedir a l'ocupació com al llarg de la vida del contracte. S'hi inclou qualsevol motiu de discriminació, això és, sexe, estat civil, edat, raça, condició social, idees religioses o polítiques, afiliació o no a un sindicat, raó de llengua, etc., i tampoc no hi pot haver discriminació per raó de disminucions físiques o psíquiques, sempre que el treballador estigui en condicions de dur a terme l'ocupació. Qualsevol acomiadament emparat en alguna d'aquestes causes seria nul.

Es considera nul l'acomiadament que vulneri el dret a la intimitat, a la llibertat ideològica i a la llibertat d'expressió del treballador. El dret a la intimitat s'ha d'entendre com aquell espai reservat als assumptes propis del treballador davant qualsevol interferència per l'empresari. El Tribunal Constitucional s'ha pronunciat en moltes sentències sobre aquest tema, i ha assentat una casuística important. Respecte del dret a la llibertat ideològica es planteja un problema especialment delicat quan el treballador presta servei en empreses amb

un determinat postulat ideològic (sindicats, partits polítics, institucions religioses), i hi ha una jurisprudència dispar a l'hora de justificar si el treballador ha de respectar l'ideari del centre o no.

També es considera nul l'acomiadament que vulneri la llibertat d'expressió del treballador, ja que és un dret fonamental que té el treballador com a ciutadà i que no perd pel fet de signar un contracte de treball, si bé l'ha d'exercitar d'acord amb els principis de bona fe, de manera que la llibertat d'expressió no empara expressions injurioses o vexatòries que excedeixin el dret de crítica. En cas contrari, un acomiadament, emparat en la llibertat d'expressió que té el treballador, és nul.

Entre els drets fonamentals la violació dels quals comporta la nul·litat de l'acomiadament, també hi ha el dret a la tutela judicial efectiva, i en concret l'anomenada *garantia d'indemnitat*. La garantia d'indemnitat vol evitar que l'exercici d'una acció judicial per un treballador contra el seu empresari (pensem en una reclamació de quantitat, per exemple) comporti, directament o encobertament, una represàlia (l'acomiadament) que el perjudiqui en l'àmbit de la seva relació laboral, de manera que aquesta garantia passa a formar part de l'entramat essencial de drets fonamentals que han de ser respectats al treballador després d'haver-se incorporat a l'empresa, on no solament no es perden els seus drets cívics a conseqüència de la subscripció del contracte de treball, sinó que fins i tot cal entendre que ha de sorgir una cautela protectora més gran respecte a alguns d'aquests drets, més susceptibles de ser lesionats, com passa amb la garantia de què parlem.

Respecte a la possible nul·litat de l'acomiadament pel fet que el treballador estigui en situació d'incapacitat temporal, el tema ja ha estat resolt en una doctrina unificada que està establerta en l'STS de 29 de gener del 2001, en la qual s'estableix que si bé és cert que l'article 14 de la CE es refereix a qualsevol altra condició o circumstància personal o social, com és la malaltia, "la referència de l'incís final a l'article 14 de la CE no es pot interpretar en el sentit que compregui qualsevol tipus de condició o de circumstància, com és la malaltia". La malaltia des d'una perspectiva estrictament funcional d'incapacitat per a treballar, que fa que el manteniment del contracte de treball del treballador no sigui considerat rendible per l'empresa, no és un factor discriminatori en el sentit estricte que té aquest terme en l'incís final de l'article 14 de la CE, encara que ho pugui ser en altres circumstàncies en què resulti apreciable l'element de segregació. En aquests casos l'acomiadament es pot qualificar de procedent o improcedent, en virtut que s'acrediti la realitat de la causa al·legada o no, i que aquesta sigui efectivament discriminatòria o no, però no constitueix en si mateixa una decisió discriminatòria. Per tot plegat, no es pot declarar la nul·litat de l'acomiadament des de la perspectiva dels drets fonamentals recollits en l'article 15 de la CE, drets que només es vulneren en cas que l'empresari

atempti contra la salut dels treballadors, però mai en cas de malaltia, situació que no té una protecció especial des d'un punt de vista constitucional, ni obliga l'empresari a mantenir la relació laboral en cas d'incapacitat temporal.

