



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

EL CASTIGO EN LAS RELACIONES DE TRABAJO

Un replanteamiento dogmático de las sanciones laborales

LA PUNIZIONE NEL RAPPORTO DI LAVORO

Una ristrutturazione dogmatica delle sanzioni disciplinari

PEDRO SÁNCHEZ PÉREZ

Directora: Prof^a. Dra. D^a. MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO

MADRID, 2019

ÍNDICE

<u>INTRODUZIONE</u>	9
<u>SECCIÓN PRIMERA.- PARTE GENERAL. PREMISAS DOGMÁTICAS</u>	17
CAPÍTULO I.- LAS DIVERSAS REACCIONES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO AL INCUMPLIMIENTO DEL TRABAJADOR. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LAS SANCIONES LABORALES Y SU RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD CIVIL	19
I. Planteamiento	19
II. Origen y fundamento del poder disciplinario. La comunión entre el contrato y la institución como presupuesto determinante de la potestad sancionadora	20
<i>II.1.- Teoría contractualista originaria</i>	<i>21</i>
<i>II.2.- Teoría institucionalista</i>	<i>23</i>
<i>II.3.- Teorías mixtas, o la necesidad de una completa visión de la realidad social</i>	<i>28</i>
III. Concepto y naturaleza de las sanciones de trabajo. Una propuesta dual en atención a su estructura normativa	33
<i>III.1. La incompleta concepción del poder disciplinario como derecho subjetivo</i>	<i>35</i>
<i>III.2. Las sanciones laborales como manifestación del poder privado del empresario. Adecuación plena de la figura jurídica a la naturaleza de las relaciones de trabajo</i>	<i>43</i>
IV. Anclaje constitucional del poder disciplinario del empleador	49
V. Acerca de la incompatibilidad de la responsabilidad civil en el ámbito laboral. El poder sancionador como único mecanismo de respuesta ante los incumplimientos del trabajador	52

CAPÍTULO II.- LA VINCULACIÓN HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO SANCIONADOR DEL TRABAJO63

I. Planteamiento63

II. Vinculación horizontal de los Derechos fundamentales. La extensión sustantiva a las relaciones entre particulares y el especial papel de la relación laboral64

II.1.- Conceptualización histórica de los Derechos fundamentales. De dinamizadores de las relaciones sociales a limitadores del poder estatal, y vuelta al inicio.....64

II.2.- El papel de la Constitución y de sus Derechos fundamentales en la sociedad actual. La vinculación horizontal desde una perspectiva jurídica y sociológica.....66

II.3.- El Gran Debate: ¿cómo opera la vinculación horizontal?74

II.3.A. La desvirtuación de la vinculación horizontal por la mediación del poder público, o la teoría mediata74

II.3.B. La teoría inmediata de la vinculación horizontal. Casuística en la eficacia *inter privatos* de los Derechos fundamentales y especial mención a las garantías sancionadoras en el poder disciplinario empresarial80

III. Eficacia *inter privatos* de los Derechos fundamentales. Su protección jurisdiccional desde la perspectiva de las sanciones empresariales.....92

III.1.- El camino hacia la jurisdicción constitucional: el Poder Judicial como primer garante de los Derechos fundamentales.....92

III.2. El pronunciamiento constitucional. Recurso de amparo y problemáticas inherentes al fallo del Tribunal Constitucional97

SECCIÓN SEGUNDA.- PARTE ESPECIAL. GARANTÍAS INHERENTES A LA SANCIÓN LABORAL.....103

CAPÍTULO III.- EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. LOS REQUISITOS PARA UNA ADECUADA CONFORMACIÓN DE LA SANCIÓN Y CIERTAS EXIGENCIAS RESPECTO A SU APLICACIÓN.....105

I. Planteamiento105

II. El principio de legalidad en Derecho penal. Una aproximación a su contenido poliédrico107

II.1.- Reserva de ley. El instrumento jurídico hábil para tipificar las penas..107

II.2.- ¿Cómo debe ser esta ley? El mandato de determinación como corsé de la libertad legislativa.....110

II.3.- La vinculación o exigencia de sometimiento a la ley. El mandato de tipicidad.....112

II.4.- La delimitación temporal de las leyes penales. Irretroactividad y ultraactividad de las normas desfavorables, y retroactividad de las más beneficiosas para el reo115

III. La proyección del principio de legalidad en las sanciones laborales. Su reconocimiento parcial y propuestas para una consagración completa118

III.1.- Acerca del anclaje constitucional del principio de legalidad y la problemática del tenor literal del artículo 25.1 CE.....118

III.2.- ¿Qué norma? El instrumento idóneo para establecer las sanciones laborales.....120

III.3.- ¿Cómo se configura la norma? La proyección del mandato de determinación al poder disciplinario privado.....130

III.4.- ¿Qué efectos emanan de la norma? La obligatoria sujeción al instrumento normativo o el principio de tipicidad.....138

III.5.- ¿Hasta cuándo se aplica la norma? La problemática de la (ir)retroactividad.....140

IV. Efectos y consecuencias de la vulneración del principio de legalidad143

IV.1.- Nulidad por vulneración de Derechos fundamentales. La tradicional reparación empresario-trabajador en el Derecho del trabajo144

IV.2.- Sanción impuesta con base en una norma inconstitucionalidad. La responsabilidad del legislador y los entes colectivos de carácter privado.....144

IV.2.A.- Responsabilidad extracontractual de los negociadores del convenio colectivo.....149

IV.2.B.- Responsabilidad extracontractual del Estado-legislador153

CAPÍTULO IV.- LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO PRINCIPAL GARANTÍA SANCIONADORA EN LA IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN...157

I. Planteamiento157

II. Ámbito subjetivo de la presunción de inocencia. La ineludible asunción de la concepción amplia en atención a su contenido158

II.1.- Bandazos en la jurisprudencia y doctrina constitucional que finalizan en la (ahora) tradicional concepción estricta.....159

II.2.- La necesidad de conocer el contenido de la presunción de inocencia para analizar su titularidad, o la concepción amplia (remisión).....163

III. Contenido de la presunción de inocencia. Una garantía sancionadora tanto procesal como materialmente.....164

III.1.- Nuevas fronteras que apoyan la vertiente material de presunción de inocencia. El influjo del Convenio Europeo de Derechos Humanos165

III.2.- La vertiente procesal de la presunción de inocencia. Más allá de parciales y fragmentadas presunciones legales.....168

III.2.A.- La presunción de inocencia como regla probatoria en Derecho público. Una mirada a su plena operatividad.....170

III.2.B.- La presunción de inocencia como regla probatoria en el ámbito privado. La ineludible procedimentalización adicional de la sanción y otras garantías conexas173

III.2.B.1.- Admisibilidad de la prueba de indicios 182

III.2.B.2.- <i>La ineludible exigencia de legalidad probatoria</i>	183
IV.- Efectos de la vulneración del principio de presunción de inocencia y procedimentalización del conflicto	184
V.- <i>Excursus</i> acerca de la valoración de la prueba y la ausencia de un principio similar al <i>in dubio pro reo</i>	187
VI.- Sanciones penales y sanciones laborales. Régimen conexo en el ordenamiento jurídico social	190
VI.1.- <i>¿Qué pasa con mi puesto de trabajo? Consecuencias laborales de la comisión de un ilícito penal, o la necesidad de salvaguardar la presunción de inocencia en el conjunto del ordenamiento jurídico</i>	191
VI.1.A.- <u>El discutido despido disciplinario por ausencias reiteradas e injustificadas al puesto de trabajo, y por transgresión de la buena fe contractual</u>	194
VI.1.B.- <u>Otras posibilidades: inidoneidad de la dimisión del trabajador, y necesidad de acoger la causa de extinción por fuerza mayor (<i>factum principis</i>)</u>	198
VI.2.- <i>Imposición conjunta de una sanción penal y otra laboral por la comisión del mismo hecho. Tramitación paralela de procedimientos</i>	200
CAPÍTULO V.- EL PAPEL DE LA PROPORCIONALIDAD EN LAS SANCIONES LABORALES: PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, REINCIDENCIA Y <i>NON BIS IN ÍDEM</i>	209
I. Planteamiento	209
II. El principio de proporcionalidad en sentido estricto	210
II.1.- <i>Las garantías constitucionales de proporcionalidad y su contenido en el ámbito jurídico-penal</i>	210
II.2.- <i>El principio de proporcionalidad en Derecho del trabajo. Acerca de la legitimación estatal de las sanciones laborales y su nivel de influencia</i>	216

<u>II.2.A.- Proporcionalidad en la configuración de la sanción. Más límites a la potestad normativa del legislador y de los agentes colectivos</u>	218
<u>II.2.B.- La proporcionalidad en la imposición de las sanciones laborales. Sobre los parámetros tradicionales de control y la necesidad de superarlos</u>	220
III.- Especial consideración de la reincidencia. De elemento constitutivo de sanción independiente a parámetro valorativo integrante del juicio de proporcionalidad	228
IV. El tratamiento jurídico-constitucional del principio <i>non bis in ídem</i> y su incidencia en las sanciones laborales	232
<i>IV.1.- Fundamento y contenido jurídico-público del principio non bis in ídem</i>	232
<u>IV.1.A.- El presupuesto de la identidad de hechos para la aplicación del principio</u>	233
<u>IV.1.B.- La vertiente procesal del contenido jurídico-público del principio non bis in ídem</u>	236
<u>IV.1.C.- La manifestación sustantiva del principio non bis in ídem y la proporcionalidad como su fundamento preferente</u>	241
<i>IV.2.- El Derecho del trabajo, las sanciones laborales, y la problemática sobre la garantía constitucional de non bis in ídem</i>	243
<u>IV.2.A.- Concurrencia de sanción penal y laboral</u>	247
<u>IV.2.B.- Dualidad de sanciones laborales. Impacto sobre los casos típicos donde se aplica el non bis in ídem, e imposibilidad legal de que el ordenamiento jurídico lo infrinja</u>	255
CAPÍTULO VI.- LA IMPUTACIÓN DE LA FALTA AL TRABAJADOR CUANDO LA SANCIÓN EXIGE UN RESULTADO	261
I. Planteamiento	261

II. La necesidad de una teoría de imputación y su sustrato social	262
III. Imputación objetiva. La forzosa trascendencia de la causalidad natural en las sanciones laborales	264
<i>III.1.- Creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, o la necesidad de interpretación teleológica respecto a la conducta prohibida por la norma...</i>	<i>265</i>
<i>III.2.- El juicio de imputación stricto sensu: la concreción del riesgo en el resultado.....</i>	<i>270</i>
IV. Imputación objetiva de la conducta omisiva en los supuestos de comisión por omisión.....	272
V. El requisito de imputación subjetiva. La necesidad de reprochabilidad análoga al ordenamiento jurídico penal y el alejamiento definitivo de los parámetros civiles.....	276
<u>CONCLUSIONI</u>	283
<u>ANEXO I.- INTRODUCCIÓN</u>.....	301
<u>ANEXO II.- CONCLUSIONES</u>	309
<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	327

EL CASTIGO EN LAS RELACIONES DE TRABAJO. UN REPLANTEAMIENTO DOGMÁTICO DE LAS SANCIONES LABORALES

Pedro Sánchez Pérez

El presente trabajo se ocupa del poder disciplinario, la manifestación más intensa del poder empresarial que puede ejercer el sujeto dominante de la relación de trabajo. Y es que es importante conocer de qué hablamos cuando hablamos de una sanción empresarial. Tradicionalmente se ha entendido que se trata de una potestad privada emanada directamente del contrato de trabajo, pero esta concepción no casa bien con el contenido material de tal figura jurídica, que consiste en la imposición de medidas aflictivas al trabajador desde una posición de superioridad jerárquica, de autoridad. Por ello, en este trabajo se propone un replanteamiento de la concepción de sanción laboral, acudiendo a una posición normativista del concepto sanción en virtud de las herramientas que para ello nos ofrece la filosofía del Derecho. De esta forma, caracterizaremos las sanciones laborales como mecanismos duales, que tienen una vertiente privada, de potestad, en la que tradicionalmente se ha centrado la doctrina; y una vertiente sancionadora, aflictiva, que se proyecta sobre el trabajador una vez que el empleador ha ejercitado su poder. En consecuencia, a través de esta argumentación ofreceremos un mayor anclaje argumental a las posiciones que definen esta figura jurídica como auténticas sanciones, y ello sin olvidar su vertiente privada.

Conceptualizadas como tales, resta analizar las consecuencias lógicas de esta calificación, que no pueden pasar sino por un tratamiento profuso de las garantías que rodean a la imposición de sanciones, acercándolas a las de carácter público. Ya en la práctica judicial este proceso de aproximación se viene realizando, si bien de forma fragmentada e incoherente. En este estudio, habida cuenta del anclaje teórico precedente, se analiza detalladamente cada una de las garantías sancionadoras públicas, y se hace un proceso de adaptación de cada una de ellas a la relación de trabajo, de tal forma que se acomode al ámbito privado en que se desenvuelve. Este proceso nos permite ofrecer un contenido garantista, plenamente protector de los trabajadores, pero sin que ello suponga el establecimiento de requisitos exorbitantes al empleador que obstaculicen o perturben la relación privada de forma relevante (sin olvidar, así, la vertiente tradicional del poder disciplinario).

Hablaremos, por tanto, de legalidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, *non bis in idem*... y estableceremos el adecuado punto de equilibrio entre la potestad empresarial y el carácter sancionador subyacente al poder disciplinario. Este carácter novedoso en el tratamiento doctrinal de las garantías sancionadoras nos conduce a reparar en algunas cuestiones que no habían sido objeto de atento estudio en el ámbito jurídico-laboral (como la posibilidad de que los sujetos negociadores del convenio colectivo incurran en responsabilidad extracontractual por conformar incorrectamente los preceptos sancionadores), o bien que no habían recibido una respuesta satisfactoria de conformidad con las garantías sancionadoras (como la necesidad de replantear la efectividad del Convenio 158 OIT en nuestro ordenamiento jurídico a fin de salvaguardar la presunción de inocencia del trabajador). Pero, en todo caso, más allá de estas cuestiones singulares, se ofrece una sistematización clara del contenido de cada una de las garantías sancionadoras y se propone un replanteamiento del mismo cuando su tratamiento habitual se aparta frontalmente del contenido esencial de cada una de los derechos fundamentales en que se consagran tales garantías dentro del ámbito jurídico-público, toda vez que, precisamente por su carácter de derechos fundamentales, tienen un contenido único y una posición prevalente en nuestro ordenamiento jurídico.

INTRODUZIONE

L'ordinamento giuslavoristico rappresenta una disciplina speciale avente ad oggetto la prestazione di lavoro, ma anche la dimensione umana in cui essa si sviluppa. Secondo la letteratura classica, quando l'operaio assolve ai compiti per i quali è stato assunto sta, in realtà, dando sé stesso, perché non può separare il suo servizio dalla propria persona¹. Per questo motivo, pur trovando la sua origine nel diritto civile, il suo particolare oggetto fa sì che il diritto del lavoro si configuri come una legge speciale nei confronti di quello, pur mantenendo intimi legami con il primo, ciò che spiega il ruolo sussidiario che il diritto comune attualmente riveste (art. 4.3 CC)². Tuttavia, al di là di questi ancoraggi al diritto civile, data la molteplicità dei conflitti che il diritto del lavoro deve risolvere, lo stesso sviluppa autonomamente i propri istituti giuridici quando necessario, oppure adotta costruzioni giuridiche proprie di altri rami dell'ordinamento, qualora servano allo scopo. La manifestazione della singolarità del diritto del lavoro è, ad esempio, la strumentalizzazione della rappresentanza collettiva degli agenti sociali; vengono poi utilizzati anche strumenti importati da altri settori dell'ordinamento, quale il diritto amministrativo, come è reso manifesto dalla disciplina del pubblico impiego, o nella regolamentazione delle istituzioni pubbliche deputate alla tutela del lavoratore (FOGASA, Inspección de Trabajo y Seguridad Social, o Administración laboral).

Uno degli istituti che hanno avuto la loro genesi in altri settori dell'ordinamento giuridico e che non ha avuto un approfondimento teorico così ampio nella nostra dottrina (fatta salva la presenza di opere di capitale importanza come quelle di CREMADES o di FERNÁNDEZ LÓPEZ³) è quello del potere disciplinare. In effetti, è stato costantemente ritenuto che questo potere non costituisca una manifestazione propria ed esclusiva dell'ambito lavorativo, ma che fosse il riflesso degli istituti giuridici in esso incorporati. All'origine di questa incorporazione è stato preso in considerazione il regime civile. Il potere disciplinare sarebbe quindi uno degli strumenti che il sistema delle obbligazioni metterebbe a disposizione del creditore (il datore di lavoro) per garantire la prestazione

¹ SINZHEIMER, H (trad. LISO, F.) "La democratizzazione del rapporto di lavoro", in *Giornale di Diritto del lavoro e di relazioni industriali*, Franco Angeli Editore, n° 2, 1979, pp. 220-223.

² GARCÍA BECEDAS, G. *Introducción al Derecho español del trabajo. Caracteres y fundamento*, Civitas, 1993, pp. 245-246.

³ CREMADES SANZ-PASTOR, B. M. *La sanción disciplinaria en la empresa (estudio de la responsabilidad disciplinario-laboral del trabajador)*, Instituto de Estudios Políticos, 1969; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, 1991.

dovuta. Ed è indubbio che il potere disciplinare è uno strumento derivato dal contratto di lavoro che serve a questo scopo. Ma non è solo questo. Rappresenta, altresì, un regime sanzionatorio e, di conseguenza, la manifestazione più intensa della distribuzione del potere all'interno dell'azienda. Sanzione e potere.

Da un lato, in quanto potere, parlare di sanzioni sul lavoro equivale a parlare di democrazia. In particolare, di democrazia industriale, definita come le procedure volte all'assunzione di decisioni a carattere economico nell'ambito delle imprese. Questo concetto di democrazia ha una doppia prospettiva: in primo luogo, la prospettiva esterna, che si occupa della partecipazione alla politica economica dell'azienda⁴, e in secondo luogo, la prospettiva interna, che è quella rilevante ai fini del presente lavoro. In effetti, la democrazia industriale interna attiene alla struttura del potere nell'azienda, la distribuzione del potere imprenditoriale inerente al rapporto di lavoro all'interno di una società capitalistica⁵. Nella misura in cui il potere disciplinare è la massima e più singolare espressione del potere imprenditoriale, la propria configurazione indica come il potere è distribuito all'interno dell'azienda; distribuzione del potere che il nostro Stato riconosce e legittima, con la conseguenza che in nessun caso potrà essere attribuito al datore di lavoro un potere illimitato nei confronti del lavoratore.

Le condizioni che il datore di lavoro deve rispettare al fine di imporre un provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore subordinato rappresentano altrettante limitazioni al potere disciplinare, inizialmente illimitato, di cui può disporre e mostrano come il potere è distribuito in azienda, ossia in che misura il sistema del lavoro adottato nel nostro modello sociale può essere qualificato come democratico⁶.

⁴ Sulla prospettiva esterna della democrazia industriale cfr., *amplius*, VALDÉS DAL-RÉ, F. "Democracia industrial en Europa: balance de un debate" en AAVV. *Estudios de Derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, 1980, pp. 487-521; POOLE, M. *Hacia una nueva democracia industrial: la participación de los trabajadores en la empresa*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995.

⁵ GARCÍA BECEDAS, G. *Democracia y relaciones laborales: (programación nacional, política de inversiones y contrato de trabajo)*, Akal, 1982, p. 53. Sul punto si veda, altresì, facendo riferimento alla prospettiva interna, ma prescindendo da tale nomenclatura, APARICIO TOVAR, J; BAYLOS GRAU, A. "Autoridad y democracia en la empresa" en AAVV (dirs. APARICIO TOVAR, J; BAYLOS GRAU, A). *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, 1992, pp. 9-15.

⁶ La democrazia economica, che comprende la democrazia industriale, richiede un'elevata dose di libertà rispetto al potere economico detenuto impresa. Vedi SINZHEIMER, H. *Op.cit.*, pp. 232-233. E' proprio questo fenomeno che si verifica quando il datore di lavoro deve rispettare un maggior numero di requisiti per sanzionare il lavoratore, requisiti che derivano dalle garanzie che la legge mette a sua disposizione semplicemente perché è a lui che viene imposta una misura sanzionatoria.

D'altra parte, quale forma di sanzione, il potere disciplinare incorpora connotazioni che lo allontanano dal sistema della responsabilità civile per trasformarlo in un istituto giuridicamente diverso. Anche se il potere disciplinare è una conseguenza del contratto di lavoro (quantunque provenga da una realtà sociologica anteriore alla sua perfezione), al di là della fonte da cui trae origine la sua struttura è un chiaro riflesso di misure simili che nel nostro ordinamento giuridico costituiscono delle vere e proprie sanzioni. L'esempio più chiaro è il sistema penale, dove al carattere di sanzione si incorporano le connotazioni proprie dell'esercizio dello *ius puniendi*. Le conseguenze giuridiche previste nell'ordinamento penale non sono delle semplici sanzioni, bensì *pene*, nella misura in cui incorporano la manifestazione pubblica nella loro imposizione. Al di là di questa particolarità, l'istituto giuridico è lo stesso del sistema sanzionatorio del diritto del lavoro. Le pene sono sanzioni, come quelle imposte dal diritto del lavoro, con la differenza che le prime sono imposte da un ente pubblico, mentre le seconde sono imposte da una delle parti contraenti, da un privato. Concludendo, il potere disciplinare è una parte del sistema del diritto del lavoro che incorpora costruzioni elaborate in altri settori dell'ordinamento e, più specificamente, sia del regime della responsabilità civile sia del regime sanzionatorio, prospettiva quest'ultima che, sorprendentemente, è stata orfana di un ampio sviluppo sistematico e dottrinale.

E' proprio questo vuoto dottrinale che si vuole colmare con l'opera che viene presentata. Gli studi relativi al potere disciplinare si sono concentrati sul suo regime civilistico, rivendicandone l'aspetto privato e relegando su di un piano secondario il carattere sanzionatorio dello stesso. Ma le sanzioni aziendali non possono essere comprese senza integrare questa visione con il loro carattere propriamente sanzionatorio, senza prendere in considerazione congiuntamente la loro "parte privata" e la loro "parte pubblica". La prova che un'analisi di questo tipo è necessaria nella dottrina spagnola è fornita da banche dati che mostrano la dura realtà sotto forma di procedimenti giudiziari. Insistentemente, le garanzie sanzionatorie sono state applicate in modo disaggregato alle sanzioni di lavoro, in modo confuso e senza seguire un chiaro ordine sistematico; ciò rende necessario fare luce su una situazione così difficile da un punto di vista scientifico, per spiegare come vengono applicate le garanzie sanzionatorie e, soprattutto, perché. Un'analisi complementare di questo tipo, incentrata sulla parte più trascurata delle sanzioni di lavoro ma senza tralasciare la natura privata della sanzione, è qualcosa di nuovo nella nostra dottrina scientifica. Anche se ci troviamo nell'ambito di un tema di ricerca classico, questa prospettiva modifica l'approccio tradizionale, identificando un

prisma da cui non avevamo mai guardato prima, facendo emergere nuove linee guida e offrendo nuove conclusioni.