Respecte de la protecció especial que mereix la dona treballadora embarassada davant l'acomiadament, o en situacions relacionades amb l'embaràs i el part, cal acudir a les directives 76/207 CEE i 92/85/CEE, que permeten la declaració de nul·litat tant de situacions coetànies com de relacionades amb l'embaràs. En aquest sentit, els tribunals de justícia espanyols han entès que l'acomiadament d'una treballadora embarassada, sense causa, no es pot qualificar judicialment d'improcedent, sinó de nul (STS de 26 de febrer del 2004), perquè resulta discriminatori per raó de sexe (STC 41/2002 de 25 de febrer).

No obstant això, una de les qüestions més delicades ha estat la de determinar si era condició necessària per a qualificar de nul aquest acomiadament el fet que l'empresari tingués coneixement de l'embaràs de la treballadora. Sobre aquest tema, els tribunals (STS de 29 de febrer del 2008) van sostenir en un inici que solament calia qualificar de nul l'acomiadament de la treballadora embarassada si a l'empresari li constava o coneixia la situació d'embaràs. Aquesta jurisprudència, però, ha estat superada arran de l'STC 92/2008, de 21 de juliol, segons la qual l'acomiadament s'ha de qualificar de nul, encara que l'empresari no conegui la situació d'embaràs de la treballadora.

Per a alliberar el treballador de la difícil prova de la discriminació, la doctrina del Tribunal Constitucional desvia la càrrega de la prova, de tal manera que en l'acte de judici és l'empresari el qui ha de demostrar que l'acomiadament va obeir a "motius raonables", i el treballador ha d'aportar prèviament, almenys, la concurrència d'"indicis racionals" de discriminació. S'aplica el mateix règim a tots els acomiadaments que vulneren un dret fonamental.

Així, en matèria de vulneració de drets fonamentals, es produeix una alteració en les normes sobre la càrrega de la prova, de manera que d'acord amb el disposa l'article 181.2 de l'LRJS, constatada la concurrència d'indicis que s'ha produït la violació d'un dret fonamental invocat, correspon al demandat l'aportació d'una justificació objectiva i raonable, provada suficientment, de les mesures adoptades i de la proporcionalitat d'aquestes mesures.

Sobre això, l'STC 38/2005 assenyala que (per totes STC 188/2004):

"[...] perquè operi aquest desplaçament envers el demandat de *onus probandi*, no n'hi ha prou que el demandant titlli de discriminatòria la conducta empresarial, sinó que ha d'acreditar l'existència d'indicis que generin una raonable sospita, aparença o presumpció a favor d'aquest al·legat i, en vista d'aquesta prova, el demandat assumeix la càrrega de provar que els fets motivadors de la seva decisió són legítims o, encara sense justificar-ne la licitud, es presenten raonablement aliens a tot mòbil atemptatori de drets fonamentals. No s'imposa, per tant, al demandat la prova diabòlica d'un fet negatiu (la no-discriminació), sinó la raonabilitat i proporcionalitat de la mesura adoptada i el caràcter que té d'absolutament aliè a tot propòsit atemptatori de drets fonamentals."

L'acomiadament nul té l'efecte de la readmissió immediata del treballador, i per tant el restabliment de la relació laboral que al seu moment es va trencar per l'acomiadament (art. 55.6 ET).

I segons l'article 113 de l'LRJS:

"Si l'acomiadament és declarat nul, es condemna a la immediata readmissió del treballador amb abonament dels salaris deixats de percebre. La sentència s'ha d'executar de manera provisional en els termes establerts per l'article 297, tant si és recorreguda per l'empresari com si ho és pel treballador."

Naturalment, la nul·litat de l'acomiadament d'un treballador amb un contracte temporal no converteix el seu contracte en indefinit, sinó que cal reincorporar-lo fins al termini pactat. La readmissió immediata del treballador impedeix la substitució indemnitzadora, però és ben possible, quan es vulneri un dret fonamental, i es tramiti el procés per tutela de llibertat sindical i altres drets fonamentals, que el jutge condemni a més l'empresari a abonar una indemnització addicional pels perjudicis ocasionats.

D'altra banda, l'empresari ha d'abonar al treballador els salaris de tramitació, si bé alguna línia jurisprudencial (STS de 14 de març de 1995) ha admès que d'aquests salaris s'ha de descomptar el que ha percebut el treballador en una altra ocupació, per aplicació analògica del que es disposa per a l'acomiadament improcedent. No obstant això, no es pot imputar a l'Estat el pagament de salaris de tramitació pel fet que el jutge hagi trigat més de noranta dies a dictar sentència, ja que aquesta previsió legal se ceneix a l'acomiadament improcedent (STS de 23 de juliol de 1996). L'incompliment del deure de readmetre dóna lloc a mesures d'execució específiques.

En tot cas, les prestacions per desocupació cobrades pel treballador es consideren cobrades indegudament, i l'empresari ha de comunicar a l'entitat gestora la readmissió, i ha de reintegrar a aquesta entitat les quantitats que ha percebut el treballador en concepte de desocupació, que ha de deduir dels salaris de tramitació, i ha de cotitzar durant tot aquest període.

4.5. L'execució provisional de les sentències d'acomiadament contra les quals s'ha recorregut

En aquest aspecte cal distingir els casos següents:

- Que es recorri contra la sentència que declara la improcedència de l'acomiadament, en aquells casos en què l'opció entre readmissió o indemnització correspon a l'empresari.
- Que es recorri contra la sentència que declara la improcedència de l'acomiadament, en aquells casos en què l'opció entre readmissió o indemnització correspon al representant legal o sindical dels treballadors.

- Que es recorri contra la sentència que declara la nul·litat de l'acomiadament.

1) Si es recorre contra la sentència que declara la improcedència de l'acomiadament, l'opció exercitada per l'empresari té els efectes següents (art. 111 LRJS):

a) Si ha optat per la readmissió, amb independència de qui sigui el recurrent, aquesta s'ha de portar a efecte de manera provisional, en els termes que estableix l'article 297 de l'LRJS.

Segons aquest precepte:

“Quan en els processos en què s'exerciten accions derivades d'acomiadament o de decisió extintiva de la relació de treball la sentència en declari la improcedència i l'empresari que ha optat per la readmissió interposi algun dels recursos autoritzats per la Llei, aquest està obligat, mentre dura la tramitació del recurs, a satisfer el recorregut la mateixa retribució que percebia abans de produir-se aquells fets, i el treballador ha de continuar prestant serveis, tret que l'empresari s'estimi més fer l'abonament a què s'ha al·ludit sense cap compensació. Això que s'acaba de disposar també és aplicable quan, havent optat l'empresari per la readmissió, el recurs l'interposa el treballador. Si l'acomiadament és declarat improcedent i l'opció, corresponent al treballador, s'ha produït en favor de la readmissió, cal atènyer-se al que s'ha disposat anteriorment. I en tots aquests supòsits se suspèn el dret a la prestació per desocupació” (article 297 de l'LRJS).

b) Quan l'opció de l'empresari ha estat la indemnització, tant si el recurs és interposat per aquest com pel treballador, el treballador es considera en situació legal de desocupació involuntària segons el que es disposa en l'apartat 3 de l'article 208 de l'LGSS. Si la sentència que resol el recurs que ha interposat el treballador eleva la quantia de la indemnització, l'empresari, dins dels cinc dies següents al de la notificació, pot canviar el sentit de la seva opció i, en aquest cas, la readmissió retrotreu els efectes econòmics a la data en què va tenir lloc la primera elecció; a més, cal deduir de les quantitats que s'abonin per aquest concepte les que, si escau, ha percebut el treballador en concepte de prestació per desocupació. La quantitat esmentada, i també la corresponent a l'aportació empresarial a la Seguretat Social per aquest treballador, ha de ser ingressada per l'empresari en l'entitat gestora.