In breve, questo studio cerca di riaprire un dibattito che ritenevamo esaurito, proponendo alternative che permettono di allontanarsi dalla strada segnata dall'influenza del diritto comune. Si tratta di allargare la prospettiva dell'analisi, di ossigenare una discussione appesantita dai luoghi comuni dove finivano i percorsi segnati da una dimensione ius-privatista, pressoché esclusiva. Come diceva ALAIN SUPIOT parlando del lavoro del giurista, *si hay las líneas precisas, es posible olvidar a quienes las trazan, y apostar todo en los espacios que dibujan, o incluso contravenir las reglas del juego para tratar de ganar. Cabe asumir el riesgo. A eso se le llama libertad*⁷. Ma non si può vincere ad ogni costo, poiché il rigore scientifico e l'operare secondo le linee guida della disciplina giuridica sono indispensabili. In questa prospettiva, il giro di vite che si intende dare all'oggetto della ricerca si avvale della necessaria influenza di altri settori dell'ordinamento, che ci permette di aprire questi orizzonti, di acquisire i concetti e le conoscenze che garantiscono l'integrazione delle lacune che, per loro stessa natura, il diritto del lavoro deve colmare. Da qui il necessario sviluppo multidisciplinare contenuto in questo studio, che rappresenta una delle mie principali linee guida metodologiche, influenzandone il risultato finale.

In questo contesto, e in vista di questi obiettivi, il lavoro è diviso in due parti ben distinte. Nella prima parte, che copre i primi due capitoli, sono stabilite le premesse metodologiche che consentono di sviluppare in dettaglio le garanzie che vengono effettuate successivamente. E fin dal primo capitolo è possibile apprezzare il contenuto trasversale e multidisciplinare del lavoro. Così, l'inizio della ricerca si concentra sull'analisi dell'origine e della natura del potere disciplinare, per cui sarà inevitabile portare avanti l'importantissimo lavoro di H.L.A.HART⁸ per identificare questo potere con una sanzione e con un diritto soggettivo, sostenendo questa proposizione con gli strumenti che la Filosofia del Diritto ci offre. Questo ci permetterà di esaminare i dettagli di questo regime binario, nonché la possibilità di considerarlo compatibile con il sistema di responsabilità civile contrattuale nell'ambito del diritto del lavoro, ciò che, come vedremo, è di difficile realizzazione. Il secondo capitolo, d'altra parte, focalizza lo studio

⁷ SUPIOT, A. *Crítica del Derecho del trabajo*, Presses Universitaires de France, 1994 (trad. GIL Y GIL, J.L., Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996), p. 299.

⁸ HART, H.L.A. *The concept of law*, Oxford University Press, 1961 (trad. CARRIÓ, G.R. Ed. Nacional, 2ª edición reimpressa), 1980.

sulle garanzie sanzionatorie stesse; poiché la maggior parte di esse sono sancite come diritti fondamentali, è essenziale sviluppare la teoria dell'immediato collegamento orizzontale di questi diritti, cioè verificare se essi possono (e, in caso affermativo, come) essere estrapolati ad un rapporto giuridico privato come il rapporto di lavoro. In questo modo, come si tenterà di dimostrare, le garanzie pubbliche tradizionalmente penali devono essere applicate al diritto privato, anche se devono passare attraverso il setaccio del collegamento orizzontale per adeguarle alla natura e alla struttura stessa del rapporto di lavoro.

Stabilite le premesse metodologiche, la seconda parte del lavoro, che raggruppa gli ultimi quattro capitoli, tratta di ciascuna delle principali garanzie sanzionatorie e, sulla base delle considerazioni sviluppate in precedenza, cerca di elaborare una solida dottrina che affronti la vera natura delle sanzioni nell'ambito del rapporto di lavoro e delle garanzie sanzionatorie. In questo senso, verrà analizzata sia la configurazione di una sanzione del lavoro sia le modalità di imposizione da parte del datore di lavoro, tenendo conto dei requisiti derivanti dai principi di legalità (Capitolo III), presunzione di innocenza (Capitolo IV) e proporzionalità e ne bis in idem (Capitolo V). Un cenno particolare va fatto al requisito della proporzionalità, in quanto è l'unico che si discosta parzialmente dalla suddetta metodologia, in quanto non deriva direttamente da un diritto fondamentale. Tuttavia, questo non impedisce un'operazione analoga a quella effettuata nel resto delle garanzie, poiché si tratta di un requisito derivato dalla configurazione di base del nostro Stato⁹. Infatti, il ruolo di mediazione dello Stato è fondamentale per consentire l'applicazione delle sanzioni del lavoro nel nostro ordinamento giuridico: esse sono riconosciute e legittimate dallo Stato, ma sempre nel rispetto dei suoi principi e valori costituzionali.

L'ultimo Capitolo (il VI) tratta della necessità di introdurre la teoria della responsabilità oggettiva nel campo della disciplina del lavoro. Il contenuto di questo capitolo si discosta in parte dai precedenti perché non si riferisce ad una garanzia stricto sensu, ma al modo in cui un risultato dannoso per l'azienda può essere imputato alla condotta del lavoratore, sempre che quest'ultimo abbia agito con colpa e che, quindi, gli si dovrebbe comminare una sanzione. Ci allontaniamo dall'ambito delle garanzie, ma, nella misura in cui si tratta di un aspetto delle sanzioni sul lavoro che non prevede alcun

⁹ Configurazione di base che deriva dagli articoli 1.1 e 10.1 CE. Come è noto, il primo di questi precetti stabilisce il carattere dello Stato sociale e democratico di diritto, mentre il secondo si riferisce alla dignità della persona come uno dei fondamenti basilari dell'ordine politico e della pace sociale.

trattamento dottrinale, il suo contributo in questo studio è perfettamente giustificato per offrire una visione completa di come si dovrebbe imporre una sanzione sul lavoro. Nel complesso, è sufficiente sottolineare ora che, sebbene possa essere considerata capricciosa, l'eventuale applicazione della teoria dell'imputazione oggettiva alle sanzioni nell'ambito del rapporto di lavoro deriva dalla necessità di sviluppare una teoria dell'imputazione speciale per ambito, come è avvenuto in altri settori dell'ordinamento giuridico, come nel caso della responsabilità extracontrattuale.

Per il resto, è importante sottolineare che il contenuto offerto in questo lavoro non è totalmente nuovo o creativo nelle sue basi concettuali e apicali, prendendo come guida adeguata al suo sviluppo le linee guida giuridiche e giudiziarie disponibili, anche se integrate e collegate in modo parzialmente originale. Infatti, come indicato sopra, la prassi giudiziaria riconosce che le sanzioni nel rapporto di lavoro sono investite di alcune manifestazioni delle suddette garanzie. Infatti, alcune di tali garanzie sono riconosciute da determinati precetti legali. Ma si tratta di manifestazioni parziali che offrono una visione incompleta di queste garanzie e del loro adattamento alla sanzione nel rapporto di lavoro come categoria dogmatica. Si parla di tipicità, proporzionalità, presunzione di innocenza, senza sapere qual è l'estensione di tali garanzie o perché dovrebbero essere applicate. L'obiettivo primario, ma essenziale, di questo studio è quello di ottenere una coerente elaborazione dogmatica in virtù di un metodo chiaramente induttivo, basato sulle manifestazioni parziali che possiamo trovare dei meccanismi sanzionatori inerenti al potere disciplinare dell'impresa per arrivare ad una solida costruzione. Il risultato è la caratterizzazione della sanzione in quanto tale, che ci permette di stabilire premesse che si concluderanno con un'adeguata comprensione delle garanzie, indicandoci fino a che punto ci si può spingere e, in accordo con questo sviluppo, cosa aggiungere o modificare nell'ordinamento gius-lavoristico per offrire uno sviluppo totale e adeguato dei principi sanzionatori. In altre parole, la natura dell'istituto deve essere compresa correttamente per potersi pronunciare con cognizione di causa sulle garanzie che lo circondano e, naturalmente, sul suo contenuto.

Questo è l'unico modo per interpretare la vera importanza della dogmatica. Come disse Platone nella bocca di Socrate nel *Menón*, la conoscenza scientifica differisce da una opinione nel fatto che la prima è legata al fondamento, al motivo logico-ontologico che sostiene la proposizione che viene enunciata. Come conseguenza di questa connessione, la scienza è una conoscenza che rimane, mentre la semplice opinione, per

quanto corretta, è effimera perché non ha alcun fondamento¹⁰. Pertanto, se da un lato possiamo avere opinioni, anche corrette, sull'applicazione dei principi sanzionatori applicabili sul posto di lavoro, solo dopo aver indagato sulla natura del potere disciplinare possiamo collegare con assoluta certezza i principi sanzionatori a questo istituto.

Per concludere, è importante sottolineare che questa costruzione dogmatica intende avere una certa rilevanza nei tempi futuri, senza limitarsi ad essere una remora del passato inapplicabile alle nuove realtà del mondo del lavoro. Molto è stato scritto (e bene) sugli effetti che le nuove tecnologie possono avere sul rapporto di lavoro e, più in particolare, sul suo nucleo fondamentale: sui concetti di datore di lavoro e lavoratore¹¹. Se è vero che le nuove realtà ci costringono a ripensare il modo in cui viene offerto il lavoro, in qualsiasi società capitalistica un lavoratore continuerà ad essere un lavoratore¹². E questo facilita l'applicazione dei principi dogmatici qui proposti in materia di sanzioni sul lavoro anche in tale nuovo contesto, anche se può essere necessario qualche piccolo adattamento nello schema di base elaborato a seguito, appunto, delle modifiche introdotte dalle nuove tecnologie. Ciò è direttamente collegato all'effetto facilitatore della conciliazione della vita personale, lavorativa e familiare determinata dalle nuove tecnologie, rendendo più flessibile l'offerta di lavoro (nonché, inevitabilmente, con la corresponsabilità come la fase più avanzata in questo campo). Lo studio proposto è consapevole di queste circostanze, sollevando la questione nella garanzia specifica in cui può essere problematica: ossia, nel principio di legalità. E viene offerta una soluzione ragionata, coerente con il resto dello studio, e che non implica alcuna perdita dello standard di protezione del lavoratore.

¹⁰ PLATÓN. “Menón” in PLATÓN, *Diálogos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 523.

¹¹ A titolo meramente esemplificativo possono vedersi TODOLÍ SIGNES, A. *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, 2017; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L. “Plataformas, microworkers y otros desafíos del trabajo en la era digital” in AAVV. (coord. MORA CABELLO DE ALBA, L; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L). *El futuro del trabajo que queremos*, Bomarzo, 2017, pp. 105 y ss.

¹² Questo argomento è quello che sta alla base della posizione dottrinale che difende una certa modificazione degli indici del rapporto di lavoro, ma senza doverne considerare l'alterazione. Vedi CRUZ VILLALÓN, J. “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, n° 138, 2017, pp. 13 y ss; CRUZ VILLALÓN, J. “El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo”, *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, n° 83, 2018, pp. 13 y ss. Da altro lato, parlando sulla *voluta novitá* degli documenti della OIT e del CESE che parlano sul futuro del Diritto del lavoro, vedi MOLINA NAVARRETE, C. “Esencia y existencia de las relaciones de trabajo y de su derecho en la era digital: ¿y si el futuro estuviera en lo clásico? Al maestro J. Vida Soria, in memoriam”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, n° 432, 2019, p. 8.

Per concludere questa introduzione, dopo queste brevi riflessioni e considerazioni sull'oggetto dello studio, non resta che invitarvi ad approfondire il suo contenuto. Al di là delle conclusioni finali raggiunte, l'obiettivo è quello di porre le basi per un dibattito aperto su un tema che (contrariamente a quanto potrebbe sembrare) non è del tutto chiuso, per ripensare le vecchie idee e indicare le basi di quelle nuove; in breve, per fornire argomenti per ripensare il potere disciplinare. Se questi obiettivi saranno raggiunti, lo sforzo non sarà sprecato e contribuirà al progresso scientifico e dogmatico degli elementi strutturali della nostra disciplina, indipendentemente dal fatto che le soluzioni che qui vengono offerte siano o meno condivise.

**SECCIÓN PRIMERA.- PARTE GENERAL.
PREMISAS DOGMÁTICAS**

**CAPÍTULO I.- LAS DIVERSAS REACCIONES DEL ORDENAMIENTO
JURÍDICO AL INCUMPLIMIENTO DEL TRABAJADOR.
CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LAS SANCIONES LABORALES Y SU
RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

I. Planteamiento

En este capítulo, profundizaremos en la figura del poder disciplinario del empleador dentro de la relación de trabajo, a partir de varias fases. En la primera de ellas, estudiaremos su fundamento, de dónde viene este poder, lo que nos situará ante la contraposición de dos teorías: la teoría contractualista y la teoría institucionalista. Ambas han intentado explicar de forma unitaria el surgimiento de tal poder, pero se encuentran ante dificultades insalvables, lo que ha determinado que se influyan recíprocamente dando lugar a las llamadas teorías mixtas. Éstas toman el contrato de trabajo como elemento imprescindible para el reconocimiento de tal poder, pero a su vez entienden que su existencia es consecuencia de un elenco de facultades que trascienden el marco contractual.

Posteriormente al análisis del fundamento del poder disciplinario, debemos estudiar su naturaleza, qué es el poder disciplinario. Para responder a esta pregunta, debemos hacer frente a otra discusión doctrinal que es reflejo de la anterior: el poder disciplinario como derecho subjetivo, o el poder disciplinario como poder privado. Atendiendo a las normas reguladoras de esta figura jurídica, verificaremos por qué su régimen es un régimen dual, constituido por una vertiente de derecho subjetivo desde la perspectiva empresarial que cuando se proyecta sobre la esfera jurídica del trabajador reviste una naturaleza sancionadora. Esta última concepción del poder disciplinario como sanción emanada de un poder privado nos dará ocasión de poner de manifiesto la especial subordinación existente entre los intervinientes en el contrato que se produce en este ámbito particular: una primera consecuencia de la natural desigualdad de partes propia del ámbito social, producida por encontrarnos en un ámbito lógicamente previo al intercambio mercantil como es la relación de producción, y una segunda consecuencia de la propia estructura normativa de las reglas que disciplinan la conducta del trabajador en la empresa. Esta especial subordinación nos permitirá reparar en la gran proximidad existente entre las sanciones públicas y las privadas, cuyo único elemento diferenciador estribaría en la naturaleza pública o privada de quien las impone. A fin de completar este análisis, realizaremos una breve referencia a la constitucionalización del poder disciplinario del

empresario, consagrado en los artículos 33 y 38 CE, si bien el recurso al primero de ellos podría ser objeto de crítica si su contenido no coincidiera con la libertad de organización del proceso productivo, sino que se centrara en la apropiación de los frutos de tal proceso.

Finalmente, a la luz de lo expuesto en los epígrafes precedentes, será totalmente necesario sostener la inaplicabilidad de la responsabilidad contractual en el ámbito de las relaciones laborales. Si bien este tradicional medio de responsabilidad viene siendo reconocido por los tribunales laborales, el reconocimiento de la sanción privada como sistema de responsabilidad único podría darnos argumentos para sostener que la alegada subsidiariedad de la normativa civil podría decaer, habida cuenta de la diferencia cualitativa entre ambos sistemas de responsabilidad.

II. Origen y fundamento del poder disciplinario. La comunión entre el contrato y la institución como presupuesto determinante de la potestad sancionadora

El poder disciplinario del empleador en la relación de trabajo surge con el paso a los sistemas de producción en fábrica, al haberse superado el *putting-out system*, un sistema productivo en el que cada trabajador producía de forma individual y posteriormente entregaba el resultado al empleador. Al estandarizarse el sistema de producción en fábrica, es el empleador quien controla el proceso productivo, sustrayendo esta capacidad al trabajador (quien la ostentaba en el modelo anterior)¹³.

Y es que el modelo de producción en fábricas tiene como una de sus causas importantes la necesidad de contar con un régimen disciplinario para el adecuado mantenimiento del proceso productivo, ya que era el único sistema que permitía el control de la actividad laboral acabando con las situaciones en las que el trabajador llevaba a cabo conductas maliciosas echándolo por tierra¹⁴. La estrecha relación entre el poder disciplinario y la relación de las partes se manifiesta desde el momento en que se reflexiona sobre su surgimiento histórico, pero a pesar de ello, una de las cuestiones más debatidas en la doctrina al tratar el poder disciplinario ha sido el de su fundamento, la

¹³ DURÁN LÓPEZ, F. “Las garantías del cumplimiento de la prestación laboral: el poder disciplinario y la responsabilidad contractual del trabajador”, *Revista de política social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 123, 1979, pp. 6 a 8.

¹⁴ *Ídem*, pp. 8 y 9; MORENO DE TORO, C. “Poder disciplinario, proporcionalidad y discrecionalidad en la imposición de las sanciones. Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha, de 7 de junio de 2005”, *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, nº 101, 2009, p. 256.

identificación de un elemento determinante en la posición jurídica de las partes en la relación de trabajo que determina su existencia desde un punto de vista ontológico.

En este contexto, se han formulado una serie de teorías que se mueven entre el contrato de trabajo y la integración en un orden institucional como elementos determinantes. Y no es casualidad que se acuda a ellos, toda vez que son el reflejo de los elementos más característicos de cada una de las culturas jurídicas que más han influido en Europa. De un lado, la *cultura romanista*, que pone el foco en la igualdad de partes, en la relación de trabajo como una operación de intercambio entre sujetos formalmente iguales en el marco del propio derecho de obligaciones, relación que se instrumentaliza a partir de un contrato. Y de otro, la *cultura germánica*, que explica la relación laboral a partir de un vínculo del trabajador con la comunidad de trabajo como reflejo del sustrato comunitarista que subyace a todo su ordenamiento jurídico. Esta inspiración en la comunidad únicamente se puede entender remontándose a los antecedentes históricos que inspiran la conformación del Derecho germánico, ya que se trata de una lejana influencia del vínculo personal que se puede hallar en la relación de vasallaje (figura jurídica que llega hasta la Revolución industrial)¹⁵.

II.1.- Teoría contractualista originaria

Desde una perspectiva lógica (que no necesariamente cronológica), la primera teoría es la que se pronuncia en favor del contrato de trabajo como base del poder disciplinario. Posteriormente la doctrina ha vuelto a rescatar esta idea, si bien con algunos matices de conformidad con el desarrollo que iremos detallando, por lo que denominaremos a esta teoría *contractualista originaria*. Según ella, la concurrencia de voluntades determina la existencia del contrato, pero este contrato se limita al intercambio de trabajo por la remuneración pactada sin otros elementos integradores, lo que implica que el empleador pueda sancionar al trabajador estableciendo un elenco de incumplimientos contractuales que resulten sancionables.

De esta forma, el contrato de trabajo tiene una función legitimadora de la sanción impuesta: será válida en tanto en cuanto haya una cláusula contractual que la prevea como consecuencia del incumplimiento del trabajador. Consecuentemente, la intervención

¹⁵ Véase, en extenso, SUPLOT, A. *Crítica del Derecho del trabajo*, Presses Universitaires de France, 1994 (trad. GIL Y GIL, J.L., Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996), pp. 29 y ss. En un sentido similar, BAYLOS GRAU, A. *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Trotta, 1991, pp. 20-24.

judicial vendrá limitada a observar el cumplimiento de las reglas que surgen del acuerdo entre las partes, el cumplimiento de las reglas que rigen el poder privado de imposición de la sanción, emanadas del propio contrato de trabajo¹⁶.

Las críticas a esta teoría han sido varias. Por un lado, se ha afirmado que el poder sancionador no puede nacer por la mera rúbrica del contrato de trabajo, porque si nada se pacta sobre el sistema sancionador será imposible que se produzca su nacimiento. Por mucho que exista un acuerdo de voluntades donde se intercambie trabajo por dinero el propio contrato puede no establecer las previsiones y las reglas según las cuales se rige el poder privado, en cuyo caso tendremos una efectiva prestación laboral de servicios sin régimen sancionador. Otras críticas hacen referencia a las consecuencias prácticas del establecimiento de un modelo puramente contractualista: así, se ha afirmado que el papel del juez quedaría limitado a constatar el cumplimiento de las reglas contempladas, sin poder valorar otros elementos como puede ser la proporcionalidad de la sanción impuesta, lo que vaciaría de contenido la actuación judicial¹⁷. Finalmente, que si es el propio contrato de trabajo el fundamento del poder privado, y el elemento que lo delimita, se podrían producir desigualdades en el régimen disciplinario que pudieran sufrir unos trabajadores frente a otros, lo que sería contrario al buen orden en la empresa¹⁸.

Además, atacando al núcleo del fundamento sancionador, se ha afirmado que las sanciones a imponer exceden del mero marco contractual al penalizarse conductas que nada tienen que ver con la diligencia o la prestación de servicios del trabajador en un sentido estricto, como puede ser el insulto o la agresión de un compañero de trabajo, tipificados como causa de despido en el artículo 54.2.a ET, y esta posibilidad no queda

¹⁶ El origen de esta doctrina puede situarse en la jurisprudencia francesa de finales del s. XIX, tal como se señala en FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, 1991, pp. 24 y 25. Fue una doctrina que en Francia se extendió hasta el año 1954, donde la *Cour de cassation* dictó una resolución en la que desestimaba un recurso contra una sentencia que declaró injustificado un despido al haberse ejecutado por hechos que no revestían la gravedad suficiente. Así se señala, al hilo de la proporcionalidad sancionadora, en AUTIÉ, D. *La rupture abusive du contrat de travail*, París, 1955, p. 49. Esta obra tiene un valor reforzado al analizar la jurisprudencia de la época, por la posición privilegiada en que se encontraba el autor, al ser Secretario judicial de la *Cour de cassation*. En el mismo sentido que FERNÁNDEZ, véanse RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. *El poder disciplinario y la negociación colectiva*, Comares, 2008, pp. 1 y 2; POQUET CATALÁ, R. *La actual configuración del poder disciplinario empresarial*, Tirant lo Blanch, 2011, p. 25.

¹⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *Op.cit.*, pp. 25; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. *Op.cit.*, p. 2; POQUET CATALÁ, R. *Op.cit.*, p. 26.

¹⁸ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. *Op.cit.*, p. 2; POQUET CATALÁ, R. *Op.cit.*, p. 26.

adecuadamente subsumida bajo un fundamento puramente contractual del poder disciplinario¹⁹.

En definitiva, esta construcción no es más que una ficción que se sitúa de espaldas a la realidad social, ya que el trabajador no aceptará libre y voluntariamente someterse a un sistema de sanciones cuyo titular es el empleador. Admitir este fenómeno sin reparar en que es consecuencia de la desigual posición de los contratantes de la relación de trabajo nos sitúa ante una posición difícilmente conciliable con el día a día de las relaciones subordinadas²⁰.

Como reacción a un modelo que presenta todos estos defectos, se alza la teoría institucionalista, que pretende encontrar el fundamento del poder disciplinario en un elemento que quede fuera del propio contrato de trabajo.

II.2.- Teoría institucionalista

La teoría institucionalista sugiere que el fundamento del poder disciplinario se encuentra en la integración del trabajador en la esfera jerarquizada y organizada (institución) de la empresa, que no deriva de forma necesaria del contrato de trabajo aunque se suele producir a través de él. En el momento en el que el trabajador se inmiscuye en la esfera organizativa de otro, aceptando su subordinación, surge el poder disciplinario. El empresario organiza a sus trabajadores y los medios materiales de los que dispone con el fin de lograr un determinado fin, y para ello es preciso que toda conducta que se aparte de lo exigido para su consecución (la buena marcha de la empresa) sea sancionado por el director de la organización²¹.