A l'efecte del reconeixement d'un futur dret a la protecció per desocupació, el període a què es refereix el paràgraf anterior es considera d'ocupació cotitzada.

Amb independència del sentit de l'opció exercitada, aquesta s'ha de donar per no feta si el Tribunal Superior, en resoldre el recurs, declara nul l'acomiadament. Quan es confirmi la sentència contra la qual s'ha recorregut, el sentit de l'opció no es podrà alterar.

2) Si es recorre contra la sentència que declara la improcedència de l'acomiadament d'un representant legal o sindical dels treballadors, l'opció exercitada per aquests representants té les conseqüències següents (art. 112 LRJS):

a) Quan el treballador ha optat per la readmissió, amb independència de quina sigui la part que recorri, cal atènyer-se al que disposa l'article 297 de l'LRJS en els termes que hem vist.

b) Si s'ha optat per la indemnització, tant si recorre el treballador com l'empresari, no és procedent la readmissió ni l'abonament de salaris mentre estigui pendent el recurs, si bé durant la substanciació del recurs el treballador es considera en situació legal de desocupació involuntària. Si la sentència que resol el recurs interposat per l'empresari disminueix la quantia de la indemnització, el treballador, dins dels cinc dies següents al de la notificació, pot canviar el sentit de la seva opció i, en aquest cas, la readmissió retrotreu els efectes econòmics a la data en què va tenir lloc la primera elecció; a més, cal deduir de les quantitats que s'abonin per aquest concepte les que, si escau, ha percebut el treballador en concepte de prestació per desocupació. La quantitat esmentada, i també la corresponent a l'aportació empresarial a la Seguretat Social per aquest treballador, ha de ser ingressada per l'empresari en l'entitat gestora.

A l'efecte del reconeixement d'un futur dret a la protecció per desocupació, el període a què es refereix el paràgraf anterior es considera d'ocupació cotitzada.

Amb independència del sentit de l'opció exercitada, aquesta s'ha de donar per no feta si el Tribunal Superior, en resoldre el recurs, declara nul l'acomiadament.

3) Si es recorre contra la sentència que declara la nul·litat de l'acomiadament, tant si ho fa l'empresari com el treballador, s'ha d'executar de manera provisional d'acord amb l'article 297 de l'LRJS, de manera que l'empresari queda obligat a pagar al treballador "la mateixa retribució que percebia abans" i el treballador queda obligat a continuar prestant serveis "tret que l'empresari s'estimi més fer l'abonament a què s'ha al·ludit sense cap compensació".

4.6. L'incident de no-readmissió

Si, havent optat l'empresari per la readmissió del treballador acomiadat, l'empresari no compleix aquesta readmissió, el treballador pot sol·licitar l'execució de la decisió davant el jutjat social (aquesta mateixa sol·licitud és procedent quan la readmissió es fa de manera irregular), en el que s'anomena incident de no-readmissió (art. 280 i s. LRJS).

El jutge cita les parts, que han d'aportar les proves que aquell estimi pertinents i han de ser examinades pel jutge esmentat sobre la no-readmissió o readmissió irregular. Comprovada pel jutge l'absència o irregularitat de la readmissió, ha de dictar una interlocutòria en què declari extingida la relació laboral i

condemni l'empresari a pagar una indemnització de trenta-tres dies de salari per any de servei fins a un màxim de vint-i-quatre mensualitats, això és, la indemnització prevista en l'article 56.1 de l'ET com a alternativa a la readmissió.

A aquesta indemnització, l'article 281.2.b de l'LRJS n'hi addiciona una altra de complementària destinada a reparar el perjudici per la no-readmissió o readmissió irregular. Aquesta indemnització addicional es xifra fins a quinze dies de salari per any de servei fins a un màxim de dotze mensualitats.

Al costat d'aquesta modalitat d'execució (mitjançant indemnització), hi ha una altra execució específica consistent en el fet que la sentència s'ha de complir "en els seus propis termes". L'article 282 de l'LRJS inclou dos supòsits en què aquesta execució és procedent:

- L'acomiadament improcedent del treballador amb càrrec representatiu o sindical en l'empresa que hagi optat per la readmissió.
- L'acomiadament declarat nul.

Si l'empresari incompleix la readmissió (excepte en el cas de tancament d'empresa), el jutge, oïdes les parts, pot ordenar la reincorporació de l'acomiadat en el termini de tres dies; si es torna a incomplir la readmissió, el jutge ha d'acordar les mesures següents (art. 283 i 284 LRJS):

a) Que el treballador mantingui el salari, amb la mateixa periodicitat i quantia que la declarada en la sentència, amb els increments que per via de conveni col·lectiu o norma estatal es produeixin fins a la data de la readmissió degudament (i encara que presti serveis en una altra empresa mentrestant, segons l'STS de 13 de març de 1991).

b) Que el treballador continuï d'alta i cotitzant a la Seguretat Social, situació que l'empresari ha de posar en coneixement de l'entitat gestora o servei comú als efectes oportuns.

c) Que si el treballador acomiadat és un representant legal o sindical dels treballadors, mantingui les funcions representatives, i ha d'advertir l'empresari que, si impedeix aquest exercici o hi posa algun obstacle, la seva conducta serà a més sancionable d'acord amb la LISOSm4_10079Art. 284.c LRJS..

Com a derivació possible de l'execució d'una sentència en què es declari extingit un contracte de treball, l'LRJS preveu el llançament del treballador que ocupi un habitatge cedit per l'empresa (art. 285 LRJS), el jutge ha de declarar extingida la relació laboral i acordar que s'abonin al treballador les indemnitzacions previstes per a l'acomiadament improcedent, i també els salaris deixats de percebre. I en els casos de declaració de nul·litat de l'acomiadament per

assetjament laboral, sexual o per raó de violència de gènere, la víctima també pot optar per extingir la relació laboral, amb el corresponent abonament de la indemnització i salaris de tramitació.

Resum

L'acomiadament disciplinari és la sanció més greu que pot imposar l'empresari a un treballador i sol anar precedit de la comissió per part del treballador de tot un seguit de faltes qualificades de molt greus pel conveni col·lectiu. Perquè un empresari pugui acomiadar mitjançant aquesta modalitat, cal que el treballador hagi incomplert les obligacions laborals de manera greu i culpable. Sobre aquest tema s'han de fer tres observacions:

a) S'ha de tractar d'un incompliment del contracte, respecte de les obligacions que n'emanen d'ell, de manera que no es poden sancionar incompliments aliens a l'àmbit laboral, tret que repercuteixin greument en la prestació de serveis.

b) S'ha de tractar d'un incompliment greu.

c) S'ha de tractar d'un incompliment culpable. A aquesta culpabilitat hi al·ludeix l'article 54.2 de l'ET amb conceptes com, per exemple, que les faltes a la feina siguin "injustificades" o que la disminució del rendiment sigui "voluntària".

Malgrat la redacció del precepte "es consideren incompliments contractuals", estem davant una llista tancada de causes imputables al treballador. Són les següents:

1) Faltes repetides i injustificades d'assistència o de puntualitat. En aquesta causa cal diferenciar "falta d'assistència" de "falta de puntualitat". La falta d'assistència equival a la incompareixença a la feina durant una o unes quantes jornades. En canvi, la falta de puntualitat no afecta a tota la jornada i es pot produir per haver arribat tard a la feina, per haver-se'n anat d'hora o per haver-se'n absentat injustificadament durant la jornada. En tot cas, l'absència o la falta de puntualitat ha de ser injustificada.