De esta forma, al contrario que en la teoría contractualista, aquí sí podemos vislumbrar la desigualdad de partes propia del contrato de trabajo (un trabajador que se

¹⁹ GIL Y GIL, J.L. *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, Ministerio de justicia, 1993, p. 48. Cuando judicialmente se ha reparado en esta cuestión, se ha afirmado que el motivo de que se sancionen estas conductas es su vinculación, directa o indirecta, a la *relación laboral*. Como podemos comprobar, se sale del estricto marco contractual para estudiar la conducta desde un parámetro de relación jurídica en sentido amplio, resultando inadecuada la perspectiva estrictamente contractual. Véase la STS de 21 de septiembre de 2017 (rec. 2397/2015), FJ 2.2.

²⁰ DURÁN LÓPEZ, F. *Op.cit*, p. 15.

²¹ MARAVALL CASESNOVES, H. “Evolución del poder reglamentario en la empresa”, *Revista de política social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 3, 1949, p. 17; MESQUITA, L. J de. “El poder disciplinario laboral” (trad. González Rothvoss), *Revista de política social*, nº 9, 1951, pp. 9 y 23 y ss; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *Op.cit*, p. 27; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. *Op.cit*, pp. 3 y 4; POQUET CATALÁ, R. *Op.cit*, pp. 26 y 27.

subordina a una posición dominante del empleador, del titular de la organización jerarquizada y organizada para la que se prestan servicios), describiendo mejor la realidad social que en la mera observancia del contrato de trabajo como único fundamento del poder empresarial²². Además, se superan las objeciones que se pueden realizar a la teoría contractualista: por una parte, no se requiere que el poder disciplinario esté expresamente previsto en el contrato de trabajo e incluso, al ser el fruto de un poder privado que surge como consecuencia de las propias posiciones de los intervinientes en la relación, judicialmente se podrá controlar de acuerdo a los parámetros generales para ello, sin necesidad de someterse a las reglas predeterminadas por el acuerdo de voluntades entre empresario y trabajador²³.

Sin embargo, esta teoría tampoco se encuentra exenta de críticas. La primera de ellas proviene desde una perspectiva normativista, toda vez que esta concepción podría oponerse al tenor literal del artículo 58.1 ET, que habla del ejercicio del poder disciplinario por “la dirección de las empresas”, lo que iría frontalmente en contra de la visión de la empresa como una institución organizada. Pero con este inciso únicamente se está haciendo referencia al ejercicio del poder disciplinario, no a la fuente de la que emana, que es la empresa como institución. Y es que tal como se deriva del propio precepto²⁴, el poder disciplinario es un poder social, no individual del director de la empresa -quien formalmente lo ejerce-, ya que su ejercicio pretende lograr el bien de la colectividad, del conjunto de la empresa, y no de quien se sitúa a su frente²⁵. De ahí que la finalidad principal del poder disciplinario será el mantenimiento y la restitución del orden empresarial, sin perjuicio de que se persigan también la consecución de la

²² Tal como se ha señalado doctrinalmente, el poder disciplinario es un reflejo de esta desigualdad de partes. Véase POQUET CATALÁ, R. *Op.cit*, p. 18.

²³ POQUET CATALÁ, R. *Op.cit*, p. 27.

²⁴ *Ídem*, p. 31.

²⁵ MESQUITA, L. J de. *Op.cit*, pp. 23 y 24. El matiz reviste cierta importancia a la hora de estudiar el origen del poder disciplinario. La legitimación del poder social se produce precisamente por la identificación entre empresa y empresario, ya que éste arriesga en beneficio de la empresa sus propios bienes, lo que justifica la percepción de los frutos del trabajo y también la organización empresarial, emanando el haz de facultades organizativas y disciplinarias propias del empresario que están siendo objeto de análisis en este estudio. En este sentido, RIVERO LAMAS, J. *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, Universidad de Zaragoza, 1986, pp. 28 y 29.

prevención sobre las faltas que pudieran cometer el resto de los trabajadores, así como la corrección del infractor, como finalidades secundarias del poder disciplinario²⁶.

Además, también se ha criticado que esta teoría es contraria al tradicional e histórico conflicto de intereses entre empleador y trabajador que subyace a toda la rama social del Derecho, puesto que el trabajador integrado en un ámbito organizativo debería colaborar al fin común pretendido por la organización²⁷. Pero esta apreciación doctrinal es consecuencia de anclar a la teoría institucionalista una característica que no tiene, como es el hecho de integrarse en una comunidad *compartiendo sus objetivos*.

En efecto, con esta crítica se introduce en la teoría institucionalista una artificial identificación de la voluntad del trabajador con la consecución del fin último de la actividad empresarial, que es la buena marcha de la propia actividad mercantil. Pero el Derecho del trabajo se ocupa de una relación lógicamente previa al intercambio mercantil de la empresa, como son las relaciones jurídicas entre el empleador y el trabajador en el marco del proceso productivo, de tal suerte que la voluntad del trabajador no podrá extenderse más allá del ámbito natural sobre el que se proyecta su relación jurídica²⁸. Por ello, podemos afirmar que el conflicto de intereses entre empresario y trabajador es consustancial a las relaciones de trabajo que se desarrollan dentro del ámbito productivo en una sociedad industrial, relaciones en las que el trabajador pretenderá el consumo de los beneficios obtenidos mientras que el empresario pretenderá su inversión²⁹. Por tanto, siempre concurrirá en las relaciones laborales con independencia de la base teórica con la que se pretenda justificar su juridificación.

En pocas palabras, es simplemente la integración del trabajador en el proceso productivo el elemento determinante para la subsunción de la relación jurídica en la teoría institucionalista, y no el compartir sus objetivos. Un trabajador puede prestar sus servicios para una empresa sin esperar que a ésta le vaya bien, sino únicamente por motivos económicos.

²⁶ MESQUITA, L J de. *Op.cit*, pp. 12 a 14.

²⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *Op.cit*, p. 30; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. *Op.cit*, p. 6; POQUET CATALÁ, R. *Op.cit*, p. 27.

²⁸ KORSCH, K. *Lucha de clases y Derecho del trabajo*, 1922 (trad. VERMAL, J. L, Ariel, 1980), p. 10.

²⁹ KAHN-FREUND, O. *Trabajo y derecho*, Ministerio de trabajo y Seguridad Social, 1987, pp. 63 a 65; RIVERO LAMAS, J. *Op.cit*, pp. 45 y 46.

Aun así, existe otra crítica a la teoría institucionalista que incurre en el mismo error de incorporar a la vertiente organizativa del empleador algún elemento que queda extramuros de la propia teoría. Y es que en ocasiones se ha llegado a equipararla con el régimen preconstitucional de relaciones laborales, donde era el Estado quien sancionaba y despedía a los trabajadores por las faltas cometidas en su puesto de trabajo, en una visión excesivamente comunitarista de las relaciones de trabajo donde la actividad de las empresas (incluyendo el fruto de lo obtenido por los trabajadores en su explotación) servía a la economía nacional. Así las cosas, resultaría rechazable la concepción institucionalista por un doble motivo: por un lado, porque en un Estado democrático, el modelo de relaciones laborales abandona esta concepción y adopta la buena fe como elemento integrador de las relaciones de trabajo, lo que vuelve a situarnos ante una visión contractualista de la relación de trabajo³⁰; y en segundo lugar, porque una concepción de la empresa donde su beneficio sirve al interés nacional implica que la potestad disciplinaria quedaría configurada como un verdadero deber, sin poder cohonestarse con el carácter renunciante de este poder³¹.

Pero la teoría institucionalista no tiene por qué ser confundida con una visión preconstitucional de las relaciones de trabajo que no tiene cabida en nuestra normativa laboral³². En efecto, con ella únicamente se pretende fundamentar el poder sancionador en la integración del trabajador dentro de un ámbito previamente organizado y jerarquizado por parte del empleador (la empresa). Ello no implica que se conciba el trabajo como un deber de servicio al interés nacional, sino simplemente que existe un fundamento que va más allá del mero contrato de trabajo, radicado en la integración

³⁰ GIL Y GIL, J.L. *Op.cit.*, pp. 45 y 46; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. *Op.cit.*, p. 5; VALLE MUÑOZ, F.A. *El proceso laboral de impugnación de sanciones disciplinarias*, Comares, 2002, pp. 8 y 9.

³¹ DURÁN LÓPEZ, F. *Op.cit.*, p. 16; DURÁN LÓPEZ, F. “El poder disciplinario del empresario como facultad de ejercicio renunciante (sentencia del TCT de 17 de marzo de 1977. Ref. Ar. 1609), *Revista de política social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 118, 1978, p. 241.

³² Al abandonar el deber de lealtad del trabajador propio de aquél régimen productivo, sustituyéndolo por la buena fe. En este sentido, véanse las SSTC 120/1983, de 15 de diciembre, FJ 2; 88/1985, de 14 de agosto, FJ 2; 94/1995, de 19 de junio, FJ 5; 4/1996, de 16 de enero, FJ 4; 227/2006, de 17 de julio, FJ 5. Poniéndolo de manifiesto en el ámbito doctrinal, véase VALDÉS DAL-RÉ, F. “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador” en APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A. (dirs.) *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta/Fundación 1º de mayo, 1992, pp. 46 y 47. En un sentido similar, afirmando que constituye una lectura reduccionista entender los elementos institucionalistas de la relación de trabajo como el fruto de la coyuntura fascista en la normativa italiana, SUPIOT, A. *Op.cit.*, p. 36.

organizativa de las partes³³, sin hacer referencia al vínculo personal de fidelidad exigido al trabajador respecto al empleador, propio del régimen preconstitucional³⁴.

Para finalizar, existen dos críticas a la teoría institucionalista que han tenido una especial importancia, y que versan sobre la propia calificación de la empresa como institución y sobre los procesos de descentralización empresarial. En relación a la primera de ellas, se ha reparado en que al integrar las relaciones de trabajo en una concepción institucional de empresa se equiparan a otro tipo de relaciones más intuitivamente calificables como “instituciones”, lo que nos conduce a dos consecuencias importantes a la hora de tratar el régimen disciplinario: en primer lugar, el poder disciplinario quedaría vinculado a los principios que limitan el poder del Estado, ya que éste también es una institución. Por otro lado, supondría la extensión indebida del poder disciplinario a toda organización, sin que podamos reparar en un elemento diferencial de la relación laboral que explique por qué justamente en ella nace el poder disciplinario y no en otras asociaciones privadas³⁵.

La segunda de las críticas de mayor relevancia surge al analizar las situaciones en las que se disocia el empleador, de tal forma que aparecen dos entidades, una a la que está formalmente adscrito un trabajador, y otra en la que se integra desde un punto de vista organizativo. En estas situaciones, podemos apreciar cómo es la primera de ellas la competente para la imposición de la sanción, ostentando el poder disciplinario³⁶. De ahí que no baste el simple elemento organizativo para hallar el origen del poder disciplinario, sino que es preciso que el empleador tenga una formal adscripción contractual con el

³³ BAYLOS GRAU, A. *Op.cit.*, p. 25. Véase también DURÁN LÓPEZ, F. “El poder disciplinario del empresario...” *Op.cit.*, p. 241. Este último autor parece asumir esta diferenciación al continuar argumentando, a la luz de la posibilidad de renuncia del poder disciplinario, que “[...] Cuando, por el contrario [...] se fundamenta en una concepción institucional de la empresa, pero al margen del modelo corporativo antes citado, se abre la vía a la posibilidad de admitir la renuncia al ejercicio del mismo”.

³⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F. *Op.cit.*, p. 28.

³⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *Op.cit.*, pp. 29 y 30; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. *Op.cit.*, p. 6. Estrictamente sobre la equiparación a otras agrupaciones al merecer el carácter de sanciones, véase PERSIANI, M. “Il potere disciplinare” en PERSIANI, M; CARINCI, F (dirs.) *Trattato di diritto del lavoro. Vol. IV: contratto di lavoro e organizzazione*, CEDAM, 2012, p. 780.

³⁶ Así se reconoce en el artículo 15.2 Ley 14/1994, de 1 de junio. Esta distorsión ha sido apuntada por FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. “El poder disciplinario en la organización de la empresa”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales*, nº 23, 2000, p. 156; y por PÉREZ YÁÑEZ, R. “Capítulo XIV: régimen disciplinario” en CALVO GALLEJO, F.J (coord.) y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. *Relaciones laborales y empresas de trabajo temporal: comentarios al tercer Convenio colectivo estatal de Empresas de trabajo temporal*, Laborum, 2002, p. 395.

trabajador, se necesita de la constitución de un vínculo obligacional. Contrato e institución de forma combinada -podemos anticipar- nos ofrecerán la clave para encontrar el fundamento último del poder sancionador.

II.3.- Teorías mixtas, o la necesidad de una completa visión de la realidad social

A partir de este punto, las dos teorías enfrentadas que hemos expuesto se complementan y retroalimentan, al no ser capaz de explicar el origen del poder disciplinario de forma individual. De este proceso surgen varias reflexiones que adoptan elementos de una y otra, y en las que las doctrinas más actuales fundamentan el poder disciplinario. Todas ellas tienen un elemento en común, y es la incorporación de elementos contractualistas e institucionalistas, por más que se quiera ver una reivindicación de las primeras, habida cuenta de que en todo caso se hace referencia al contrato de trabajo pero alterando el contenido de este concepto³⁷.

Así, una primera versión de estas teorías mixtas se basa en replantear el objeto del contrato de trabajo, dando como resultado el *contrato de organización*. Esta teoría no implica una vuelta a la *teoría contractualista originaria* ya que en ambos casos se pone el foco en el contrato de trabajo, pero de forma diferente. En efecto, en aquella, el contrato de trabajo se identificaba con una mera cesión pasiva de energía por parte del trabajador que tiene como objetivo la consecución del fin común, la producción definitiva buscada por el empleador a cambio de una retribución. En ésta, por el contrario, el contrato rubricado tiene como objeto organizar la actividad empresarial, en cuyo proceso participa la organización de la fuerza de trabajo que el empresario integra al proceso productivo, y ello con total independencia de que se logre o no la producción como fin último de la integración en la organización empresarial³⁸. De esta forma, se salvaría la objeción realizada a la teoría institucionalista, que hacía referencia al desconocimiento de las

³⁷ LÓPEZ, J. “La facultad de dirección”, *Revista de política social*, nº 122, 1979, pp. 15 y ss; GARCÍA BECEDAS, G. *Introducción al Derecho español del Trabajo. Caracteres y fundamento*, Civitas, 1993, pp. 289-290; SUPIOT, A. *Op.cit.*, pp. 44-45.

³⁸ PERSIANI, M. *Contratto di lavoro e organizzazione*, CEDAM, 1966, pp. 31-38, 273-274; DIÉGUEZ CUERVO, G. “Las reglas disciplinarias del trabajo”, *Revista de política social*, nº 67, 1965, p. 16; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *El poder disciplinario en la empresa Op.cit.*, pp. 35 a 37. Haciendo referencia a la subordinación como consecuencia natural del contrato de trabajo, MAINARDI, S. *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, Giuffré, 2002, pp. 19 y ss.

relaciones laborales por omitir los intereses contrapuestos propios del Derecho del trabajo³⁹.

Pero la asunción de esta doctrina supone la extensión del objeto del contrato hasta el punto de hacerlo irreconocible, ampliándolo hasta identificarlo con algunas de las consecuencias del propio contrato⁴⁰. El objeto del contrato es un elemento del negocio jurídico (quedando fuera, por tanto, consideraciones extrajurídicas que forman parte de la función del contrato, no de su objeto) que se identifica con un bien aprovechable por las dos partes de la relación laboral⁴¹. Por ello, no puede ser sino la *actividad humana* desempeñada, *potencialmente útil* para el empleador -por poder incorporarla a la actividad empresarial aumentando su capital, si entiende que es aprovechable- y *directamente útil* para el trabajador -al intercambiarla por dinero-⁴². Desechar este objeto incorporando en su lugar la organización de la actividad productiva no supone únicamente prescindir de la utilidad que el contrato tiene para el trabajador y que le lleva a firmarlo, sino que también implica un salto lógico en la propia perfección del contrato. El contrato se perfecciona sobre la actividad prestada por el trabajador, con la finalidad de incorporarla a la actividad empresarial, y una vez rubricado, las partes se sitúan en la posición de acreedor y deudor, de empresario y trabajador, con las potestades inherentes a cada una de estas posiciones, incluyendo la facultad organizativa y, también, disciplinaria. No se puede identificar una potestad empresarial con uno de los elementos

³⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *El poder disciplinario en la empresa Op.cit*, p. 36.

⁴⁰ En un sentido similar, véase GIL Y GIL, J.L. *Op.cit*, p. 49. Este autor, sin embargo, diferencia entre objeto y contenido del contrato, en línea con su visión heterónoma del poder disciplinario de la que nos ocuparemos a continuación. Habida cuenta de que el poder disciplinario no tiene un origen normativo, sino sociológico, ponemos el acento en la posición en la que queda cada una de las partes de la relación laboral de forma inmediata tras su constitución a través de la rúbrica del contrato.

⁴¹ Diferenciando así la función del contrato (la realidad extrajurídica sobre la que se proyecta) del par objeto- causa como elementos esenciales del mismo, véase GARCÍA BECEDAS, G. *Democracia y relaciones laborales: (programación nacional, política de inversiones y contrato de trabajo)*, Akal, 1982, pp. 160-162.

⁴² *Ídem*, pp. 168-169. Nótese que entender la *actividad humana* como objeto del contrato tiene una importancia capital, puesto que su ejercicio en condiciones de subordinación hace que cambie a una *actividad de trabajo*, que es el objeto de la obligación dimanante del propio contrato (la prestación). Se desliga así el objeto del contrato del objeto de la obligación, de tal suerte que el trabajador vendrá compelido a prestar la actividad en condiciones de subordinación, siendo esa actividad cualquier actividad humana, inherente a su propia persona. Precisamente, esa directa conexión del objeto del contrato con el propio trabajador es la que ha llevado a la doctrina a considerar que es el propio cuerpo de la persona el que conforma el objeto del contrato, de tal suerte que el objeto de la obligación quedaría constituido por la prestación desempeñada. Esta aguda (y muy provocativa) argumentación puede verse en SUPIOT, A. *Op.cit*, pp. 71 y ss.

esenciales del contrato que sitúan al empresario en tal posición, a riesgo de establecer una directa conexión entre las potestades empresariales y el contrato de trabajo, pero desnaturalizándolo.

Descartado el contrato de organización como forma de comunión entre el contrato y la institución, entramos en la segunda versión de las teorías mixtas, que pretende la total disociación entre “contrato de trabajo” y “relación de trabajo”, separando de forma absoluta el objeto del contrato y sus consecuencias. Así, se pueden desligar dos elementos diferentes de la prestación de trabajo: (i) el surgimiento de un objeto contractual, donde queda la prestación del servicio a cambio de la retribución; y (ii) dado el carácter laboral en que se enmarca, y especialmente, la relación de subordinación propia del ámbito social, surge un contenido plural que excede de su objeto y que debe regirse por sus propias particularidades, por las especialidades propias del Derecho del trabajo. Entre este contenido plural y complejo de claro tinte institucionalista, podemos hallar el poder disciplinario del empleador⁴³.

Cierto sector doctrinal ha afirmado que jurídicamente el poder disciplinario como un elemento inherente a la relación de trabajo se reconduce al ámbito contractual por influjo del artículo 1258 CC, que prevé la vinculación de las partes contratantes *a todas las consecuencias* que se deriven del acuerdo, de conformidad con la buena fe, la costumbre y la ley. En el ámbito de las relaciones de trabajo, pues, las partes quedarían vinculadas al contenido normativo aplicable al contrato aunque expresamente no lo hayan previsto; en definitiva, quedarían vinculados a una consecuencia necesaria de la rúbrica del contrato de trabajo⁴⁴. Ello nos sitúa ante un fenómeno que excede del contrato de trabajo, ya que supone situar el fundamento del poder disciplinario en la ley y la negociación colectiva como consecuencia del contrato (art. 1258 CC); esto es, ante una fuente heterónoma⁴⁵.

⁴³ DURÁN LÓPEZ, F. “Las garantías del cumplimiento...” *Op.cit.*, pp. 18 y ss; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. *Op.cit.*, p. 6; POQUET CATALÁ, R. *Op.cit.*, p. 28; TERRADILLOS ORMAETXEA, E. “El poder disciplinario empresarial. Principios y garantías”, Tirant lo Blanch, 2004, p. 17 (nota 16).

⁴⁴ RIVERO LAMAS, J. *Op.cit.*, p. 17; GIL Y GIL, J.L.; SAGARDOY DE SIMÓN, Í. *La protección contra el despido disciplinario*, Cinca, 2007, pp. 30 y 31.

⁴⁵ GIL Y GIL, J.L. *Op.cit.*, pp. 49 y ss. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ TOLEDO, R. “El poder disciplinario del empleador: configuración jurídica de la sanción laboral que puede imponer al trabajador dependiente”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n° XLIV, 2015, p. 424; PERSIANI, M. “Il potere disciplinare” *Op.cit.*, p. 784. A continuación, este último autor considera que desde el momento en que la ley prevé la existencia del poder disciplinario no tiene

En línea con esta posición, podemos afirmar que el poder disciplinario surge de una comunión entre la organización inherente a la formación de la empresa y el contrato de trabajo. Ahora bien, el poder disciplinario es una manifestación inherente a la vertiente organizativa empresarial y no se puede reconducir al contrato a través de una fuente heterónoma. En efecto, su existencia deriva de una realidad sociológica observable en la relación de dominación que se produce en la empresa, al ser el empresario quien detenta los medios de producción⁴⁶. El papel del contrato de trabajo se centra en legitimar jurídicamente dicho poder empresarial, consagrando la posición jurídica del empleador sobre el trabajador⁴⁷. En definitiva, subsume al trabajador bajo dicho poder organizativo y, consecuentemente, disciplinario. Producida tal legitimación, el Estado irradia en el ámbito laboral a través de la ley, controlando y delimitando el poder disciplinario⁴⁸, habida cuenta de que su carácter ilimitado puede situarnos ante un ejercicio arbitrario y abusivo que lo haría incompatible con tal legitimación. Por tanto, compartiendo esta línea

sentido continuar fundamentándolo en su origen, que es su existencia *de hecho* inmediatamente posterior a la revolución industrial, sino que debe fundamentarse en un efecto natural del contrato de trabajo por disposición legal. De esta forma, se introduciría una contradicción en la lógica contractual, ya que se incluye el poder sancionador en un contrato siendo anómalo según los parámetros contractuales. Sin embargo, el autor entiende que esta contradicción radica en la propia ley sin poder ser salvada por el intérprete y que, en todo caso, la contradicción se supera porque la norma pretende reconocer el poder para garantizar la protección del trabajador, al adecuar la estructura autoritaria de la empresa a estándares contractuales. Obsérvese que la propia argumentación ya resulta dubitativa, habida cuenta de la asunción de una anomalía en el contrato de trabajo, pero incluso resulta contradictoria al fundamentar un poder en la propia norma y luego afirmar que la función racionalizadora de la misma norma es determinante para salvar la anomalía antedicha, ya que implícitamente se está reconociendo una preexistencia del poder disciplinario, lo que resulta incoherente con un fundamento estrictamente normativo.

⁴⁶ WEBER, M. *Economía y sociedad. Escobo de sociología comprensiva*, Tubinga, 1922 (trad. MEDINA ECHAVARRÍA, J; ROURA PARELLA, J; ÍMAZ, E; GARCÍA MÁYNEZ, E; FERRATER MORA, J, 2ª edición, 7ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 1984), p. 1061. En sentido contrario, pronunciándose en una línea normativista donde sin las reglas sobre el régimen disciplinario no podrían imponerse sanciones, afirmando también que el poder disciplinario no es necesario por haber podido ser limitado o negado legalmente, véase PERSIANI, M. “Il potere disciplinare” *Op.cit.*, p. 788.

⁴⁷ WEBER, M. *Op.cit.*, pp. 706-708. El autor sostiene que se trata de una forma de dominación legal, que necesita al Estado como legitimador de su posición.

⁴⁸ Esta postura parece adoptar cierta doctrina italiana al interpretar a contrario el artículo 7 del *Statuto dei lavoratori* reconociendo la preexistencia del poder disciplinario al afirmar que, a falta de Convenio colectivo aplicable, el empleador también puede ejercitar su poder disciplinario de forma unilateral. Véase FERRANTE, V. “Fondamento e natura del potere disciplinare” en MAINARDI, S (dir). *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, UTET, 2012, pp. 7 y 8. Además, esta posición se sitúa en una línea tendencialmente intervencionista del poder empresarial, ya que anteriormente la burocracia que legitimaba el poder empresarial era autónoma, mientras que ahora se ha extraído por parte del Estado para dejarla en manos de los agentes sociales. Sobre la burocracia empresarial autónoma, WEBER, M. *Op.cit.*, p. 707.

doctrinal, debemos rehusar el fundamento heterónomo porque supone confundir la causa (poder privado en el ámbito empresarial) con la consecuencia (su regulación)⁴⁹.

Esta confusión no es casual, sino que es el fruto de nuestra cultura jurídica a la hora de analizar la misma cuestión desde otro punto de vista. Ciertamente, a la hora de estudiar cómo el contrato de trabajo puede asumir de forma automática el contenido de la regulación legal obligatoria (entre la que se incluyen las normas relativas al poder disciplinario) podemos hallar dos teorías que son el reflejo de las teorías contractualista e institucionalista. La primera de ellas pone el acento en el contrato de trabajo, afirmando que el contenido de la ley se integra en el contrato, siendo éste el elemento fundamental de la regulación legal. Por el contrario, la segunda de ellas pone el foco sobre una visión comunitarista de las relaciones de trabajo, aludiendo a ciertos aspectos que trascienden el mero marco contractual para poder afirmar que existe una comunidad de empresa⁵⁰. Y si bien en España (así como en los países de nuestro entorno) ha triunfado la primera perspectiva, ésta ya asume implícitamente los parámetros institucionalistas que subyacen a la idea de comunidad de empresa, parámetros que forman parte de la regulación legal introducida forzosamente en el contenido del contrato de trabajo tras su simple perfección⁵¹.

Nótese que la asunción de estas argumentaciones conlleva el alejamiento de la posición contractualista originaria y de la institucionalista en dos aspectos de capital importancia como son, respectivamente, el papel del contrato y la aplicación de los principios estatales. Respecto al papel del contrato de trabajo, debemos señalar que en la teoría contractualista originaria la legitimación derivaba *per se* de este instrumento, de tal forma que el poder disciplinario era lícito por nacer del propio contrato. Por el contrario, aquí sostenemos que el contrato lo que legitima es la posición organizativa empresarial de la que nace el poder, que encuentra su causa en la detentación de los medios productivos, haciendo inviable la crítica institucionalista a la primera posición transcrita.

⁴⁹ Tal como desarrolla DURÁN LÓPEZ, F. “Las garantías del cumplimiento...” *Op.cit.*, pp. 21 y ss. Esta dinámica *realidad-regulación jurídica* está en línea con el proceso de conformación de los conceptos iuslaborales, porque -al contrario de lo que acontece en el Derecho común- el Derecho del trabajo parte de la realidad material, de las premisas fácticas, para articular sus propios conceptos. Véase SUPIOT, A. *Op.cit.*, pp. 218 y ss. Por ello, con mayor razón puede negarse que la positivización y regulación del poder disciplinario constituya la delegación de un sector concreto del poder público en un poder privado. En este sentido, LÓPEZ, J. *Op.cit.*, p. 20.

⁵⁰ KORSCH, K. *Op.cit.*, pp. 150 y ss.

⁵¹ SUPIOT, A. *Op.cit.*, pp. 46-47.

De otro lado, no se puede sostener que el hecho de que el poder disciplinario derive directamente de la vertiente organizativa conlleve una aplicación automática de los principios sancionadores del Estado por tratarse también de una institución (una de las principales críticas de la teoría institucionalista). El origen del poder resulta indiferente a estos efectos, lo que es relevante es que el Estado reconoce ese poder y lo hace parte de su ordenamiento jurídico, sometiéndolo a parámetros racionales no por el hecho de que tenga un origen institucional, sino por su propio carácter sancionador. En fin, la aproximación (que no asunción automática) de las garantías emanadas del ámbito jurídico-público que se defiende en este trabajo no viene dada por el hecho de que ambos ámbitos compartan una raíz institucional común, sino porque tienen una conexión con el Estado. Lo fundamental no es que haya *una* institución, sino que hablamos de *esa* institución (Estado), y de su conexión (que no origen directo) con ella.

De esta forma, podemos concluir que el poder disciplinario forma parte de un entramado de potestades surgidas de forma originaria por la posición de supremacía del empresario en la relación laboral, y que se proyecta sobre el trabajador con la perfección del contrato de trabajo. Al no movernos en una teoría puramente contractualista, resulta destacable afirmar que la función del contrato de trabajo es legitimadora del poder disciplinario en tanto justifica la posición originaria de la que nace, y no el poder en cuanto tal, como sucedía en la *teoría contractualista originaria*. Esta legitimación, a su vez, hace que el poder disciplinario deba respetar los principios y garantías inherentes al ordenamiento jurídico, motivo por el cual el originariamente ilimitado poder se controla y racionaliza, marcando los parámetros y límites en los que debe quedar circunscrito su ejercicio⁵².

III. Concepto y naturaleza de las sanciones de trabajo. Una propuesta dual en atención a su estructura normativa

⁵² Doctrinalmente se ha considerado, sin embargo, que existe un salto funcional del papel del contrato de trabajo una vez conceptualizado éste como contrato de organización, pasando de una función legitimadora del poder a una función racionalizadora. Así, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *El poder disciplinario en la empresa Op.cit.*, pp. 38 y 39. Véase también FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. “El poder disciplinario en la organización de la empresa”, *Op.cit.*, p. 151, donde la autora afirma que el hecho de que la regulación de faltas y sanciones adquiera una dimensión colectiva (al reservarse al convenio colectivo la gradación de faltas y sanciones *ex art.* 58.1 ET) no implica que el poder disciplinario haya sufrido un proceso de descontractualización, toda vez que esta facultad podrá continuar ejerciéndose, si bien ahora sometida a los límites que marquen la ley y el convenio colectivo, consecuencia de la integración de este poder en la relación laboral.

Una vez estudiado el origen del poder disciplinario, conviene estudiar su naturaleza, a fin de dar respuesta integral a las cuestiones más básicas sobre las que se centrará nuestro objeto de estudio en esta investigación. Podemos responder a este interrogante afirmando que se trata de un régimen mixto, integrado tanto por un derecho potestativo, como una modalidad de un derecho subjetivo; y un verdadero sistema sancionador emanado de un poder privado⁵³. En efecto, las normas del régimen disciplinario social son derechos subjetivos que ejerce el empleador, pero que al proyectarse sobre el trabajador desembocan en la imposición de sanciones, lo que se puede comprobar atendiendo a las propias normas disciplinarias⁵⁴.

Las normas disciplinarias tienen carácter sancionador porque se proyectan sobre el trabajador dándole una orden bajo la amenaza de un mal (sanción), identificándose con normas primarias en la terminología de la filosofía del Derecho⁵⁵, lo que muestra la estrecha relación que tiene el poder disciplinario con el poder de dirección empresarial: aquél no es más que la consecuencia jurídica del incumplimiento de la orden dictada por virtud del poder de dirección⁵⁶. Sin embargo, si nos alejamos de la perspectiva del

⁵³ De “posición híbrida” habla PEDRAJAS en PEDRAJAS MORENO, A. *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*, Trotta, 1992, p. 304.

⁵⁴ El concepto de sanción debemos buscarlo en la estructura de la norma en que se contiene. Así, CREMADES SANZ-PASTOR, B. M. *La sanción disciplinaria en la empresa (estudio de la responsabilidad disciplinario-laboral del trabajador)*, Instituto de Estudios Políticos, 1969, p. 153. Este razonamiento se puede hacer extensible a la totalidad de la naturaleza de la figura jurídica en caso de que ésta no sea únicamente sancionadora. En sentido contrario, en la doctrina laboralista española sigue teniendo acogida el concepto de sanción como “*la consecuencia jurídica anormal que el ordenamiento jurídico vincula a un acto o a una conducta jurídicamente irregulares*” ALONSO OLEA, M. *El despido (un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario)*, Instituto de Estudios Políticos, 1957, p. 116. Por ello, se niega que el despido sea una sanción, al contrario que la indemnización por daños y perjuicios cuando se acumula a la extinción contractual.

⁵⁵ HART, H.L.A. *The concept of law*, Oxford University Press, 1961 (trad. CARRIÓ, G.R. ed. Nacional, 2ª edición reimpressa, 1980), p. 34. El autor reconoce que el ejemplo prototípico de estas normas son las penales (que incorporan un elemento sancionador que emana del *ius puniendi* estatal), pero enumera otras normas que se adecúan a esta definición, como pueden ser aquellas que regulan la responsabilidad extracontractual o las que determinan conductas definiéndolas como ilícitos civiles, que darán lugar a acciones judiciales (página 35 de la misma obra). El hecho de que en las normas penales la sanción implique el ejercicio del *ius puniendi* no nos puede distraer del elemento determinante de la apreciación de la norma primaria, que es su estructura ya citada: orden, amenaza y sanción.

⁵⁶ Sobre el poder de dirección empresarial, pueden verse ampliamente MONTOYA MELGAR, A. *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, 1965; DURÁN LÓPEZ, F. “La organización del trabajo como facultad del empresario y sus límites: el cambio de puesto de trabajo y la clasificación profesional”, *Revista de Política Social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 108, 1975; ROMÁN DE LA TORRE, M.D. *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Grapheus, 1993; MONTOYA MELGAR, M. “La nueva configuración del poder de dirección del empresario” en VILLA GIL, L.E (coord.) *Reforma de la legislación laboral: estudios*

trabajador y las vemos desde la perspectiva del empleador, le reconocen la posibilidad de modificar la relación jurídica que tiene con terceros dentro del marco normativo previamente delimitado por el conjunto del ordenamiento jurídico, operando como normas secundarias de cambio⁵⁷.

Este carácter dual ha planteado numerosos interrogantes que han permitido a la doctrina extraer sus manifestaciones más importantes en función de si se consideraba como un poder privado (sancionador) o como un derecho subjetivo (potestad). Por ello, iremos analizando estas manifestaciones que nos permitirán justificar el carácter dual y profundizar en su alcance, obteniendo un profundo conocimiento sobre su naturaleza jurídica y las manifestaciones principales que emanan de ella.

III.1. La incompleta concepción del poder disciplinario como derecho subjetivo.-

La primera de las notas características de esta figura jurídica hace referencia al poder disciplinario como el negocio jurídico cuyo ejercicio por parte del titular le faculta para crear, modificar, o extinguir, relaciones jurídicas de terceros, quienes deben soportar las consecuencias que se deriven de este ejercicio⁵⁸. Esta posición es consecuencia de poner el foco en la manifestación más básica del poder disciplinario, que se sitúa en la figura del despido disciplinario. En efecto, esta figura jurídica es la manifestación principal de tal potestad y, a partir de ella, el ordenamiento jurídico permite la imposición de otras medidas empresariales menos gravosas que siguen su mismo esquema. Por tanto, a los efectos que ahora interesan, conviene centrar nuestra atención en la figura del despido.

Así, se ha considerado que el despido disciplinario se identifica con la facultad de extinción contractual por desistimiento en las obligaciones recíprocas que se prolongan

dedicados al Prof. Manuel Alonso García, Marcial Pons, 1995; LUQUE PARRA, M. Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral, Bosch, 1999.

⁵⁷ HART, H.L.A. *Op.cit*, pp. 117 y 118.

⁵⁸ GIL Y GIL, J.L. *Op.cit*, p. 33 a 36. El autor reconoce el carácter de “negocio jurídico” en detrimento del de “acto jurídico” habida cuenta de que el empleador puede elegir la sanción que estime más adecuada dentro de las que habilite la norma jurídica para el grado del incumplimiento cometido por el trabajador. Por ello, no es únicamente la ley la que prevé las consecuencias jurídicas que habilitan al incumplimiento ni el empleador se limita a ejercitar de forma automática la potestad conferida, sino que puede delimitar y concretar ciertos aspectos de la sanción (véase p. 56). Véanse también RIVERO LAMAS, J. *Op.cit*, p. 84; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *El poder disciplinario en la empresa Op.cit*, p. 42.

por tiempo indefinido, que tiene efectos *ex nunc* y no requiere alegar causa por parte de quien insta la extinción. De esta forma, el despido disciplinario no sería más que la manifestación social de tal régimen. Sin embargo, el *iter* que se debe seguir para activar cada figura jurídica es diferente, habida cuenta de que el despido exige la concurrencia de una *causa* idónea para proceder a la extinción, así como que ésta sea *grave* (art. 54.1 ET). Solventando esta dificultad, la doctrina ha considerado que la causa no es realmente una exigencia del despido, porque el empleador puede extinguir el contrato directamente sin necesidad de alegar causa mediante el abono de la indemnización correspondiente al despido improcedente⁵⁹.

En relación a este argumento, sirva apuntar que la indemnización por despido improcedente es concreción del principio de estabilidad en el empleo consagrado en el artículo 35 CE. Así es, una de las manifestaciones de la vigencia en el ordenamiento jurídico de este principio es la carga adicional que el empleador debe soportar cuando realice un despido sin observar los requisitos legalmente exigibles para ello⁶⁰. Por tanto, se configura como una consecuencia negativa con la que el empleador carga por no haber cumplido los requisitos legalmente establecidos, principalmente la concurrencia de causa extintiva⁶¹. Es una potestad empresarial que le supone una carga en caso de

⁵⁹ GIL Y GIL, J.L.; SAGARDOY DE SIMÓN, Í. *Op.cit.*, p. 20.

⁶⁰ BAYLOS GRAU, A; PÉREZ REY, J. *El despido o la violencia del poder privado*, Trotta, 2009, p. 59; RIVERO LAMAS, J. *Op.cit.*, pp. 115 y 116. Tal como afirman estos autores, la indemnización debe ser sustancial para desincentivar el recurso a esta técnica eludiendo el resto de garantías protectoras del trabajador frente al despido. Si bien en España únicamente se pueden encontrar pronunciamientos a nivel doctrinal, en Italia estas consideraciones han tenido una especial importancia, porque la falta de eficacia disuasoria que tiene la indemnización prevista en el artículo 3.1 *Legge* 23/2015 ha sido uno de los elementos determinantes para que la *Corte Costituzionale*, en sentencia n. 194 de 2018, la declare inconstitucional por vulnerar el principio de igualdad, consagrado en el artículo 14 de la *Costituzione* (FJ 12.2), el derecho al trabajo, reconocido en los artículos 4.1 y 35.1 *Costituzione* (FJ 13) y el artículo 24 de la Carta Social Europea (FJ 14).

⁶¹ No resulta posible afirmar que se trate de una sanción. Como ya indicamos, la sanción se define como la consecuencia negativa del incumplimiento de una orden dada bajo amenaza. En el régimen jurídico del despido, al empleador no se le da una orden, sino que se le ofrece una posibilidad, una potestad que puede ejecutar o no, por lo que nos movemos en el ámbito de las reglas de cambio que permiten alterar la esfera jurídica de los particulares dentro del marco normativo. Ahora bien, esa potestad viene sometida a determinados requisitos legalmente exigibles que, de no cumplirse, prevén la consecuencia jurídica indemnizatoria que se prevé en este caso. De ahí que la sentencia de la *Corte Costituzionale* n. 194 del año 2018 la haya calificado como un acto *eficaz* [por extinguir el contrato de trabajo] *aunque ilícito* (FJ 10). Cuando el ordenamiento jurídico no prevé consecuencia indemnizatoria, directamente niega toda eficacia al acto incorrectamente ejecutado, de ahí que la nulidad de un determinado acto tampoco se pueda considerar una sanción, tal como reconocía la STC 66/1983, de 21 de julio, FJ 5 al afirmar que definir la nulidad del despido como una sanción para el empleador “*supone extender indebidamente el concepto de sanción asimilándolo a la simple consecuencia desfavorable de una actuación propia*” y como se argumenta en HART, H.L.A. *Op.cit.*, pp. 42 a 45.

incumplimiento, de ahí que no se pueda hablar de la posibilidad de despido libre previo abono de la indemnización por despido improcedente⁶².

De esta forma, el diferente *iter* para la extinción contractual hace pensar que el origen del despido disciplinario no lo debemos encontrar en el libre desistimiento propio de las relaciones análogas del ámbito civil, sino en la resolución contractual por incumplimiento de la contraparte, regla consagrada en el artículo 1124 CC⁶³. Y es que ambas figuras jurídicas comparten notas comunes, como la necesidad de que se alegue justa causa para la rescisión del contrato (el previo incumplimiento de las obligaciones de la contraparte)⁶⁴ y la gravedad de esta causa que provoca la extinción del vínculo⁶⁵. Pero la similitud más llamativa es la posibilidad de resolver el contrato sin necesidad de intervención judicial, simplemente mediante la manifestación de voluntad de la parte. En efecto, este operar tan prototípico de la figura del despido disciplinario también concurre en la resolución por incumplimiento civil, superándose el original sistema francés de resolución que sí exigía tal intervención judicial⁶⁶. Es más, ésta es la línea a la que apuntan

⁶² Se trataría de un actuar antijurídico, tal como se señala en GIL Y GIL, J.L y SAGARDOY DE SIMÓN, Í. *Op.cit*, p. 21.

⁶³ STS de 17 de mayo de 1991 (rec. 1502/1990), FJ 2; CREMADES SANZ-PASTOR, B. *Op.cit*, p. 105. De hecho, hasta el año 2012, en Italia se mantenía la distinción (de origen jurisprudencial) entre despidos disciplinarios y despidos por incumplimiento del trabajador, en función de si la causa de despido estaba prevista en el Convenio colectivo (los primeros) o no lo estaba (los segundos). Pero tras la reforma del *Statuto dei Lavoratori* llevada a cabo por la *Legge 92/2012*, de 28 de junio (reforma *Fornero*), actualmente se entiende que esta distinción ha desaparecido, habida cuenta de que el nuevo artículo 18.7 SL permite que el trabajador alegue *razones discriminatorias o disciplinarias* subyacentes al despido económico con el que se intentan encubrir, reconduciendo todo despido que tenga por causa un incumplimiento contractual al ámbito disciplinario. Véase SPEZIALE, V. “Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo”, en AAVV (coord. CHIECO, P.) *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, 2013, pp. 331-332. Solución que ya ha acogido la *Corte di Cassazione*, tal como se puede ver en su sentencia n° 24259, de 29 de noviembre de 2016, comentada en CORSO, S.M. “I confini applicativi dell’art. 7 St.Lav. tra ontologia disciplinare e sentenza di patteggiamento”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, EDIESSE, n° 3, 2017, p. 421.

⁶⁴ STS de 17 de mayo de 1991 (rec. 1502/1990), FJ 2; CARRO IGELMO, A.J. *El despido disciplinario*, Bosch, 1984, p. 18.

⁶⁵ En la resolución civil se exige que el incumplimiento sea “sustancial”. Véanse en este sentido las SSTS de 28 de febrero de 2012 (rec. 447/2009), FJ 3; de 12 de abril de 2012 (rec. 716/2009), FJ 2; de 27 de septiembre de 2012 (rec. 2066/2009), FJ 3; de 22 de noviembre de 2012 (rec. 843/2010), FJ 2; de 12 de marzo de 2013 (rec. 1638/2010), FJ 3; de 9 de octubre de 2013 (rec. 444/2010), FJ 3. En el Derecho laboral este requisito se contiene en el artículo 54.1 ET. Negando que el incumplimiento sea “grave” en el ámbito civil, al entender que tiene un matiz diferente al carácter “sustancial” que requiere el incumplimiento civil, véase GIL Y GIL, J.L. y SAGARDOY DE SIMÓN, Í. *Op.cit*, pp. 24 y 25.

⁶⁶ Por todas, SSTS (1ª) de 7 de febrero de 2013 (rec. 144/2010), FJ 3; de 24 de abril de 2015 (rec. 1317/2013), FJ 3; de 27 de abril de 2015 (rec. 732/2013), FJ 3; de 17 de marzo de 2016 (rec. 449/2015), FJ 4; de 20 de septiembre de 2018 (rec. 2755/2015), FJ 3. En la doctrina, PANTALEÓN PRIETO, F.

las tendencias unificadoras que se han dado en llamar el *moderno derecho de contratos*⁶⁷, lo que indica que es al modelo al que se apunta en un mínimo estándar común supranacional.

Por ello, no se puede sostener que la ejecutividad inmediata del despido, manifestación de la autotutela del interés empresarial, sea el elemento determinante para sostener que nos hallamos ante una relación de poder, de supremacía privada⁶⁸. Lo que ocurre, empero, es que simplificar la relación de trabajo poniendo en el foco únicamente el mecanismo contractual con el que opera hace perder las particularidades que tiene esta rama del ordenamiento jurídico, cuestión que centrará el siguiente epígrafe. Y además, parece que el ordenamiento jurídico social no ha prestado la debida atención al debate suscitado en el régimen civil⁶⁹, y por ello no tiene interiorizado el hecho de que la resolución contractual consagrada en el artículo 1124 CC ha superado el sistema francés de resolución.

“Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *Anuario de Derecho Civil*, BOE, nº 4, 1993, p. 1731; SAN MIGUEL PRADERA, L.P. *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004, p. 307; RODRÍGUEZ-ROSADO, B. *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, 2013, pp. 139 y ss. En la doctrina laboral este mecanismo de resolución contractual ya ha sido identificado como idéntico al del despido disciplinario, tal como puede verse en MOLINA NAVARRETE, C. “Imputabilidad del incumplimiento resolutorio, carga de la prueba y de presunción de inocencia; en especial el juicio de culpabilidad por el ilícito laboral *ex* artículo 54, del Estatuto de los Trabajadores (reflexiones críticas sobre una ambigua e incierta jurisprudencia constitucional)”, *Revista General de Derecho*, Augusto Vicente y Almela, nº 604-605, 1995, p. 103; GIL Y GIL, J.L y SAGARDOY DE SIMÓN, Í. *Op.cit.*, p. 24. Con esta apreciación, GIL modifica su anterior postura, en virtud de la cual consideraba que la resolución contractual civil requería intervención judicial. Véase GIL Y GIL, J.L. *Op.cit.*, p. 72.

⁶⁷ Instrumentos nacionales y supranacionales de unificación del Derecho privado se pronuncian en tal sentido. Así, artículo 9:303 Principios de Derecho Europeo de los Contratos; artículos 49, 64, y 81 Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías; artículo 7.3.2 Principios UNIDROIT; artículo 1199 de la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos de la sección e Derecho civil de la Comisión General de Codificación.

⁶⁸ Haciendo referencia a la autoridad, ejecutividad y autotutela como elementos inherentes a los mecanismos de garantía necesarios e independientes para las situaciones de supremacía privada, LOMBARDI, G. *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970, p. 92. En el mismo sentido, refiriendo a la ejecutividad inmediata de la sanción, FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. *Poder disciplinario empresarial y proceso especial de impugnación de sanciones*, Consejo Económico y Social del Principado de Asturias, 2005, p. 54.