2) La indisciplina o desobediència. Sobre aquest tema cal dir que s'han de tractar d'ordres legítimes emeses per l'empresari o els qui tinguin poders directius; ara bé, en principi i segons la jurisprudència, tota ordre empresarial gaudeix de presumpció de legitimitat i el treballador l'ha de complir, tret que impliqui risc o tracte vexatori.

3) Ofenses verbals o físiques. En aquesta causa cal dir que la gravetat ha de ser valorada des d'una perspectiva laboral i no s'han de confondre les ofenses verbals amb el dret fonamental a la llibertat d'expressió que té el treballador.

4) La transgressió de la bona fe contractual i abús de confiança. Per *transgressió de la bona fe* s'hi ha d'entendre múltiples conductes, com ara l'engany a clients, el cobrament indegut de quantitats, la competència deslleial, la simulació de baixes mèdiques, o adormir-se a la feina.

5) Disminució continuada i voluntària en el rendiment. Aquesta disminució ha de ser voluntària, perquè si es produeix per causes no imputables al treballador (una ineptitud sobrevinguda) no pot ser objecte d'un acomiadament disciplinari.

6) Embriaguesa habitual o toxicomania. Ara bé, només és causa d'acomiadament disciplinari quan totes dues "repercuteixen negativament en la feina".

7) L'assetjament a l'empresari o a companys de feina.

Com a regla general, l'acomiadament s'ha de fer en un determinat termini, ja que, transcorregut aquest termini, les faltes prescriuen. L'acomiadament s'ha de notificar per escrit al treballador, i hi han de figurar els fets que el motiven i la data en què produirà efectes. La comunicació escrita rep el nom de *carta d'acomiadament* i la finalitat que té és que el treballador tingui coneixement de la decisió empresarial i que hi pugui reaccionar judicialment. En la carta hi ha de figurar la "data en què l'acomiadament produirà efectes". Aquesta data no ha de coincidir necessàriament amb la de la carta, si bé no pot produir mai efectes abans que el treballador conegui la decisió empresarial. La data d'acomiadament obre els terminis per a poder demandar per acomiadament. El termini és de caducat i és de vint dies hàbils. En la carta hi han de figurar els fets que la motiven, de manera que permetin al treballador defensar-se contra aquests fets.

Si l'acomiatat és un representant dels treballadors, cal que se segueixi un expedient contradictori, en el qual s'exigeix que es doni audiència a l'interessat i a la resta de membres de la representació. A més d'aquesta peculiaritat, per conveni col·lectiu es poden exigir altres requisits de forma, a més dels previstos en la norma. L'empresari que incompleixi algun d'aquests requisits de forma pot fer, en el termini de vint dies comptats a partir de l'endemà de l'anterior, un nou acomiadament que compleixi els requisits omesos, tret que el treballador hagi interposat la demanda. Durant aquest període ha de pagar al treballador els salaris meritats i l'ha de mantenir d'alta en la Seguretat Social. L'acomiadament pot ser qualificat pel jutge com a procedent, improcedent o nul:

a) L'acomiadament és procedent quan quedi acreditat en el judici l'incompliment al·legat per l'empresari en la carta d'acomiadament. Aquesta declaració judicial en la sentència comporta la convalidació de l'extinció del contracte, que s'entén des de la data de l'acomiadament. El treballador no té dret a indemnització ni a salaris de tramitació.

b) L'acomiadament és improcedent quan no quedi acreditat en el judici l'incompliment al·legat per l'empresari en la carta d'acomiadament o quan la forma no s'ajusta als requisits assenyalats abans. Si l'acomiadament és declarat improcedent, l'empresari, en el termini de cinc dies des de la notificació de la sentència, pot optar:

- Per la readmissió del treballador, amb abonament dels salaris de tramitació, que és una quantitat igual als salaris deixats de percebre des de la data de l'acomiadament fins a la notificació de la sentència que declari la improcedència de l'acomiadament o fins que hagi trobat una altra ocupació si aquesta col·locació és anterior a la sentència esmentada i l'empresari prova el que va percebre, per descomptar-ho dels salaris de tramitació.
- Per una indemnització de trenta-tres dies de salari per any de servei prestat en l'empresa, amb prorrateig per mesos dels períodes inferiors a un any i fins a un màxim de vint-i-quatre mensualitats.

c) L'acomiadament és declarat nul quan té per mòbil alguna de les causes de discriminació prohibides en la CE o en la llei, o bé es produeix amb violació de drets fonamentals i llibertats públiques del treballador. L'acomiadament dels treballadors és nul durant el període de suspensió del contracte de treball per maternitat, risc durant l'embaràs, adopció o acolliment, i el de les treballadores embarassades, des de la data d'inici de l'embaràs fins a la del començament del període de suspensió del contracte. Naturalment, tot això és aplicable, tret que es declari la procedència de l'acomiadament per motius no relacionats amb l'embaràs o amb l'exercici del dret als permisos i a les excedències assenyalats. En cas de declaració de nul·litat, l'empresari està obligat a la readmissió immediata del treballador, amb abonament dels salaris deixats de percebre.

Exercicis d'autoavaluació

1. Si en una carta d'acomiadament disciplinari no consta la data en què tindrà efectes, aquest acomiadament serà qualificat judicialment...

- a) d'improcedent.
- b) de nul.
- c) d'inexistent.
- d) d'irregular.

2. L'acomiadament d'un treballador es pot qualificar...

- a) de procedent.
- b) de radicalment nul.
- c) d'irregular.
- d) d'anòmal.

3. A qui correspon l'opció entre readmissió i indemnització en un acomiadament improcedent?

- a) Sempre a l'empresari.
- b) A l'empresari, o al treballador si es tracta d'un representant legal dels treballadors.
- c) A qui determini l'òrgan judicial en la sentència.
- d) Sempre al treballador.

4. En el dret del treball espanyol, l'acomiadament és...

- a) causal.
- b) tàcit.
- c) col·lectiu.
- d) anul·lable.

5. Si la sentència condemna l'empresari a la readmissió del treballador acomiadat i a l'abonament dels salaris deixats de percebre, es tracta d'un acomiadament...

- a) improcedent.
- b) nul.
- c) procedent.
- d) anul·lable.

6. Quin dels supòsits següents no és causa d'acomiadament disciplinari?

- a) Les faltes repetides i justificades d'assistència a la feina.
- b) La desobediència en la feina.
- c) La disminució continuada i voluntària en el rendiment normal del treball.
- d) La transgressió de la bona fe contractual.

7. Si l'acomiadament es fa amb inobservança dels requisits formals, l'empresari pot fer un nou acomiadament en el termini de...

- a) set dies a comptar des de l'endemà del primer acomiadament.
- b) quinze dies a comptar des de l'endemà del primer acomiadament.
- c) vint dies a comptar des de l'endemà del primer acomiadament.
- d) vint dies a comptar des de l'endemà que ho declari així el jutge.

8. Si s'acomia una treballadora embarassada de sis mesos, l'acomiadament és...

- a) irregular.
- b) improcedent.
- c) nul.
- d) nul, tret que es declari la procedència de l'acomiadament per motius no relacionats amb l'embaràs.

9. L'acomiadament tàcit és aquell en què...

- a) no s'especifiquen en la carta d'acomiadament els fets.
- b) no s'especifica en la carta d'acomiadament la data en què produeix efectes.

- c) l'empresari incompleix l'obligació de comunicar per escrit al treballador la seva voluntat d'acomiadar-lo.
- d) l'empresari compleix irregularment l'obligació de comunicar per escrit al treballador la seva voluntat d'acomiadar-lo.