⁶⁹ En efecto, la superación del sistema francés de resolución contractual es obra de un larguísimo debate en la doctrina y jurisprudencia civil. Para un amplísimo y pormenorizado desarrollo sobre este debate, véase SAN MIGUEL PRADERA, L.P. *Op.cit.*, pp. 307 y ss.

Esta última observación es consecuencia de mirar la otra cara de la moneda: la resolución causal prevista en el artículo 50 ET⁷⁰. Esta figura jurídica solventa los casos en los que el incumplimiento que justifica la resolución contractual proviene de la parte empleadora⁷¹, si bien el trabajador que pretenda instar esta posibilidad que abre la normativa laboral deberá acudir a la vía judicial para lograrlo, porque la sentencia resultante del procedimiento tiene efectos constitutivos sobre la relación laboral⁷².

⁷⁰ SSTs de 3 de abril de 1997 (rec. 3455/1996), FJ 4; de 11 de marzo de 2004 (rec. 3994/2002), FJ 2; de 20 de julio de 2012 (rec. 1601/2011), FJ 3; de 10 de junio de 2009 (rec. 2461/2008), FJ 2; de 3 de diciembre de 2013 (rec. 141/2013), FJ 4; ALONSO OLEA, M. “La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador”, *Revista de Política Social*, nº 118, 1978, p. 77 (véase también la puesta al día del mismo artículo en *Revista de Política Social* nº 126, 1980, p. 142); MIGUEL LORENZO, A.M de *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Civitas, 1993, p. 25; PENDÁS DÍAZ, B. *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, ACARL, 2ª edición, 1992, p. 31; CASTRO ARGÜELLES, M.A. *Op.cit.*, p. 220. Abiertamente en sentido contrario, entendiendo que el artículo 50 ET no se identifica con el artículo 1124 CC porque el papel del juez se centra de forma más rígida en la valoración del incumplimiento contractual del empleador abandonando el margen de apreciación que la intervención judicial tiene en el ámbito civil, amén de la finalidad más proclive a la resolución del vínculo respecto a la resolución civil, véase RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, La Ley, 1998, pp. 133 y ss. Estas diferencias, en cambio, son consecuencia de la traslación de una figura jurídica civil al ámbito laboral, donde la desigualdad de partes debe matizar en un cierto grado la operatividad de la figura, tal como reconocen los autores, sin que ello permita hablar de una diferencia sustancial respecto al ámbito civil, ya que su núcleo esencial se mantiene intacto: incumplimiento de una parte, y posibilidad de resolución contractual por parte de la contraria previa intervención judicial. Teniendo en cuenta que nos encontramos en el ámbito de las relaciones laborales, la normativa social limita la indemnización a percibir en estos casos equiparándola a la del despido improcedente, toda vez que en esta rama jurídica subyace no perder las garantías propias de una extinción contractual injustificada que inician conductas del empleador, pero, de nuevo, ello mantiene inalterado el *iter* procedimental, el núcleo de la figura jurídica, siendo preciso e imprescindible acudir a la vía judicial para solicitar la extinción contractual.

⁷¹ El incumplimiento será de tal entidad que deba entenderse anudado no únicamente a la irregularidad en la adopción de la medida empresarial, sino en su afectación a los derechos básicos del trabajador. En tal sentido, SEMPERE NAVARRO, A.V y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. *El artículo 50 del Estatuto de los trabajadores*, Aranzadi, 2001, p. 39. Esta interpretación, junto con la redacción dada al artículo 50 ET tras la reforma del año 1994 permiten superar las dificultades doctrinales que se habían planteado anteriormente. En efecto, la doctrina había considerado que el artículo 50 ET contenía causas de extinción por voluntad del trabajador que podían englobar incumplimientos contractuales del empleador y otros, como la modificación sustancial de condiciones de trabajo con carácter irregular. Véanse DURÁN LÓPEZ, F. “Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido”, *Relaciones laborales*, La Ley, nº 11, 1990, pp. 14 y ss; VIQUEIRA PÉREZ, C. *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*, Civitas, 1994, pp. 21 a 28.

⁷² SSTs de 23 de abril de 1996 (rec. 2762/1995), FJ 4; de 11 de julio de 2011 (rec. 3334/2010), FJ 2. Por ello, el trabajador deberá continuar prestando servicios hasta que recaiga sentencias, salvo que esta situación pudiera afectar a sus derechos fundamentales (STS de 8 de noviembre de 2000, rec. 970/2000, FJ 2) o pueda tener lugar una grave pérdida patrimonial o de oportunidades profesionales (SSTs de 20 de julio de 2012, rec. 1601/2011, FJ 4; de 3 de febrero de 2016, rec. 3198/2014, FJ 3; de 23 de febrero de 2016, rec. 3198/2014, FJ 3). Si no nos hallamos entre estos supuestos excepcionales, las ausencias injustificadas del trabajador mientras se resuelve el procedimiento judicial podrán ser consideradas como dimisión (STS de 20 de julio de 2012, rec. 1601/2011, FJ 4).

En fin, parece que la normativa laboral toma en consideración el sistema francés de resolución contractual, común a ambas partes del contrato, aunque posteriormente a la parte dominante de tal relación le concede un régimen privilegiado de resolución, que es el despido disciplinario, inmediatamente ejecutivo sin mediación judicial. Pero este régimen queda desvirtuado una vez que el régimen civil supera el tradicional sistema de resolución contractual, equiparando el suyo al régimen del despido disciplinario, lo que dificulta acudir al *iter* que opera en cada figura jurídica para hallar las diferencias entre ellas.

A partir de la posibilidad de proceder a la extinción contractual como consecuencia del incumplimiento del trabajador, la normativa laboral ha reconocido la posibilidad de que se puedan aplicar sanciones laborales menos graves ante incumplimientos que no sean tan lesivos como para que se produzca un despido de forma automática⁷³. La aparición de estas sanciones más leves, de nuevo, es consecuencia del principio de estabilidad en el empleo (art. 35 CE), y beneficia tanto al empleador al dotarle de mayores medios para castigar las conductas de los empleados como a los propios trabajadores, ya que este mecanismo impide que la consecuencia jurídica para cualquier incumplimiento del trabajador sea el despido disciplinario, reservando ésta para los que revistan mayor gravedad⁷⁴. Y teniendo presente el régimen disciplinario en su conjunto (no sólo la figura del despido) se pueden observar más diferencias entre el poder disciplinario del empleador y el ejercicio de un derecho subjetivo que conviene poner de manifiesto⁷⁵.

⁷³ Véase FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *El poder disciplinario en la empresa Op.cit*, p. 247. Si bien la autora realiza esta mención a efectos expositivos dentro de un elenco de argumentos que pretenden justificar el carácter sancionador del despido disciplinario, en su crítica posterior esta mención queda inatacada, centrándose en cuestiones de índole sustantiva.

⁷⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V. “Problemas particulares sobre el poder disciplinario y las sanciones en la empresa”, *Tribuna Social: revista de seguridad social y laboral*, CISS, nº 63, 1996, p. 68; FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. *Op.cit*, p. 43. En sentido contrario, DURÁN LÓPEZ, F. “Las garantías del cumplimiento...” *Op.cit*, pp. 13 y 14, entendiendo que históricamente resulta inviable ver un beneficio del trabajador en la configuración del poder disciplinario del empleador y que éste surge por exigencias de la producción capitalista para sancionar incumplimientos que no podrían castigarse acudiendo al régimen civil de responsabilidad contractual.

⁷⁵ A esta intuición ha sido sensible la jurisprudencia italiana, al afirmar que la naturaleza y función de las sanciones disciplinarias “[...] no encuentran su fundamento en las reglas generales de las relaciones contractuales, no son asimilables a las penalizaciones de las que habla el artículo 1382 del Código Civil [que versa sobre cláusulas penales], y no tienen una función resarcitoria, pero, gracias a una función aflictiva sobre todo en el plano moral, tienen esencialmente la función de prevenir ulteriores violaciones (salvo la función de asegurar una tutela directa de los intereses del empresario, en el único caso de sanciones extintivas)” (sentencias de la *Corte di cassazione* de 17 de agosto de 2001, n. 11153; y de 7 de marzo de 2013, n. 5670).

Desde esta perspectiva más global, la divergencia más llamativa estriba en el carácter objetivo o subjetivo del incumplimiento contractual que habilita para la adopción de la consecuencia jurídica. En las sanciones disciplinarias la conducta del trabajador debe considerarse *culpable*, exigiendo un elemento subjetivo que será tratado con profundidad posteriormente en este estudio⁷⁶. Por el contrario, el incumplimiento civil tiene un carácter marcadamente *objetivo* sin requerir dolo, culpa o negligencia en la conducta del sujeto incumplidor, lo que se manifiesta muy claramente (de nuevo) en la jurisprudencia interpretativa de la figura de la resolución contractual⁷⁷, sin duda influenciada por la normativa supranacional como el artículo 49.1 de la Convención de Viena de 1980⁷⁸, así como en la responsabilidad contractual, figura jurídica que también será traída a colación posteriormente⁷⁹.

Además, el poder disciplinario no se configura como una facultad concreta emanada de una relación jurídica específica entre empleador y trabajador. A pesar de que nace con el contrato de trabajo, la posibilidad de imponer estas sanciones emana de forma originaria de su posición de empleador, proyectándose sobre el conjunto de los empleados con vocación de generalidad⁸⁰ y de conformidad con un mismo régimen legal, proyección colectiva que se sale de los estándares del Derecho común.

Otra diferencia reside en el hecho de que el régimen disciplinario contiene un matiz adicional al simple ejercicio de una potestad o facultad, ya que en ocasiones el ejercicio del poder disciplinario deviene en una *obligación* del empleador cuando incide en derechos fundamentales de terceros: tanto del propio trabajador ante el incumplimiento de las normas sobre seguridad y salud en el trabajo (art. 29.3 LPRL)⁸¹, como de otros

⁷⁶ Vid. Cap. VI.V.

⁷⁷ SSTs de 11 de octubre de 2006 (rec. 3938/1999), FJ 2; de 13 de febrero de 2009 (rec. 1416/2004), FJ 2; de 30 de octubre de 2009 (rec. 614/2005), FJ 4; de 28 de enero de 2010 (rec. 225/2006), FJ 3; de 10 de junio de 2010 (rec. 1214/2006), FJ 4; de 24 de septiembre de 2013 (rec. 278/2011), FJ 2.

⁷⁸ Tal como se indica en la STS de 21 de diciembre de 2012 (rec. 793/2012), FJ 3.

⁷⁹ Vid. Cap. VI.III.1.

⁸⁰ CREMADES SANZ-PASTOR, B. *Op.cit.*, p. 98. En sentido contrario, entendiendo que el poder disciplinario es un poder concreto respecto a cada trabajador individualmente considerado, véase GIL Y GIL, J.L. *Op.cit.*, p. 33.

⁸¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. “El poder disciplinario en la organización de la empresa” *Op.cit.*, p. 162, donde la autora lo reconduce a una publicación de la potestad disciplinaria. A mi juicio, ello no es así, habida cuenta de que el anclaje que las normas contenidas en la LPRL tienen con el Derecho fundamental a la vida e integridad física de los trabajadores (art. 15 CE) hacen pensar en que es éste el

trabajadores cuando se hayan vulnerado sus derechos fundamentales por parte del sancionado⁸².

Adicionalmente, la jurisprudencia admite una suerte de *ius resistendae* del trabajador a la sanción empresarial cuando ésta exija una conducta activa para su efectivo cumplimiento (deber de colaboración)⁸³. A pesar de que este *ius resistendae* no queda totalmente delimitado, la doctrina ha afirmado que debe quedar circunscrito a situaciones excepcionales donde la sanción resulte manifiestamente arbitraria, como pueden ser las que no se encuentran previstas expresamente, o están prohibidas en la normativa laboral⁸⁴. Así, sin perjuicio de este carácter excepcional, el hecho de que se reconozca la posibilidad de incumplir la medida empresarial bajo estas circunstancias ya introduce un matiz que no coincide totalmente con el mero ejercicio de una potestad del empleador.

Por todas estas diferencias, resulta razonable concluir que el poder disciplinario es el ejercicio de un derecho subjetivo, al permitir que una de las partes del contrato modifique la relación jurídica que le une con la contraria. Pero es un derecho subjetivo que no coincide con los parámetros generales de todo derecho subjetivo. Y ello es consecuencia de que el poder disciplinario tiene un claro contenido sancionador al proyectarse sobre la esfera jurídica del trabajador, lo que guarda relación con las particularidades propias del Derecho del trabajo y nos sitúa de lleno ante el siguiente epígrafe.

fundamento último de la obligatoriedad de ejercicio de este poder por parte del empleador, y no una aproximación del poder disciplinario a un poder público.

⁸² Arts. 177.1 y 177.4 LRJS, que permiten el conocimiento de las lesiones de derechos fundamentales producidas en el seno de la relación laboral o en conexión directa con ella (normalmente, conductas de acoso laboral), aunque hayan sido cometidas por un tercero vinculado al empleador. La falta de adopción de las medidas necesarias para evitar la lesión de los derechos fundamentales (entre ellas, el ejercicio del poder disciplinario sobre el autor) puede llevar a una condena al empresario tras el posterior proceso judicial, ya que la legitimación pasiva recaerá siempre en el empleador y, voluntariamente, se podrá demandar también al directo causante de la lesión si se pretende su condena o pudiera quedar afecto por la resolución judicial. En tanto en cuanto la actuación de la empresa supone una vulneración de la dignidad debida a la víctima, también podría ser objeto de una sanción administrativa al haber cometido una falta calificada como “muy grave” por la LISOS, en su artículo 8.11. En un sentido similar, hablando de derechos de los trabajadores en sentido genérico, y no de derechos fundamentales, TERRADILLOS ORMAETXEA, E. *Op.cit.*, p. 27.

⁸³ STS de 25 de noviembre de 1986 (Pte. Excmo. Sr. D. Miguel Ángel Campos Alonso), sobre la negativa de un trabajador a aceptar la sanción de traslado forzoso hasta que no se resuelva judicialmente sobre su procedencia, lo que motiva su despido por dejación de funciones.

⁸⁴ CASTRO ARGÜELLES, M.A. *El régimen disciplinario en la empresa. Infracciones y sanciones laborales*, Aranzadi, 1993, pp. 300 y 301.

III.2. Las sanciones laborales como manifestación del poder privado del empresario. Adecuación plena de la figura jurídica a la naturaleza de las relaciones de trabajo.-

El concepto de poder privado surgió para contraponer a la vida pública, bajo la que operaba la regulación propia del Derecho público atinente a todos los aspectos que tuvieran una incidencia en la vida común de los ciudadanos, un ámbito (la vida privada) que operaba en un reducto de intimidad como es el hogar, donde únicamente se somete un determinado número de sujetos y cuyas reglas de convivencia vienen determinadas por otro tipo de poder, un poder que no se somete a las reglas públicas. Un poder privado⁸⁵.

En efecto, debemos superar la tradicional concepción que contrapone las relaciones de subordinación que se dan entre el Estado y el ciudadano a las relaciones de coordinación que se dan en el seno de la sociedad. Entre los individuos también existen relaciones de subordinación, donde la actuación de ciertos sujetos está sometido a la voluntad de otro, sin ser una característica particular del poder público⁸⁶. En el ámbito laboral, esta subordinación privada nace de forma natural por la propia estructura de las relaciones de producción, lógicamente previas al contrato de trabajo, lo que hace que no les resulten aplicables las mismas reglas y principios que a aquéllas⁸⁷. Una de las notas características de la sociedad industrial es que los trabajadores se encuentran dotados de una esfera de libertad similar a la que disfrutaban los sujetos que operan en las relaciones de intercambio entre iguales, con la diferencia de que los trabajadores no tienen otra cosa para vender que su fuerza de trabajo. Así, la necesidad de subsistir vendiendo lo único que pueden vender hace que entre los trabajadores surja una competencia feroz por trabajar, degradando sus condiciones de trabajo hasta el punto de hacerlas incompatibles con un modo de vida digno⁸⁸.

⁸⁵ DUBY, G. "Poder privado, poder público: partir de las palabras", *Revista de occidente*, Fundación Ortega y Gasset, nº 83, 1988, pp. 93 a 95.

⁸⁶ KAHN-FREUND, O. *Op.cit*, pp. 48 y 49.

⁸⁷ KORSCH, K. *Op.cit*, p. 10. En otras palabras, el objeto del contrato no es el *tener* de las partes intervinientes, sino el *ser* de una de ellas, como bien jurídico que es condición de tal tener. Así lo han afirmado VILLA GIL, L.E de la; GARCÍA BECEDAS, G; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. *Instituciones de Derecho del trabajo*, CEURA, 2ª edición, 1991, p. 26. En sentido contrario, entendiendo que se trata de relaciones externas propias del ámbito empresarial, que se dan con carácter ordinario, RIVERO LAMAS, J. *Op.cit*, p. 85.

⁸⁸ KORSCH, K. *Op.cit*, pp. 11 y ss.

Este fenómeno es fundamental para entender que la relación laboral no es una auténtica manifestación de la autonomía de la voluntad del trabajador⁸⁹. En efecto, si bien la rúbrica del contrato de trabajo es un elemento *sine qua non* para aplicar la normativa laboral, en cuanto opera como título habilitante para que ésta resulte aplicable, en realidad no nos encontramos ante un auténtico contrato equivalente al ámbito civil, habida cuenta de la diferente concepción del término *libertad* que opera en cada uno de ellos. En las relaciones de producción únicamente se aceptarán las obligaciones recíprocas de las condiciones de trabajo cuando a las partes se les haya restringido su libertad contractual en un grado tal que se evite el abuso al que quedaría sometido el trabajador si no operara tal restricción; restricción que se lleva a cabo mediante la introducción de las prescripciones oportunas que establecen de forma necesaria cuál es el contenido de las obligaciones a las que se someten las partes⁹⁰.

Teniendo en cuenta, por tanto, que la regulación restrictiva de la libertad de las partes es determinante para poder hablar de relación y contrato de trabajo, este objetivo se puede llevar a cabo a través de normativa legal específica que restrinja el poder

⁸⁹ SUPIOT, A. *Op.cit.*, pp. 144 y ss. El autor pone de manifiesto que la relación de trabajo en realidad encubre una relación de subordinación, sometiendo la autonomía de la voluntad y no ejerciéndola. Y prueba de ello -prosigue- es el hecho de que la relación laboral necesita de una prestación (más o menos) indeterminada para poder dar instrucciones al empleador, indeterminación sin la cual el contrato de trabajo se desnaturaliza, lo que contrasta claramente con la necesidad de que en Derecho civil el objeto del trabajo sea determinado o determinable, tal como consagra el artículo 1273 CC. Siendo ello cierto, sin embargo, el papel del ordenamiento jurídico juega un papel fundamental a la hora de proteger al trabajador en un grado suficiente como para evitar toda situación de subordinación en sentido estricto (contrapuesto a toda autonomía de la voluntad), en línea con lo argumentado en el cuerpo del escrito.

⁹⁰ KAHN-FREUND, O. *Op.cit.*, p. 61. En sentido contrario, SUÁREZ GONZÁLEZ, F. “El origen contractual de la relación jurídica de trabajo”, *Revista de Política Social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 48, 1960, pp. 116 y ss. Este último autor considera que las normas reguladoras de la relación laboral contribuyen a la realización de una auténtica libertad al paliar la desigualdad económica en favor de una igualdad jurídica entre los intervinientes en la relación; incluso, que aunque existiera desigualdad económica la mera desigualdad de las partes no es suficiente para negar la existencia del contrato de trabajo, ya que también en las relaciones contractuales ordinarias existen condicionantes por la propia negociación de los intervinientes a la hora de concluirlo, bastando igualdad jurídica y prestación del consentimiento para que el contrato se considere válidamente prestado. No se puede compartir esta opinión porque omite el papel de las normas reguladoras en cada tipo de contrato. En efecto, mientras en las normas civiles que se desarrollan en pie de igualdad existe una función meramente facilitadora de la voluntad de los sujetos, en las relaciones laborales desiguales existe una fuerte restricción de la voluntad de las partes para evitar la arbitrariedad y el abuso del sujeto dominante. Dicho de otra forma, mientras en las relaciones civiles existe desde el inicio una situación de libertad e igualdad que sólo requiere de un amplio margen de negociación que otorga el ordenamiento jurídico, en las laborales se debe restringir el margen de decisión de los sujetos para que un trabajo se pueda prestar, y sólo en ese momento el sujeto subordinado en la relación será totalmente libre para trabajar. Esa diferente concepción de la libertad en cada tipo de relación es la que determina que no se puedan equiparar ambos tipos de contrato: en una, esta libertad preexiste a las normas; en la otra, son las normas las que la otorgan.

unilateral del empresario. Ahora bien, existen otros dos medios de indudable importancia por su estrecha relación con el poder disciplinario empresarial.

El primero de ellos estriba en la introducción de un elemento de coordinación a nivel supraindividual. El poder empresarial es un poder unilateral colectivo, consecuencia de la posesión de los medios materiales y humanos necesarios para poner en marcha el proceso productivo, por lo que los trabajadores únicamente pueden reequilibrar este poder organizándose de forma colectiva para negociar sus condiciones de trabajo. De esta forma, se supera la subordinación individual para pasar a un plano colectivo donde de forma cooperativa ambas partes (el empresario y los trabajadores organizados sindicalmente) negocian las condiciones de trabajo que deben resultar aplicables⁹¹. Por otro lado, el segundo mecanismo de restricción del poder empresarial es la irradiación de las libertades civiles en el ámbito de las relaciones de producción. Estos Derechos reconocidos al trabajador en cuanto ciudadano no quedan fuera de tales relaciones, sino que resultan plenamente operativos en su seno⁹². El Derecho público los consagra y el Derecho del trabajo los reconoce en el ámbito de la empresa anclándolos a la relación de trabajo para evitar que el poder empresarial los usurpe *de facto*. Pero una vez quedan integrados en el contenido de la relación laboral, su desenvolvimiento dentro de ella debe darse de un modo proporcionado y funcional, a fin de no desnaturalizarla⁹³.

Por tanto, el carácter de poder privado que reviste el poder disciplinario vendrá marcado por la propia estructura de las relaciones productivas, que imponen una relación de subordinación entre las partes cuyo contenido queda delimitado por las normas que regulan las obligaciones recíprocas (incluyendo las que reconocen los Derechos civiles y las negociales), hasta el punto de que si no se delimita este contenido restringiendo en

⁹¹ KAHN-FREUND, O. *Op.cit.*, p. 56.

⁹² KORSCH, K. *Op.cit.*, pp. 30 y 31. En este contexto es de obligada cita la conocida STC 88/1985, de 19 de julio, en cuyo FJ 2 se afirma: “Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de «feudalismo industrial» repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1)”.

⁹³ SUPIOT, A. *Op.cit.*, pp. 186-189. Sobre el desenvolvimiento de estos Derechos en la relación privada, *Vid.* Cap. II.II.3.B.

grado suficiente la libertad contractual de los intervinientes no podremos hablar de una auténtica relación de trabajo⁹⁴.

Pero podemos ir un paso más allá. La relación de poder en el ámbito disciplinario tiene una configuración muy particular que se plasma incluso en la propia estructura normativa, habida cuenta de que las normas sancionadoras se basan en la dicción de órdenes respaldadas bajo amenazas cuyo incumplimiento supone la imposición de una sanción. Y es que en esta concreta parcela obligacional la subordinación propia del orden social cobra una especial intensidad al manifestarse en su máxima expresión. Una cosa es que el empleador quede investido de autoridad para dar órdenes e instrucciones⁹⁵, y otra que el ordenamiento jurídico habilite instrumentos para que la debida obediencia del trabajador a ellas se realice de modo coactivo, ofreciéndole instrumentos de castigo que tienen la misma estructura que las penas (públicas). En fin, las sanciones laborales comparten la nota de subordinación con la misma intensidad que toda medida punitiva, y por ello revisten un contenido similar al que opera en el ámbito sancionador público, con la única diferencia de que en éste el sujeto revestido de autoridad es un sujeto público mientras que en el ámbito laboral es un sujeto privado. Pero siempre son medidas que siguen el mismo esquema, la misma estructura normativa.

⁹⁴ En esta necesaria restricción del poder empresarial la doctrina ha visto la manifestación de una dimensión político-administrativa de la relación laboral, un proceso de reducción del poder paralelo al sistema de sanciones públicas, tal como puede verse en BAYLOS GRAU, A. *Op.cit*, p. 91. Pero esta apreciación parte de un equívoco, toda vez que está directa -y expresamente- influida por ROMAGNOLI, en un texto en el que critica la vuelta de la doctrina laboral a la deriva institucionalista, corriente que (en su lectura) es errónea y puede conducir a un retorno de las relaciones de trabajo de corte fascista. Pero ni la corriente institucionalista se identifica con los parámetros dictatoriales que ROMAGNOLI se esforzaba por excluir, tal como ya hemos expuesto, ni las relaciones de trabajo tienen tal dimensión político-administrativa. Es cierto que ambos sectores hay un proceso de control de poder para no incurrir en situaciones de arbitrariedad, pero esta simple circunstancia en común no es suficiente como para trazar un paralelismo de tal magnitud, habida cuenta de la diferente naturaleza de cada uno de estos poderes y el procedimiento por el que se ha ido logrando su control. La mención que inicialmente realiza ROMAGNOLI en su crítica puede verse en ROMAGNOLI, U. "Autoridad y democracia en la empresa: teorías jurídico-políticas" (trad. SALA FRANCO, T.) en *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, Sociedad de Estudios Laborales, nº 1-2, 1975-1976, pp. 199-200.

⁹⁵ Elemento que ha servido en la doctrina para sotener el carácter subordinado de la relación laboral, al entender que la falta de autonomía de la voluntad del trabajador deriva del carácter indeterminado de las obligaciones asumidas, lo que le obliga a obedecer las órdenes e instrucciones que de forma ininterrumpida le venga dando el empleador, sometién dose a él. Así, SUPIOT, A. *Op.cit*, p. 145.

Por ello, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹⁶ como el Tribunal Constitucional⁹⁷ de forma reiterada han aludido a las medidas disciplinarias como sanciones. Pero el hecho de que sean sanciones no implica que sean penas en sentido estricto⁹⁸. En efecto, las sanciones disciplinarias son las consecuencias jurídicas fruto del incumplimiento de una orden bajo amenaza, pero no son consecuencias de la comisión de un ilícito penal que suponga el ejercicio del *ius puniendi* del Estado⁹⁹. Teniendo en cuenta que en ocasiones los ilícitos criminales no figuran abiertamente como tales en la normativa nacional, el TEDH ha ofrecido ciertos criterios para valorar cuándo debemos considerar que nos encontramos ante una sanción puramente penal¹⁰⁰: (i) habrá que atender a la naturaleza y finalidad de la medida sancionadora, elemento que cobra una importancia particular a la hora de distinguir entre “penas” y “medidas de ejecución de la

⁹⁶ Sobre despido disciplinario, véanse la opinión concordante de los jueces *Ganshof van der Meersch, Bindschedler-Robert, Liesch, Gölcuklü, Matscher, Pinheiro Farinha y Pettiti* a la STEDH *Young, James y Webster c. Reino Unido*, de 13 de agosto de 1981, al afirmar que “la sanción –trátese de licenciamiento o despido–, consecuencia del sistema instituido por la ley, no hace sino agravar la violación, no la crea. La violación, ya constituida por la coacción que constituye la obligación de afiliarse, es inconciliable con la libertad de elección, inherente a la libertad de asociación”. Formando parte del contenido del fallo, véanse las SSTEDH *Fuentes Bobo c. España*, de 29 de febrero de 2000, párrafo 44; *Langner c. Alemania*, de 17 de septiembre de 2015, párrafo 45; *Palomo Sánchez y otros c. España*, de 12 de septiembre de 2011, párrafo 63; *De Diego Nafría c. España*, de 14 de marzo de 2002, párrafo 30; *Aguilera Jiménez y otros c. España*, de 8 de diciembre de 2009, párrafo 30; *Trofimchuk c. Ucrania*, de 28 de octubre de 2010, párrafo 36. Sobre medidas disciplinarias conservativas de la relación laboral, véanse las SSTEDH *Schuth c. Alemania*, de 23 de septiembre de 2010, párrafo 61; *Guja c. Moldavia*, de 12 de febrero de 2008, párrafo 95; *Barbulescu c. Rumanía*, de 5 de septiembre de 2017, párrafo 137.

⁹⁷ SSTC 69/1983, de 26 de julio, FJ 4; 6/1988, de 21 de enero, FFJJ 5, 8 y 9; 7/1993, de 18 de enero, FFJJ 3 y 4; 14/1993, de 18 de enero, FJ 3; 136/1996, de 23 de julio, FJ 7; 186/1996, de 25 de noviembre, FJ 5; 203/2015, de 5 de octubre, FJ 7; AATC 293/1982, de 6 de octubre, FJ 6; 555/1986, de 25 de junio, FJ 3.

⁹⁸ Véase la Decisión TEDH de 3 de mayo de 2001, asunto *Domingo Valera López c. España*, donde el TEDH niega que sean aplicables al ámbito laboral las garantías reconocidas al ámbito 6.3 CEDH al no configurar una pena *stricto sensu*. Tal idea también es apuntada de forma tangencial por PEDRAJAS, al afirmar que “una cosa es que, evidentemente, el despido no constituye una sanción pública, derivada del *ius puniendi* del Estado, y otra bien distinta es que no constituye una sanción derivada de la posición de especial predominio que el empresario mantiene en el desenvolvimiento de la relación laboral, y sometida al control jurisdiccional”. PEDRAJAS MORENO, A. *Op.cit.*, p. 271.

⁹⁹ STEDH *Kafkaris c. Chipre*, de 12 de febrero de 2008, párrafo 142. Véanse también las SSTEDH *M. c. Alemania*, de 17 de diciembre de 2009, párrafos 120 y 121; y *Del Río Prada c. España*, de 21 de octubre de 2013, párrafos 82 y 83.

¹⁰⁰ *Ídem*. El Tribunal Constitucional ha asumido las directrices marcadas por el TEDH pero aún no de forma total, produciéndose un desajuste entre ambos niveles de protección. Según el Tribunal Constitucional (STC 181/2014, de 6 de noviembre, FJ 6), una determinada medida se considerará “pena” si reviste vocación de generalidad y tiene una finalidad punitiva y disuasoria al mismo tiempo. Se considerarán indicios de ello: (i) que la medida se imponga como consecuencia de una previa infracción; y (ii) la severidad de la sanción impuesta.

pena”, ya que si hacen referencia al régimen de excarcelación anticipada o remisión de la condena no revestirán tal carácter; (ii) será también muy relevante la definición como “pena” según la normativa nacional; (iii) asimismo, deberemos atender a los procedimientos de creación e implementación de la medida punitiva; y (iv) el último elemento refiere a la cuantificación de la pena, debiendo valorarse la severidad de la sanción.

En pocas palabras, el carácter de sanción (que no pena) de un acto en el que se concreta una norma debemos buscarlo en la propia norma. Así, debemos desechar las posiciones doctrinales que proponen buscar tal carácter sancionador en la mera tipificación de la conducta o en su finalidad, ya que, a pesar de que usualmente sean circunstancias que acompañan a las normas sancionadoras, no determinan con carácter necesario su naturaleza.

En lo que respecta a la mera tipificación en una norma laboral, porque revierte el nexo causal respecto al carácter sancionador. Así, si bien la consagración en una norma laboral es un requisito exigido legalmente en virtud del artículo 58 ET¹⁰¹, es precisamente el carácter sancionador de esta figura jurídica el que lo exige por aproximación al carácter punitivo de estas normas, sin ser (viceversa) su exigencia la determinante del carácter sancionador. En suma, la aceptación de tal criterio de forma incondicional supondría una asunción automática de las medidas tipificadas como sanciones de forma descriptiva y no sustantiva, sin valorar si tienen un carácter estrictamente sancionador o no¹⁰². Prueba de que este criterio no resulta idóneo es el hecho de que el empleador puede imponer sanciones al trabajador que no figuren en el convenio colectivo, perfectamente válidas en tanto en cuanto el trabajador no lleve a cabo una actitud activa de revisión de tal sanción ante el órgano judicial competente, adecuadamente calificadas como tales.

Por otro lado, la finalidad del mantenimiento del orden empresarial (que la doctrina utiliza para diferenciar el régimen disciplinario de otras medidas de resarcimiento privadas)¹⁰³ no es un elemento determinante de tal carácter, puesto que, como acertadamente se ha señalado, existen sanciones disciplinarias que no guardan relación

¹⁰¹ *Vid.* Cap. III.III.2.

¹⁰² FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *El poder disciplinario en la empresa Op.cit.*, p. 230.

¹⁰³ CASTRO ARGÜELLES, M.A. *Op.cit.*, pp. 216 y ss.

con tal finalidad, como es el descuento proporcional de salarios en función de las ausencias injustificadas o retrasos en que incurra el trabajador¹⁰⁴. Si bien ante esta constatación se considera que el elemento determinante de la sanción es la intención con que se aplica por parte del empleador (represiva o meramente resarcitoria)¹⁰⁵, el argumento entra ya en una excepción que impide sostener su total solidez, ya que parece evidente que la finalidad misma de la norma legal o convencional no resulta determinante. Además, la posible extensión de este criterio de la intencionalidad empresarial más allá del descuento proporcional de salarios choca con el hecho de que es posible el recurso a las sanciones disciplinarias con una finalidad meramente resarcitoria (piénsese, por ejemplo, en el empleador que impone una sanción de empleo y sueldo al trabajador en cantidad equivalente al daño sufrido), en cuyo caso, con independencia de la finalidad que revista la medida, se habrá impuesto una sanción empresarial.

El hecho de que el carácter sancionador derive de la propia norma no contradice que el poder disciplinario surja de forma originaria de la desigualdad de partes propia del ámbito laboral, y que posteriormente su positivización se limite a racionalizarlo. En el momento en que el poder ilimitado y arbitrario del empleador se racionaliza por influjo de la normativa laboral, su estructura y presupuestos debemos encontrarlos en su anclaje normativo, aunque su origen no sea tal¹⁰⁶. Por ello, en línea con lo ya sostenido, atenderemos a la estructura de las normas laborales en que se prevé tal poder para justificar su carácter sancionador.

IV. Anclaje constitucional del poder disciplinario del empleador

Una vez hemos estudiado el origen y la naturaleza del poder disciplinario empresarial, debemos analizar cuál es su anclaje normativo, para valorar hasta qué punto

¹⁰⁴ *Ídem*, pp. 237 y ss.

¹⁰⁵ *Ídem*, p. 239.

¹⁰⁶ Obsérvese la diferencia con el desarrollo de PERSIANI anteriormente citado, donde el autor acudía a la normativa sancionadora para encontrar su fundamento. En este punto, lo que pretendemos es analizar la estructura normativa para hallar la naturaleza jurídica de la figura (lo que es) y no su fundamento (de dónde viene), tal como hacía el citado autor. También esta es la posición que parece sustentar RIVERO, donde, tras reconocer el poder disciplinario como manifestación del artículo 1258 CC que se produce tras la rúbrica del contrato de trabajo, afirma que el poder empresarial es consecuencia de un grupo de normas destinadas a la empresa que comienzan con el reconocimiento de la libertad de empresa en una economía de mercado (art. 38 CE). Véase RIVERO LAMAS, J. *Op.cit.*, pp. 36 y 37.

se ha juridificado, puesto que devendrá en una nota esencial de cara a valorar su incidencia respecto a los derechos del trabajador.

El poder disciplinario encuentra su anclaje constitucional en la libertad de empresa consagrada en el artículo 38 CE. Este precepto ha tenido un desarrollo profuso, que se ha plasmado sobre todo en el ámbito administrativo económico¹⁰⁷, lo que hace que su caracterización deba partir de este campo. Así, podemos afirmar que este precepto consagra el libre acceso, ejercicio y abandono de la actividad económica, de forma totalmente independiente del Estado. Y dentro de las prerrogativas que esta garantía incluye en lo relativo al ejercicio de la actividad empresarial, se contiene el reconocimiento de un reducto mínimo e infranqueable de autonomía para dirigir la empresa¹⁰⁸, reducto en el que quedan las potestades de organización empresarial que tienen una directa conexión con la vertiente organizativa propia del ámbito laboral.

El campo tradicional de estudio de esta conexión ha residido en el principio general de libertad del empresario para contratar la prestación de servicios cuando, como y con quien estime más oportuno desde un punto de vista de optimización de los recursos humanos, potestad que deriva (también) del artículo 1255 CC¹⁰⁹. Pero más allá de esta tradicional manifestación, el libre ejercicio de la actividad empresarial que garantiza el artículo 38 CE protege las potestades para dirigir la actividad de los trabajadores y, en caso de incumplimiento, imponerles sanciones. Cuando se reconoce al empresario la posibilidad de regular su actividad empresarial libremente, se están poniendo a su

¹⁰⁷ Junto con el artículo 33 CE conforma el núcleo de lo que se ha dado en llamar Constitución económica. Sobre este fenómeno pueden verse, con carácter general, BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, Tecnos, 1985; FONT GALÁN, I., “Notas sobre el modelo económico de la Constitución española”, *Revista de Derecho Mercantil*, Aranzadi, nº 152, 1979, pp. 231-235; MARTÍNEZ VAL, J., “El contenido esencial de la libertad de empresa”, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 3, 1982, pp. 243 a 265; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución Española”, *Revista de Derecho Mercantil*, Aranzadi, nº 2, 1983, pp. 316-347; ARIÑO ORTIZ, G. *Principios constitucionales de la libertad de empresa: libertad de comercio e intervencionismo administrativo*, Marcial Pons, 1995; CIDONCHA MARTÍN, A. *La libertad de empresa*, Civitas, 2006, pp. 59 y ss. Para una visión de Derecho comparado, puede consultarse el trabajo de OSSENBÜHL, F., “Las libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 32, 1991, pp. 9-44.

¹⁰⁸ ARAGÓN REYES, M; LOSADA GONZÁLEZ, H. “La libertad de empresa”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 108, 2014, pp. 37-38.

¹⁰⁹ SALA FRANCO, T. *La libertad empresarial de contratación*, Instituto de Estudios Sociales, Ministerio de Trabajo, 1980, pp. 7-12; LANDA ZAPIRAIN, J.P., “El ingreso al trabajo (En torno al artículo 16)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, nº 100 (1), 2000.

disposición todos los medios que sirven a tal fin, incluyendo la posibilidad de sancionar el incumplimiento del trabajador que cause un daño a la organización empresarial¹¹⁰.

Además, en ocasiones se ha afirmado que el Derecho de propiedad, consagrado en el artículo 33 CE y en el Protocolo 1 CEDH también son el fundamento del poder disciplinario, puesto que si el empleador ha arriesgado sus bienes para poner en funcionamiento la actividad empresarial, los poderes que nacen de su condición de empleador deben anclarse a tal actuación y, consecuentemente, al Derecho de propiedad¹¹¹. Sin embargo, el artículo 33 CE no protege este tipo de situaciones y potestades, sino que protege el fruto del trabajo y no la potestad de organización de la actividad empresarial, apareciendo únicamente a la hora de la apropiación del resultado del proceso productivo¹¹². Por ello, el incumplimiento del trabajador que atenta contra el interés empresarial sí lesiona el artículo 33 CE, pero ello no implica que la reacción del empleador se origine necesariamente a partir del mismo precepto, sino que tal reacción deriva del artículo 38 CE. De sostenerse lo contrario, si la puesta a disposición de los medios necesarios para llevar a cabo la actividad empresarial pudiera justificar el poder disciplinario, también los trabajadores tendrían derecho a sancionar, puesto que aportan su fuerza de trabajo al proceso productivo¹¹³.

Por tanto, el único anclaje constitucional del poder disciplinario se encuentra en el artículo 38 CE, a partir del cual surgen los artículos 54 y 58 ET en su desarrollo, reconociendo el poder sancionador empresarial como uno de los medios idóneos para la defensa del interés empresarial y la organización productiva.

¹¹⁰ CASTRO ARGÜELLES, M.A. *Op.cit.*, p. 33; FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. *Op.cit.*, p. 42; POQUET CATALÁ, R. *Op.cit.*, p. 30; TERRADILLOS ORMAETXEA, E. *Op.cit.*, pp. 14 y 15; GIL Y GIL, J.L y SAGARDOY DE SIMÓN, Í. *Op.cit.*, p. 29.

¹¹¹ CASTRO ARGÜELLES, M.A. *Op.cit.*, pp. 34 y 35; TERRADILLOS ORMAETXEA, E. *Op.cit.*, p. 14.

¹¹² RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. “Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución Española”, *Revista de Administración pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 177, 2008, p. 173; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C; ALFARO ÁGUILA-REAL, J. “Artículo 38” en AAVV (dirs. CASAS BAAMONDE, M.E; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M). *Comentarios a la Constitución Española, XXX aniversario*, Wolters Kluwer, 2008, p. 984.

¹¹³ MESQUITA, J. L de. *Op.cit.*, p. 22.

V. Acerca de la incompatibilidad de la responsabilidad civil en el ámbito laboral. El poder sancionador como único mecanismo de respuesta ante los incumplimientos del trabajador

Si hay algo en lo que coincide la gran mayoría de la doctrina que se ha ocupado del análisis del poder disciplinario empresarial es en el hecho de que surge como consecuencia de la inadecuación de los remedios tradicionales del Derecho común para exigir responsabilidad al trabajador ante los incumplimientos que cometa en la relación de trabajo¹¹⁴. Ello ha desembocado en una intensa discusión sobre su compatibilidad con el régimen de responsabilidad contractual propio del ámbito civil, previsto en los artículos 1.101 y ss. CC, que resultaría aplicable al ámbito laboral en virtud del artículo 4.3 CC y sería muy útil sobre todo para reaccionar a las faltas de asistencia o a la impuntualidad de los trabajadores¹¹⁵.

Y en efecto, la compatibilidad entre la responsabilidad contractual civil y la responsabilidad disciplinaria laboral encuentra su fundamento en el hecho de que las finalidades perseguidas con cada sistema son bien diferentes: mientras que la responsabilidad contractual del trabajador tiene un fin resarcitorio, la responsabilidad disciplinaria tiene un fin sancionador¹¹⁶, por lo que en caso de concurrencia cumulativa no cabe sostener la incompatibilidad de ambos sistemas basándose en el principio *non bis in ídem*, al no existir una doble sanción sino una sanción acompañada de un resarcimiento

¹¹⁴ Por todos, véanse DURÁN LÓPEZ, F. “Las garantías del cumplimiento...” *Op.cit.*, p. 11 y ss; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *El poder disciplinario en la empresa Op.cit.*, pp. 48 y ss; PEDRAJAS MORENO, A. *Op.cit.*, pp. 324 y 325; CASTRO ARGÜELLES, M.A. *Op.cit.*, p. 212; TERRADILLOS ORMAETXEA, E. *Op.cit.*, p. 13; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. *Op.cit.*, pp. 20 y 21; POQUET CATALÁ, R. *Op.cit.*, p. 213; MORENO DE TORO, C. *Op.cit.*, p. 256.

¹¹⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. “El poder disciplinario en la organización de la empresa” *Op.cit.*, p. 157. Enfocando esta problemática desde otra perspectiva, Molina Navarrete ha entendido que el régimen disciplinario laboral se integra dentro del régimen contractual civil, siendo su versión laboralizada, adaptada a la naturaleza de la prestación de trabajo. Véase MOLINA NAVARRETE, C. *Op.cit.*, pp. 91-99. Sin embargo, a pesar de la encomiable argumentación dogmática del autor, la asunción de esta posición supone acoger un concepto de sanción equivalente al de toda consecuencia jurídica prevista por el ordenamiento, amén de la dificultad de superar grandes diferencias que tiene cada uno de estos regímenes, tales como su carácter objetivo -civil- o subjetivo -laboral-, o su finalidad reparadora -civil- o sancionadora en sentido estricto -laboral-, en los términos que plantearemos a continuación. Nótese, además, que si la responsabilidad civil fuera una modalidad específica de responsabilidad contractual, la genérica que emana del Derecho común no resultaría aplicable al ámbito laboral, operando de forma excluyente.

¹¹⁶ CASTRO ARGÜELLES, M.A. *Op.cit.*, p. 211. La autora apunta que la ausencia de finalidad restitutoria es patente por la exclusión de las multas de haber (art. 58.3 ET).

contractual¹¹⁷. De esta forma, el régimen disciplinario laboral se limita a consagrar un régimen de responsabilidad diferente más acorde a la propia estructura de las relaciones laborales que permite la consecución de un interés alejado de la idea de resarcimiento, que no tiene virtualidad práctica en el Derecho del trabajo¹¹⁸. Habida cuenta de esta diferencia en los intereses y finalidades de las medidas, queda admitida la responsabilidad contractual siempre que en el caso concreto concurren los requisitos generales para la exigencia de responsabilidad¹¹⁹.

Esta interpretación ha sido aceptada jurisprudencialmente, si bien ha sido matizada por entender que no resultan trasladables los mecanismos civiles al ámbito laboral de forma totalmente automática. Así, basándose en el principio de ajenidad en los riesgos, el Tribunal Supremo ha entendido que el trabajador únicamente deberá responder contractualmente de los daños causados si en su actuación ha obrado de forma dolosa o temerariamente negligente¹²⁰, pero no cuando su actuación se enmarque en un actuar levemente imprudente o negligente¹²¹. Y ello porque el riesgo de la actividad empresarial

¹¹⁷ CREMADES SANZ-PASTOR, B. *Op.cit*, p. 239. Cifándolo a la acción de regreso prevista en el artículo 1904 CC, véase MORENO DE TORO, C. *La responsabilidad civil del empresario por actos de sus empleados*, Consejo Económico y Social, 1999, p. 250.

¹¹⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. “El poder disciplinario en la organización de la empresa” *Op.cit*, p. 55. Véase, en el mismo sentido, DURÁN LÓPEZ, F. “Las garantías del cumplimiento...” *Op.cit*, p. 12, donde el autor enumera los remedios civiles con los que cuenta el empleador ante un incumplimiento del trabajador a falta de un sistema de responsabilidad disciplinaria, haciendo énfasis en su inoperatividad: ejecución forzosa, resolución de la relación laboral, y la exigencia de la reparación del daño causado. En la página 52, el autor justifica por qué la responsabilidad contractual tampoco resulta práctica en el ámbito laboral: el riesgo de que el empleador deba iniciar un costoso procedimiento judicial y que el trabajador resulte finalmente insolvente, junto con el elevado valor de la maquinaria empresarial y, por supuesto (nota importante habida cuenta de lo anteriormente desarrollado en relación a la naturaleza del poder disciplinario) la inmediata ejecutividad del sistema sancionador privado.