10. Quan prescriuen les faltes dels treballadors?

- a) Les faltes lleus al cap de deu dies, les greus al cap de vint dies i les molt greus al cap de seixanta dies a partir de la data en què l'empresa va tenir coneixement que es van cometre.
- b) Les faltes lleus al cap de deu dies, les greus al cap de trenta dies i les molt greus al cap de seixanta dies a partir de la data en què l'empresa va tenir coneixement que es van cometre.
- c) Les faltes lleus al cap de vint dies, les greus al cap de quaranta dies i les molt greus al cap de seixanta dies a partir de la data en què l'empresa va tenir coneixement que es van cometre.
- d) Les faltes lleus al cap de deu dies, les greus al cap de vint dies i les molt greus al cap de sis mesos a partir de la data en què l'empresa va tenir coneixement que es van cometre.

Solucionari

Exercicis d'autoavaluació

1. a

2. a

3. b

4. a

5. b

6. a

7. c

8. d

9. c

10. d

Abreviatures

Art. Article

CE Constitució espanyola

CEE Comunitat Econòmica Europea

DLRT Decret llei de relacions de treball

ET Estatut dels treballadors

LGSS Llei general de Seguretat Social

LPRL Llei de prevenció de riscos laborals

LRJS Llei reguladora de la jurisdicció social

LOLS Llei orgànica de llibertat sindical

LISOS Llei d'infraccions i sancions en l'ordre social

RD Reial decret

STC Sentència del Tribunal Constitucional

STS Sentència del Tribunal Suprem

Bibliografia

- Diversos autores** (1992). *Estudios sobre el despido disciplinario*. Madrid: Ed. Acarl.
- Aguilera Izquierdo, R.** (1997). *Las causas de despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*. Pamplona: Ed. Aranzadi.
- Albiol Montesinos, I.** (1990). *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*. Bilbao: Deusto.
- Almansa Pastor, J. M.** (1968). *El despido nulo*. Madrid: Tecnos.
- Blanco Martín, J. M.** (1994). "La nueva regulación del despido disciplinario en la nueva legislación laboral". A: F. Valdés (dir.). *La reforma del mercado laboral*. Valladolid: Ed. Lex Nova.
- Cabeza Pereiro, J.** (1994). "El despido tácito". *Revista Española de Derecho del Trabajo* (núm. 64).
- Casas Baamonde, M. E.** (1995). "La calificación jurídica del despido. Despidos improcedentes y nulos". A: Diversos autores. *El régimen del despido tras la reforma laboral*. Madrid: Ed. Ibídem.
- Ciscart Bea, N.** (1998). *El despido por embriaguez y toxicomanía*. Barcelona: Bosch.
- Cruz Villalón, J.; Gorelli Hernández, J.** (2004). *El despido. Análisis y aplicación práctica*. Madrid: Ed. Tecnos.
- Garate Castro, J.** (1994). *Los salarios de tramitación*. Madrid: Ed. Acarl.
- Lahera Forteza, J.** (1996). *La carga de la prueba en el proceso de despido disciplinario*. Madrid: Ed. La Ley.
- Marín Correa, J. M.** (1992). "La afiliación sindical y la nulidad del despido". *Actualidad Laboral* (núm. 26).
- Marín Moral, I.** (2003). *La indemnización por despido*. Pamplona: Ed. Aranzadi.
- Martín Valverde, A.; Rodríguez Sañudo, F.; García Murcia, F.** (2011). *Derecho del Trabajo* (pàg. 748-765). Madrid: Ed. Tecnos.
- Mella Méndez, L.** (1999). *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*. Granada: Ed. Comares.
- Riera Vayreda, C.** (1999). *El despido nulo*. València: Ed. Tirant lo Blanch.
- Rodríguez Sañudo, F.** (1990). "La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido". A: Diversos autores. *Cuestiones actuales de Derecho del trabajo. Estudios ofrecidos al profesor Alonso Olea*. Madrid: Ed. MTSS.