¹¹⁹ DURÁN LÓPEZ, F. “Las garantías del cumplimiento...” *Op.cit*, pp. 57 y 58; SEMPERE NAVARRO, A.V; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Aranzadi, 2003, p. 133.

¹²⁰ SSTS de 14 de noviembre de 2007 (rec. 4726/2006), FJ 2; de 30 de noviembre de 2011 (rec. 887/2011), FJ 3.

¹²¹ En el mismo sentido, asumiendo la interpretación jurisprudencial, CAMAS RODA, F. “La responsabilidad civil por daños en el Derecho del trabajo” en AAVV. *La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales. XXIII Congreso Nacional de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, AEDTSS/Cinca, 2013, p. 25; TODOLÍ SIGNES, A. “Glosa judicial. Infracciones en los transportes por carretera y la responsabilidad del trabajador. Comentario a la STS, Social, de 30 de noviembre de 2011 (RCUD nº 887/2011)”, *Actualidad laboral*, Wolters Kluwer, nº 21, 2012, p. 2145; MELLA MÉNDEZ, L. “La responsabilidad civil por daños en el contrato de trabajo” en AAVV. *La responsabilidad civil por daños...* *Op.cit*, pp. 195 y ss.; MELLA MÉNDEZ, L. *La responsabilidad indemnizatoria del trabajador durante la vigencia del contrato de trabajo*, Wolters Kluwer, 2017, p. 122.

(incluso el que se puede dar por infracciones en las obligaciones laborales de los empleados) es soportado por el empresario, de tal suerte que deviene contrario a la naturaleza de la relación laboral exigir una responsabilidad por todo daño causado al trabajador, sin perjuicio de la eventual exigencia de aquéllos causados por manifiestas contravenciones de sus tareas.

Debemos desechar, por tanto, las interpretaciones doctrinales que proponían elementos alternativos para sostener la compatibilidad entre ambos tipos de responsabilidad¹²²: (i) la que sostenía tal compatibilidad únicamente ante conductas del trabajador lo suficientemente graves como para justificar el despido disciplinario, sin ningún tipo de elemento subjetivo añadido¹²³; (ii) la que proponía que la responsabilidad contractual civil era una sanción, entendiendo por tal la consecuencia negativa de una previa actuación¹²⁴, toda vez que el concepto “sanción” lo debemos encontrar en la propia norma, como reacción a la desobediencia de una orden bajo amenaza, y no en normas que prevean sistemas resarcitorios; y (iii) a la inversa, que el sistema de responsabilidad disciplinaria forme parte de la responsabilidad contractual del trabajador, pudiéndose acudir alternativamente a uno u otro pero, en suma, siempre moviéndonos dentro del marco estrictamente contractual¹²⁵, habida cuenta de la ya indicada desigualdad normativa que nos permite afirmar que la responsabilidad disciplinaria configura un auténtico sistema sancionador mientras que la responsabilidad contractual es un sistema puramente resarcitorio.

Asimismo, por la importancia que tiene en la doctrina más reciente sobre este particular, también tenemos que rechazar dos concepciones que se han ofrecido en los últimos tiempos de extraordinaria relevancia. Por un lado, la concepción que se pronuncia en favor de la subsidiariedad de la responsabilidad civil por tratarse de uno de los mecanismos jurídicos inherentes a la resolución contractual. En efecto, se ha llegado a afirmar que, al igual que en el Derecho civil donde resulta posible la acumulación de la resolución contractual *ex art. 1124 CC* y la reclamación de daños, resulta posible que la

¹²² Un análisis actual de estas posiciones tradicionales en MELLA MÉNDEZ, L. *La responsabilidad indemnizatoria...* *Op.cit.*, pp. 103 y ss.

¹²³ DURÁN LÓPEZ, F. “Las garantías del cumplimiento...” *Op.cit.*, pp. 54 y 55.

¹²⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *El poder disciplinario en la empresa Op.cit.*, p. 56.

¹²⁵ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. *Op.cit.*, p. 22.

laboralización de tal figura resolutive (las sanciones disciplinarias) puedan ir acompañadas de la misma acción¹²⁶. Además, una argumentación contraria supondría colocar al empleador en una posición inferior al trabajador, vulnerando el principio de paridad de partes, porque el empresario no podría reclamar estos daños y el trabajador sí, cuando acompaña a la resolución causal la pretensión del abono de un daño moral por vulneración de derechos fundamentales¹²⁷. A pesar de esta aguda argumentación, ya hemos justificado anteriormente que el régimen disciplinario no emana de forma plena del artículo 1124 CC, presentando notables diferencias que hacen que los sistemas en análisis no compartan un mismo régimen jurídico. En línea con ello, no es posible hablar de una vulneración del principio de paridad de partes porque se trata de un mecanismo jurídico que entra en juego cuando las partes en conflicto se sitúan en pie de igualdad, y no en forma asimétrica¹²⁸.

Por otro lado, otro replanteamiento acerca de la compatibilidad entre responsabilidad civil y sanciones laborales se basa en conceptualizar la primera como una obligación de protección, alejándola del papel subsidiario que se le ha atribuido de forma tradicional¹²⁹. Según esta doctrina, la prestación laboral como obligación principal del contrato de trabajo sitúa a su lado una serie de obligaciones destinadas a impedir su vulneración (diligencia, adecuado respeto a los medios de producción, etc.), de tal suerte que el poder disciplinario se configuraría como la consecuencia jurídica de estas obligaciones secundarias supeditadas a la principal, al igual que sucede en el ámbito civil con la fianza o con la cláusula penal. La diferencia entre los dos ámbitos estribaría en que en el ámbito civil el incumplimiento de la obligación secundaria no es autónomo, sino que queda absorbido por el incumplimiento principal, al contrario que en el ámbito laboral donde sí se da esta autonomía. Así, en la rama social del Derecho el incumplimiento de la obligación secundaria no implica de forma necesaria un incumplimiento de la principal,

¹²⁶ MELLA MÉNDEZ, L. *La responsabilidad indemnizatoria...* *Op.cit.*, pp. 120 y 121.

¹²⁷ *Ídem.*

¹²⁸ Finalmente, conviene señalar que no es acertada la equiparación que se realiza entre el daño moral por vulneración de un derecho fundamental y la responsabilidad civil en la resolución contractual, al tratarse de partidas indemnizatorias radicalmente diferentes. La primera de ellas es consecuencia de lesiones de las libertades básicas del trabajador que tiene una aplicabilidad plena al ámbito social, mientras que la segunda no encuentra encaje en este tipo de relación de forma alguna, al basarse, como ha quedado ya indicado, en la igualdad de los intervinientes en la relación jurídica, sin poder resultar aplicable al ámbito social.

¹²⁹ FERRANTE, V. *Op.cit.*, pp. 20 y 21.

que lleva a un restablecimiento del equilibrio contractual, sino que atiende a un elemento distinto del resultado como es la idoneidad del comportamiento del trabajador para evitar la imposibilidad de la prestación¹³⁰.

Sin embargo, en el fondo esta argumentación no aporta nada nuevo al análisis doctrinal, toda vez que no tiene sentido ver en los presupuestos de las sanciones laborales obligaciones con contenido propio separadas de la obligación principal del contrato de trabajo. En efecto, esta posición doctrinal toma una teoría donde las obligaciones accesorias son auténticas obligaciones que las partes civiles adoptan para acompañar a la principal y garantizar su cumplimiento y la adapta al ámbito laboral donde los presupuestos de las sanciones se configuran como desvíos del recto comportamiento exigible a la luz del contrato de trabajo, y no como obligaciones añadidas. Pero su configuración como obligaciones adicionales permite distinguir entre las diversas consecuencias jurídicas a imponer en caso de transgresión (sancionadoras en caso de vulneración de las secundarias e indemnizatorias en caso de la primaria), sin reparar en su diferente naturaleza, que es el aspecto clave para sostener su incompatibilidad, habida cuenta de que su distinta concepción enlaza directamente con la relación jurídica subyacente en el ordenamiento jurídico laboral.

Y rechazadas estas posiciones, procedemos a continuación a ofrecer los argumentos para sustentar la posición por la que nos inclinamos en este trabajo. Es decir, por qué la línea jurisprudencial actualmente dominante no casa con la naturaleza del Derecho del Trabajo. Para ello, debemos retomar la línea discursiva sobre la subsidiariedad del sistema civil de responsabilidad para señalar que esta construcción no casa con la dogmática general de la responsabilidad contractual y, además, no guarda ninguna relación con el principio de ajenidad en los riesgos.

La oposición a la figura genérica de la responsabilidad contractual es consecuencia de requerir un elemento subjetivo (malicia o negligencia temeraria) para apreciar su concurrencia, de forma similar a las sanciones laborales. Y es que, si bien la responsabilidad contractual exige que se aprecie culpa en la conducta de quien incumple las obligaciones asumidas, esta culpa tiene un contenido conceptualmente diverso al que se le dota en la jurisprudencia laboral. No se trata de malicia o negligencia en su sentido tradicional, sino de todo alejamiento de las pautas ordinarias de conducta del hombre

¹³⁰ *Ídem*, p. 20.

medio, ya existan o no tales elementos subjetivo¹³¹. Incluir este requisito, en fin, no hace sino poner de manifiesto que la inclusión de la responsabilidad contractual en Derecho del trabajo no es más que otra forma de hacer responsable al trabajador de conformidad con un sistema *cuasisancionador*, porque la exigencia de un elemento subjetivo para activar el sistema de responsabilidad es un mecanismo propio de este tipo de regímenes.

De otra parte, la argumentación criticada cambia el sentido del requisito de ajenidad en los riesgos a fin de hacer la construcción compatible con su lógica. Ciertamente, la ajenidad en los riesgos como elemento diferenciador de la relación de trabajo únicamente hace referencia a los riesgos inherentes a la actividad empresarial, al riesgo y ventura de la actividad económica, tal como apunta la doctrina clásica sobre este elemento¹³². No es un concepto que identifique los riesgos derivados de la actuación de los trabajadores que pudieran desembocar en un resultado dañoso contra el patrimonio empresarial¹³³, por más que tal daño suponga, lógicamente, una carga que soporta la empresa y que puede incidir en sus resultados económicos.

En definitiva, no resulta procedente subsumir estas situaciones bajo el requisito de ajenidad, pensado para diferenciar el contrato laboral del civil en atención a la asunción del riesgo puramente empresarial (inherente a la actividad económica) ampliando su concepto para que incluya al riesgo derivado del actuar de los trabajadores. Y ello no implica dejar al empleador huérfano de todo sistema resarcitorio ante el daño causado por el trabajador, porque si este daño guarda relación con las tareas desempeñadas el empresario podrá resarcirse directamente a través de la potestad sancionadora (derivada del criterio de dependencia, no ajenidad). Y si no existe esta conexión con la prestación

¹³¹ *Vid.* Cap. VI.III.1.

¹³² BAYÓN CHACÓN, G; PÉREZ BOTIJA, E. *Manual de Derecho del trabajo*, Marcial Pons, 7ª edición, 1968, pp. 15 y ss. Posteriormente, ALARCÓN CARACUEL, M.R. “La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, nº 28, 1986, p. 504. En especial, ciñendo el requisito de ajenidad en el riesgo al riesgo inherente del proceso productivo para diferenciarlo del riesgo laboral asumido por el trabajador (por más que aquél pueda tener alguna incidencia sobre la propia condición de trabajador), véase VILLA GIL, L.E de la. “Apuntes sobre el concepto de trabajador en el Derecho español” en PALOMEQUE LÓPEZ, M.C; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN (coords.) *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, CEF, 2006, p. 673 (publicado originalmente en *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo*, Valencia, nº 4, 1972).

¹³³ Tal como entiende la doctrina interpretativa de esta línea jurisprudencial. Así, MELLA MÉNDEZ, L. *La responsabilidad indemnizatoria... Op.cit*, p. 106.

del trabajo, el trabajador incurrirá en responsabilidad civil, pero no por *trabajador*, sino por haber cometido un daño como cualquier otro ciudadano, lo que justifica la exigibilidad de la responsabilidad civil pero de conformidad con los estrictos parámetros civiles y en la jurisdicción civil, idónea para ello.

Además, hay que resaltar la autonomía del Derecho del trabajo respecto al Derecho civil, que impide que el régimen de responsabilidad contractual pueda aplicarse por vía supletoria (art. 4.3 CC)¹³⁴, porque la rama social del Derecho ha recogido el elenco de conductas que deben dar lugar a responsabilidad adaptándolas a un sistema alternativo más acorde a los principios propios de esta rama jurídica, sin que, consecuentemente, pueda tener entrada otro régimen diferente; un sistema disciplinario que se basa en la sanción disciplinaria, adaptada a los principios sancionadores subyacentes al ámbito laboral.

Por otro lado, también se opone al juego de la responsabilidad civil en el ámbito social una interpretación auténtica, habida cuenta de que diferentes normas establecen de forma expresa las situaciones en las que, en el ámbito de las relaciones laborales, resulta válida la responsabilidad común. Este fenómeno se puede ver en la regulación legal específica sobre la causación de daños empresariales a terceros como consecuencia de la conducta del trabajador, donde responde el empresario (art. 1903.4 CC) pero con la posibilidad de repetir contra el trabajador (art. 1904.1 CC)¹³⁵. Así las cosas, cuando el daño no se cause a la empresa, sino a terceros, será admisible la responsabilidad contractual basándose en tal derecho de repetición, excluyendo un régimen de responsabilidad general con una vocación extensiva que haría superflua la mención a estos preceptos civiles.

En el mismo sentido, cuando nos encontramos en un ámbito donde confluyen la relación laboral con otras circunstancias personales susceptibles de ocasionar cualquier tipo de responsabilidad, el legislador ha sido sensible a la separación entre ambos planos.

¹³⁴ Del mismo modo que cuando una regla propia del Derecho del Trabajo establece un régimen indemnizatorio diferente resulta aplicable desplazando al régimen general (véase SEMPERE NAVARRO, A.V y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. *La indemnización... Op.cit*, p. 77), cuando la rama social del Derecho prevé un régimen de responsabilidad diferente, éste debe desplazar al régimen de responsabilidad común, aplicable a una lógica de equilibrio entre las partes del contrato que no es propia del ámbito laboral.

¹³⁵ Cuestión ya advertida, si bien haciendo referencia al sistema de repetición y no al análisis sistemático, en MORENO DE TORO, C. *La responsabilidad civil... Op.cit*, p. 249.

Así, cuando un conductor incumpla la normativa de la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres mientras presta servicios por cuenta ajena, la responsabilidad corresponderá al empresario, quien podrá *deducir las acciones que a su juicio resulten procedentes* contra el trabajador¹³⁶, acciones que se enmarcan en el ámbito de la responsabilidad contractual (arts. 1101 y 1904 CC)¹³⁷. Pero esta eventual derivación de responsabilidad civil parte de una premisa que es la comisión de la conducta por el propio trabajador por motivos ajenos a la relación laboral, como puede ser una multa de tráfico por exceso de velocidad. Cuando se comete la infracción y ésta tiene alguna conexión con tal relación entra en juego el artículo 138.4 LOTT, que exime de responsabilidad a la empresa cuando el trabajador hubiera manipulado el tacógrafo (instrumento del control de la ruta del conductor) u omitido de los tiempos de descanso, si además ha sido sancionado por la comisión de esta falta, que deberá ser considerada muy grave. Como vemos, ante una infracción susceptible de lesionar el interés empresarial se impone responsabilidad al empleador de conformidad con los parámetros generales, pero se permite que éste pueda repercutirla en forma de sanción laboral, lo que hace pensar en que el legislador tenía en mente una suerte de *deducción de acciones* pero por las especialidades propias de la relación de trabajo fue necesario ajustar el esquema normativo de esta forma, ofreciéndonos un indicio de la falta de aplicación de la responsabilidad civil en el ámbito laboral.

En tercer lugar, el Estatuto de los Trabajadores únicamente hace referencia a la responsabilidad indemnizatoria del trabajador en un supuesto muy particular, que es la vulneración de la obligación de permanencia (art. 21.4 ET). Amén de la interpretación auténtica antedicha, resulta llamativo que el único supuesto en el que se haga esta referencia sea en un supuesto de extinción contractual donde no resulta eficaz el poder disciplinario¹³⁸. Esta circunstancia da idea del mecanismo de exclusión en el que estaba

¹³⁶ Artículos 138.1 y 138.2 LOTT.

¹³⁷ STS de 30 de noviembre de 2011 (rec. 887/2011), FJ 3; TODOLÍ SIGNES, A. *Op.cit.*, p. 2147.

¹³⁸ DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, M. “Pretensiones indemnizatorias de daños y perjuicios por los empresarios frente a sus trabajadores (reflexión sobre su procedencia y exposición sistemática de pronunciamiento del Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia”, *Aranzadi social revista doctrinal*, Aranzadi, nº 21, 2009, pp. 111 y 112. En sentido contrario, MELLA MÉNDEZ, L. *La responsabilidad indemnizatoria... Op.cit.*, p. 116. La autora considera que debe partirse de la compatibilidad entre ambos tipos de responsabilidad, de tal forma que la mención que aquí se contiene sería declarativa, excluyendo la responsabilidad disciplinaria de forma expresa cuando ya no es eficaz. Pero resulta forzado pronunciarse en este sentido. Desde el inicio el legislador es consciente del posible juego de la responsabilidad civil en el ámbito laboral, pero niega su influencia al no pronunciarse sobre ello; este silencio en ningún caso puede interpretarse como una aceptación implícita de esta figura

pensando el legislador a la hora de configurar ambos regímenes: el disciplinario mientras se mantiene vigente la relación laboral y el contractual únicamente cuando éste no resulte efectivo por no encontrarse vigente ésta, a pesar de que el daño causado tenga una relación indirecta con ella¹³⁹.

Además, una mirada histórica a la normativa laboral muestra cómo de forma progresiva se va superando la asunción de la responsabilidad contractual en el ámbito laboral. Así, mientras que en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 se contenían diversos preceptos donde se responsabilizaba al trabajador por los daños cometidos, actualmente todos ellos han desaparecido (incluso el artículo 63 LCT, donde la doctrina se amparaba para sostener la plena vigencia de esta figura jurídica en el ámbito social¹⁴⁰), manteniéndose únicamente el ya referido artículo 21.4 ET para un supuesto en el que ya resulta ineficaz la responsabilidad disciplinaria¹⁴¹.

En resumen, a pesar de que jurisprudencialmente se haya admitido la responsabilidad contractual en el ámbito laboral en una relación de complementariedad con el régimen disciplinario, razones de índole sistemática, histórica, y coherentes con la propia naturaleza del Derecho del trabajo aconsejan revertir esta doctrina, de tal suerte que ambos sistemas se rijan por una relación de especialidad en la que únicamente la responsabilidad contractual alcance a aquellos supuestos donde existe una relación indirecta con el contrato de trabajo al ya no encontrarse éste vigente. La asunción de la relación de complementariedad obedece a una concepción excesivamente contractualista de la relación de trabajo en la que deben integrarse los principios sancionadores, porque la responsabilidad del trabajador es un ámbito que debe quedar más próximo a un sistema

jurídica y, menos aún, puede entenderse que la única referencia expresa en tal sentido se considere meramente declarativa excluyendo otro mecanismo que, por definición, no resulta aplicable.

¹³⁹ CREMADES SANZ-PASTOR, B. *Op.cit*, p. 139.

¹⁴⁰ DURÁN LÓPEZ, F. “Las garantías del cumplimiento...” *Op.cit*, p. 53.

¹⁴¹ DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, M. *Op.cit*, p. 112. En sentido contrario, entendiendo que el desarrollo histórico apoya la conclusión de la supletoriedad actual de la responsabilidad civil, MELLA MÉNDEZ, L. *La responsabilidad indemnizatoria...* *Op.cit*, pp. 98 y ss. En la página 117, la autora considera que el silencio de la normativa actual en contraste con los textos previos que sí preveían esta inclusión sí permite pronunciarse en tal sentido, pero que sostener una posición excluyente no resulta razonable como consecuencia de la gravedad de determinadas faltas que pueden ser cometidas. Considero que este argumento finalista no es suficiente como para justificar el silencio que actualmente guarda el Estatuto de los Trabajadores, toda vez que el radical cambio de posición que actualmente adopta resulta especialmente llamativo.

sancionador que a un sistema contractual, dada su estrecha relación con la dimensión personal de la prestación laboral.

CAPÍTULO II.- LA VINCULACIÓN HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO SANCIONADOR DEL TRABAJO

I. Planteamiento

Tradicionalmente, los Derechos fundamentales han sido considerados únicamente vinculantes frente al poder público, de tal forma que sólo se pueden oponer frente a ellos, resultando plenamente inoperantes en las relaciones jurídico-privadas, en las que habrá de atenderse a las normas establecidas por las partes como en el ejercicio de su libre voluntad.

Sin embargo, esta visión tradicional se está viendo recientemente superada por aportaciones doctrinales (y, sobre todo, por la práctica judicial) que consideran que los Derechos fundamentales también son susceptibles de aplicación en las relaciones jurídico-privadas, lo cual puede tener una trascendencia capital a la hora de analizar el régimen jurídico sancionador del trabajo. Por tanto, conviene estudiar el modo en que tales derechos subjetivos resultan trasladables al ámbito privado, prestando especial atención al objeto de este estudio, que es el poder disciplinario en la empresa.

Si bien se ha hablado de eficacia horizontal de los Derechos fundamentales, parte de la discusión doctrinal surge de un equívoco terminológico, ya que el término *eficacia* no hace referencia a la problemática sustantiva (esto es, si los Derechos fundamentales resultan oponibles a otros particulares), sino a la problemática procesal (al modo en que resultan garantizados una vez se ha producido su lesión). Este equívoco es consecuencia de la terminología utilizada en la doctrina alemana asumida en España. Por ello, procede reservar el término *eficacia* para la cuestión procesal, en línea con su significado ordinario, permitiéndonos hablar de *vinculación* de los Derechos fundamentales frente a particulares, cuando tratemos la perspectiva sustantiva¹⁴². Así las cosas, en este trabajo

¹⁴² PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Lecciones de Derechos fundamentales*, Dykinson, 2004, pp. 336 y ss. Sin mencionar la terminología, pero poniendo el acento en la necesidad de distinción de ambas vertientes, GARCÍA TORRES, J; JIMÉNEZ-BLANCO, A. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, 1986, p. 40; CRUZ VILLALÓN, P. “Derechos fundamentales y derecho privado”, *Revista de la Academia sevillana del notariado*, EDERSA, 1988, pp. 106-107. Véase también el mismo artículo compilado en CRUZ VILLALÓN, P. *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2ª edición, 2006, pp. 227 y ss. En el mismo sentido, MOLINA NAVARRETE, C. “Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los Derechos fundamentales (el paradigma de la drittwirkung laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, nº 3, 1991, p. 64; VALDÉS DAL-RÉ, F. “Poderes del empresario y derechos de la

deslindaremos ambas vertientes y analizaremos cada una por separado, otorgando una cierta preferencia a la problemática de la vinculación como consecuencia del carácter eminentemente dogmático que reviste este estudio. Pero ello no implica que vayamos a dejar totalmente desatendidas u omitidas las cuestiones procedimentales, sino que nos limitaremos a realizar ciertos apuntes especialmente relevantes en lo que respecta a las vías de defensa de los Derechos fundamentales que tengan relación con las garantías sancionadoras en el ámbito laboral, ya que (casi) todas ellas comparten el hecho de encontrar un directo anclaje en un Derecho fundamental.

II. Vinculación horizontal de los Derechos fundamentales. La extensión sustantiva a las relaciones entre particulares y el especial papel de la relación laboral

II.1.- Conceptualización histórica de los Derechos fundamentales. De dinamizadores de las relaciones sociales a limitadores del poder estatal, y vuelta al inicio

Uno de los principales argumentos para negar la vinculación horizontal de los Derechos fundamentales estriba en que razones históricas lo impiden. Los Derechos fundamentales surgirían como un límite al poder estatal tras un proceso de autolimitación del propio Estado, siguiendo la línea del positivismo jurídico que surgió en Alemania en el siglo XIX, cuyo máximo exponente es JELLINEK¹⁴³.

Sin embargo, los Derechos fundamentales no tuvieron un surgimiento histórico con un papel estrictamente limitador del poder público, sino que su aparición se debe situar en un momento anterior, al calor de las doctrinas contractualistas que sirvieron para fundamentar el surgimiento del Estado en los ss. XVII (proceso de aparición de los Estados Unidos de América) y XVIII (Revolución francesa y periodo de formación del nuevo sistema jurídico británico)¹⁴⁴. En este periodo temporal se construye un nuevo

persona del trabajador” en APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A. (dirs.). *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, 1992, p. 43.

¹⁴³ BILBAO UBILLOS, J.M. *La eficacia de los Derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de estudios políticos y constitucionales, 1997, pp. 233 y ss; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Op.cit.*, pp. 333-334; VENEGAS GRAU, M. *Derechos fundamentales y derecho privado. Los Derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Marcial Pons, 2004, p. 130. Como estos autores ponen de manifiesto, esta concepción se basa en una construcción muy impregnada de los postulados históricos de principios del s. XIX, en el marco de la construcción de un Estado liberal en el que la burguesía trataba de superar el periodo previo de absolutismo. Se trata, así, de poner un límite a la principal amenaza contra las libertades individuales, base de este Estado.

¹⁴⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Op.cit.*, pp. 90 y ss. Este momento histórico es al que debemos remontarnos para estudiar la concepción originaria de los Derechos fundamentales, tal como se afirma

poder social fundamentándolo en la superación del estado de naturaleza para avanzar hacia la construcción de un contrato social. Se pasa de la ausencia de poder a la creación de uno colectivo mediante la asociación de los particulares, en cuya formación los derechos naturales e inherentes a la persona que ostenta en el estado de naturaleza son la base del posterior Estado. Por este motivo, el poder colectivo no debe limitarse a respetarlos, sino que debe salvaguardarlos y dinamizarlos, fomentando su ejercicio porque, a su vez, es la base del propio poder¹⁴⁵.

En otras palabras, en la mentalidad originaria de los Derechos fundamentales no encontramos únicamente el recelo del poder absoluto de quien lo ostenta, sino que también está presente una esperanza en la construcción de una nueva forma de organización colectiva, social, formada por el conjunto de las voluntades individuales de quienes componen la sociedad. Por tanto, subyace una mentalidad de fomento de las relaciones privadas, beneficiosas tanto para el individuo como para el colectivo.

Será posteriormente, con la doctrina de los derechos públicos subjetivos, cuando tenga lugar la identificación de los Derechos fundamentales con un proceso de autolimitación del Estado¹⁴⁶. En esta construcción del Estado liberal se considera que el Derecho privado se compone de leyes inmutables directamente emanadas de la razón, de

en VENEGAS GRAU, M. *Op.cit.*, p. 123. Una perspectiva histórica del surgimiento de los Derechos fundamentales, desde las iniciales manifestaciones como delegación del poder monárquico que desembocan en la universalización de estas delegaciones que aconteció en Inglaterra a partir del s. XVI, pasando por su influencia en el proceso de racionalización propio de las colonias norteamericanas del s. XVII y que finalmente desemboca en la Revolución francesa, puede verse en ROVIRA VIÑAS, A. *El abuso de los Derechos fundamentales*, Península, 1983, pp. 13-25.

¹⁴⁵ VENEGAS GRAU, M. *Op.cit.*, pp. 123 y ss.; CRUZ VILLALÓN, P. *Op.cit.*, pp. 101 y 102; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Op.cit.*, p. 335; NARANJO DE LA CRUZ, R. *Los límites de los Derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2000, pp. 188 y 189. En sentido contrario, afirmando la configuración como límite al poder público que tenían los Derechos fundamentales en los primeros estados liberales de base contractualista, véanse BILBAO UBILLOS, J.M. “La consolidación dogmática y jurisprudencial de la drittwirkung: una visión de conjunto”, en AAVV *Los Derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, UAM/BOE, nº 21, 2017, p. 50; VALDÉS DAL-RE, F. “La eficacia general de los Derechos fundamentales en las relaciones laborales: experiencias de derecho comparado”, *Derecho de las relaciones laborales*, Lefebvre-El Derecho, nº 3, 2017, pp. 201-202.

¹⁴⁶ El Estado ostentaría un poder ilimitado y originario sobre los individuos, carentes de personalidad. Poco a poco, este poder se va limitando en varias fases, reconociendo nuevos status a quienes se encuentran sometidos a él: *status libertatis*, reconociendo una libre esfera de actuación; *status civitatis*, reconociendo prestaciones del Estado en favor del ciudadano; y *status activae civitatis*, reconociendo al individuo la capacidad de actuar por cuenta del Estado. El *status libertatis*, el más relevante a los efectos de este estudio, se reconoce simplemente en un sentido negativo, como ausencia de restricciones a la libertad individual. Véanse, en este sentido, NARANJO DE LA CRUZ, R. *Op.cit.*, pp. 163 y ss; VENEGAS GRAU, M. *Op.cit.*, p. 130.

tal forma que ninguna autoridad puede modificarlas, al contrario de lo que sucede con el poder público, compuesto por leyes arbitrarias susceptibles de cambio por motivos de oportunidad, por voluntad de quien ostenta el poder social. Así las cosas, cambia la concepción del Derecho natural, de tal forma que sus manifestaciones dinamizadoras de las relaciones privadas se integran en el actual Derecho privado, mientras que el resto modifica su naturaleza pasando a operar como meros límites del poder público, ya que por su propia ontología serán susceptibles de incurrir en arbitrariedad¹⁴⁷.

Esta construcción jurídica presente en el Estado liberal llega hasta las constituciones surgidas desde el periodo posterior a la II Guerra Mundial, y consecuentemente, es la dominante en el momento en que los Derechos fundamentales son reconocidos y positivizados, de ahí que en principio se les considere nacidos con una función limitativa del Estado, y que posteriormente la reflexión sobre los mismos como consecuencia de la evolución social proponga un replanteamiento en su ámbito¹⁴⁸. De esta forma, podemos comprobar cómo en el origen de los Derechos fundamentales no se encuentra únicamente una voluntad limitativa del poder público. Pero aun si así fuera, sería erróneo pensar que este argumento histórico sirve por sí mismo para contradecir una doctrina que, como veremos, cuenta con sólidos puntos de apoyo. Un eventual desarrollo histórico no finalizaría hoy, puesto que los Derechos fundamentales son construcciones jurídicas en movimiento que van mutando su concepción, permitiendo que, incluso surgiendo como meros límites al poder estatal, actualmente cumplan otras funciones, entre las que se puede encontrar su aplicación a las relaciones privadas¹⁴⁹.

II.2.- El papel de la Constitución y de sus Derechos fundamentales en la sociedad actual. La vinculación horizontal desde una perspectiva jurídica y sociológica

¹⁴⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Op.cit.*, pp. 336 y ss.

¹⁴⁸ CRUZ VILLALÓN, P. *Op.cit.*, p. 102. Se ha destacado también la parquedad del papel de los Derechos fundamentales en las Constituciones de la postguerra, por estar más centradas en un papel de reconstrucción de tan tremenda situación social a partir de las libertades que pretendían reconocer, dejando en un segundo plano una conformación más amplia de los Derechos fundamentales. Véase SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. *Los Derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Civitas, 2005, p. 12.

¹⁴⁹ VENEGAS GRAU, M. *Op.cit.*, p. 180. Esta posición parece asumir también PEDRAJAS, al afirmar que en el origen histórico de los Derechos fundamentales se pretendía únicamente la limitación del poder estatal, pero reconociendo que la evolución del Estado liberal al Estado social es determinante para un replanteamiento de esta única función. Véase, en este sentido, PEDRAJAS MORENO, A. *Despido y Derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*, Trotta, 1992, p. 27.

Para estudiar si los Derechos fundamentales deben vincular a los sujetos privados no nos basta con saber de dónde vienen, sino que tenemos que profundizar en qué son. En su naturaleza, función, y papel que juegan en la sociedad actual. A ese objetivo obedece este epígrafe, donde se ofrecerán los argumentos que justifican tal posición, tanto jurídicos como extrajurídicos.

Para pronunciarnos en favor de la vinculación horizontal debemos constatar la realidad social, aislándonos de ficciones teóricas. Así, ya en el capítulo previo indicábamos que las relaciones de subordinación no se dan únicamente entre el Estado y los ciudadanos, sino que van más allá de la esfera del poder público apareciendo también en las relaciones sociales *inter privatos*¹⁵⁰. Por este motivo, los Derechos fundamentales también deben incidir en la esfera de las relaciones privadas, ya que persiguen el control de todo poder, y no sólo del público. Desde el momento que en el ámbito privado encontramos relaciones de subordinación, de poder, deben activarse los mecanismos jurídicos precisos para racionalizarlo, evitando que pueda desembocar en situaciones de abuso y arbitrariedad del sujeto dominante¹⁵¹. Manifestación prototípica de esta situación son las relaciones laborales, originadas en un marco natural de desigualdad entre sus intervinientes.

Si bien este argumento es uno de los que más fuerza tienen para justificar la existencia de vinculación horizontal de los Derechos fundamentales, no es determinante para ello. En efecto, los Derechos fundamentales también ostentan tal vinculación cuando se proyectan sobre relaciones jurídicas en pie de igualdad, por lo que ha de buscarse un fundamento adicional a tal proyección para que alcance a estos casos¹⁵². Además, no toda

¹⁵⁰ Vid. Cap. I.III.2. Haciendo referencia a la importancia de esta cuestión en el específico ámbito laboral al analizar la problemática de la vinculación horizontal, MOLINA NAVARRETE, C. *Op.cit.*, p. 87. El mismo argumento puede verse en MOLINA NAVARRETE, C; OLARTE ENCABO, S. “Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, La Ley, nº 2, 1999, pp. 364-365.

¹⁵¹ BILBAO UBILLOS, J.M. *La eficacia...* *Op.cit.*, pp. 241 y ss; BILBAO UBILLOS, J.M. “La consolidación...” *Op.cit.*, pp. 50 y 51; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Op.cit.*, p. 339; VALDÉS DALRÉ, F. “La eficacia general...” *Op.cit.*, p. 1; VENEGAS GRAU, M. *Op.cit.*, pp. 197 y 198; PEDRAJAS MORENO, A. *Op.cit.*, pp. 22 y 23; RUIPÉREZ ALAMILLO, J. “Sobre la eficacia de los Derechos fundamentales: de la libertad natural a la drittwirkung der grundrechte”, *Anuario da facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 8, 2004, p. 1171. Hablando del poder de los “grupos sociales”, véanse CRUZ VILLALÓN, P. *Op.cit.*, p. 104.

¹⁵² VENEGAS GRAU, M. *Op.cit.*, p. 133. En el mismo sentido, si bien aceptando este argumento como parámetro para valorar el contenido concreto del Derecho fundamental operante en una determinada relación jurídica, véase NARANJO DE LA CRUZ, R. *Op.cit.*, pp. 226 a 230.

desigualdad resulta clave para justificar una eventual protección de la parte más débil del contrato a través de la irradiación del Derecho fundamental. Esta especial protección será necesaria cuando la asimetría contractual *altere la libertad negocial*, como acontece en los contratos de trabajo¹⁵³. Pero también en el ámbito del Derecho común existen supuestos donde las partes contratantes no están en pie de igualdad y, a pesar de ello, no se altera la libertad negocial, sino que únicamente la relación sufre un cambio en su *paridad contractual*. En estas situaciones, si la parte débil de la relación tiene posibilidades razonables de contratar con otro particular, la especial protección otorgada con la vinculación horizontal de los Derechos fundamentales no encontraría justificación¹⁵⁴.

Pero más allá de las relaciones de subordinación que operan en el ámbito privado, que no resulta un argumento clave para afirmar la vinculación horizontal, esta cuestión debe abordarse desde una perspectiva estrictamente conceptual. Y es que pronunciarse en favor de la vinculación horizontal de los Derechos fundamentales supone partir de una determinada concepción de la idea de Constitución¹⁵⁵, que actualmente se configura como un instrumento regulador de las relaciones comunitarias, y no únicamente del poder público. En efecto, se puede comprobar cómo la Constitución ya no sirve únicamente al control y la racionalización de la arbitrariedad proveniente del poder estatal, sino que contiene una serie de valores y principios aplicables al conjunto de las relaciones sociales (públicas y privadas) con base en el principio de unidad del ordenamiento jurídico, impidiendo que existan compartimientos independientes regulados por sus propias reglas

¹⁵³ Vid. Cap. I.III.2, donde justificamos que el trabajador es totalmente libre para aceptar un contrato de trabajo cuando la libertad contractual en sentido civil ha sido lo suficientemente restringida para evitar los abusos a los que se vería sometido.

¹⁵⁴ VENEGAS GRAU, M. *Op.cit.*, p. 132. La problemática planteada desde la perspectiva de la renunciabilidad de derechos que posteriormente abordaremos en ALFARO AGUILA-REAL, J. “Autonomía privada y Derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho civil*, BOE, nº 1, 1993, p. 97. Poner el acento en las posibilidades razonables de contratación alternativa para deslindar cuándo se altera la libertad negocial no resulta novedoso. Se trata también de un elemento determinante para marcar las diferencias entre la intervención legislativa en materia de competencia desleal en el ámbito mercantil y en el ámbito laboral, donde no hay esta razonable posibilidad. Véase NOGUEIRA GUASTAVINO, M. *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*, Aranzadi, 1997, pp. 104-105.

¹⁵⁵ BILBAO UBILLOS, J.M. *La eficacia...* *Op.cit.*, p. 257.

y principios. Así, la Constitución será la norma que establece los valores fundamentales de todo el ordenamiento, sin que ninguna rama jurídica pueda escapar de ellos¹⁵⁶.

Esta concepción del ordenamiento jurídico unitario choca con la concepción iusprivatista que defiende la autonomía del Derecho privado respecto al constitucional. Sin embargo, esta autonomía es consecuencia de un momento inicial de la positivización constitucional que no la concebía como un instrumento plenamente regulador en todas las ramas del ordenamiento, y que actualmente debe entenderse superada. Además, téngase en cuenta que el propio proceso legislativo de las normas de Derecho privado lleva implícito un cierto efecto de los Derechos fundamentales sobre aquéllas, en tanto en cuanto los Derechos fundamentales vinculaban al poder público que las creaba. La independencia de la rama jurídica privada era, por tanto, artificial, ya que de forma refleja resultaba anclada al ámbito público¹⁵⁷.

De forma conexas al papel de la Constitución como norma primera del ordenamiento jurídico unitario debemos reparar en una de las características principales de los Derechos contenidos en la norma constitucional: su fuerza expansiva. Y es que más allá de las normas de desarrollo de estos derechos subjetivos, éstos tienen un contenido preeminente de directa aplicación que progresivamente va ampliándose, irradiando en ámbitos donde no operaban previamente¹⁵⁸. Esta fuerza expansiva permite justificar su operatividad en un ámbito en el que nuestro sistema jurídico no lo situaba con anterioridad.

Este fenómeno conecta de forma directa con el valor superior del texto constitucional: los Derechos fundamentales tienen una *vis expansiva* que se articula a través de la posición prevalente del instrumento en el que se consagran. Así, el texto constitucional no se limita a aceptar la regulación preexistente de las situaciones jurídicas tal como operaban en el ordenamiento privado, sino que hace que sobre ellas actúen los Derechos fundamentales, hace que éstos tengan influencia sobre el ordenamiento preexistente. Y para ello, la Constitución actúa con su Disposición Derogatoria y con el

¹⁵⁶ BILBAO UBILLOS, J.M. *La eficacia...* *Op.cit.*, pp. 257 a 262; BILBAO UBILLOS, J.M. “La consolidación...” *Op.cit.*, p. 51; CRUZ VILLALÓN, P. *Op.cit.*, p. 104; NARANJO DE LA CRUZ, R. *Op.cit.*, pp. 193 a 197. En el mismo sentido, si bien reconociendo que esta unidad no resulta determinante para pronunciarse en favor de la vinculación horizontal, GARCÍA TORRES, J; JIMÉNEZ-BLANCO, A. *Op.cit.*, p. 12.

¹⁵⁷ NARANJO DE LA CRUZ, R. *Op.cit.*, p. 235.

¹⁵⁸ BILBAO UBILLOS, J.M. “La consolidación...” *Op.cit.*, p. 52.

principio de interpretación conforme, como manifestaciones de la preeminencia del texto constitucional¹⁵⁹. En consecuencia, no se puede decir que incluso tras la entrada en vigor de la Constitución el Derecho privado mantenga su independencia porque no se ve afectado por los Derechos fundamentales, al no incidir sobre él de forma expresa. Admitir esto sería tanto como decir que depende de la propia rama jurídica privada aceptar los Derechos fundamentales sometiéndose a la Constitución. Muy al contrario, el propio ordenamiento jurídico privado paulatinamente va reconociendo los valores constitucionales e incorporándolos en su ámbito a partir de la adaptación de las figuras jurídicas que son susceptibles de tal mutación, derogándose el resto¹⁶⁰.

Finalmente, un último argumento en favor de la vinculación horizontal pasa por la constatación de la difuminación de las tradicionales fronteras que se trazaban entre el Derecho público y el Derecho privado. Actualmente, estamos acudiendo a un fenómeno de privatización del poder público y de publicación del poder privado que impiden mantener un nivel de garantías superior en un ámbito que en otro, a riesgo de incurrir en contradicciones y paradojas al aplicar estándares de protección diversos en relación al mismo fenómeno, como consecuencia del uso de categorías jurídicas que van quedando obsoletas¹⁶¹. En el Derecho del trabajo, esta cuestión se refleja en el proceso de privatización de servicios tradicionalmente públicos, que supone, en lo que respecta al poder disciplinario, una rebaja de las garantías sancionadoras que disfrutaban los trabajadores. Mientras que el personal laboral al servicio de la Administración pública tiene un estándar muy garantista, fruto de la influencia del Derecho administrativo sancionador cuando se castiga a estos trabajadores¹⁶², la privatización del servicio provoca que los empleados pierdan todas estas garantías, sometiéndose al régimen disciplinario ordinario.

¹⁵⁹ MOLINA NAVARRETE, C. *Op.cit.*, p. 66; NARANJO DE LA CRUZ, R. *Op.cit.*, p. 237. La Disposición Derogatoria de la Constitución, en su apartado tercero, dispone la derogación de todos los preceptos jurídicos que se opongan al propio texto constitucional.

¹⁶⁰ NARANJO DE LA CRUZ, R. *Op.cit.*, p. 239.

¹⁶¹ BILBAO UBILLOS, J.M. *La eficacia...* *Op.cit.*, pp. 251 y ss; BILBAO UBILLOS, J.M. “La consolidación...” *Op.cit.*, pp. 51 y 52.

¹⁶² En tal sentido permite pronunciarse una interpretación conjunta de los artículos 93.1 EBEP (que establece el mismo régimen sancionador para los funcionarios y el personal laboral al servicio de la Administración) y 94.2 del mismo texto legal, que consagra en este ámbito la vigencia de los principios de legalidad, tipicidad, irretroactividad, proporcionalidad, culpabilidad y presunción de inocencia.

Si bien todos estos argumentos permiten afirmar que los Derechos fundamentales son susceptibles de operar en el ámbito privado, esta construcción debe encontrar encaje en el texto normativo, ya que, en caso contrario, tal posibilidad quedaría en entredicho porque el constituyente habría tenido en mente su implantación pero la habría desechado. Sin embargo, nuestro texto constitucional sí permite reconducir esta construcción teórica al ámbito jurídico-positivo.

Por ello, debemos partir del artículo 1.1 CE, donde se enumeran los *valores superiores* del ordenamiento jurídico. Este precepto consagra una tradición de nuestro constitucionalismo, que parte de estos valores superiores para afirmar que de ellos emanan los Derechos fundamentales, los cuales irradiarán posteriormente sobre el resto del ordenamiento¹⁶³. Nótese que se habla del *conjunto del ordenamiento*, sin restringir la mención al ámbito público, por lo que es razonable concluir que los Derechos fundamentales también se consideran valores superiores de los derechos que forman el ordenamiento privado¹⁶⁴.

Además, debe repararse en la cláusula de *Estado social* contenida en el mismo precepto, que incluye en su contenido una superación del tradicional Estado liberal en el que el ejercicio de las libertades por un particular puede desembocar en el menoscabo de las libertades de otro. Esta cláusula contiene una aproximación entre Estado y sociedad que hace que se deba entender superada esta visión estrictamente liberal del Estado, permitiendo, al contrario que en ella, la aplicación de los Derechos fundamentales en la vida social, y no únicamente frente al poder público¹⁶⁵. Es precisamente por ello por lo que el artículo 9.2 CE menciona la igualdad material de los ciudadanos, trascendiendo la visión estrictamente liberal del Estado¹⁶⁶.

¹⁶³ Contraponiendo este modelo al alemán, donde se parte de unos derechos positivizados que desembocan en la consagración de los valores inspiradores del ordenamiento, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Op.cit.*, p. 345.

¹⁶⁴ NARANJO DE LA CRUZ, R. *Op.cit.*, p. 200; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Op.cit.*, p. 344.

¹⁶⁵ MOLINA NAVARRETE, C. *Op.cit.*, pp. 71-74; NARANJO DE LA CRUZ, R. *Op.cit.*, pp. 198 y 199; BILBAO UBILLOS, J.M. *La eficacia...* *Op.cit.*, pp. 263 y ss. En el ámbito social la cláusula de Estado social como orden constitucional de carácter social que trasciende el Estado liberal ha sido de poca atención en la doctrina laboral, centrándose en el resto de vertientes que tienen una mayor conexión con el sistema de protección social (acciones estatales de intervención social, situación social de bienestar y sistema de Seguridad Social). Haciendo referencia a todas estas manifestaciones para después centrarse en las últimas, véase VALDÉS DAL-RÉ, F. “Estado Social y Seguridad Social (I)”, *Relaciones laborales*, La Ley, tomo II, 1994, p. 65.

¹⁶⁶ BILBAO UBILLOS, J.M. *La eficacia...* *Op.cit.*, p. 263.

En el mismo sentido, el artículo 9.1 CE consagra la sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos al conjunto del ordenamiento, de donde se sigue que también los particulares quedan vinculados a los Derechos fundamentales, en tanto en cuanto éstos forman parte del propio ordenamiento jurídico¹⁶⁷. En línea con ello, el siguiente epígrafe del artículo (art. 9.2 CE) exige que los poderes públicos promuevan las condiciones para lograr la libertad e igualdad reales y efectivas de los individuos y grupos sociales. Con independencia del deber concreto que impone a los poderes públicos, el texto constitucional difícilmente puede hablar de una igualdad sustancial (no meramente formal) y efectiva si no vincula al resto de los particulares, por lo que también aquí podemos apreciar otra manifestación de la vinculación horizontal¹⁶⁸.

Del mismo modo, en línea con lo sostenido sobre los Derechos fundamentales como reguladores del conjunto de las relaciones sociales¹⁶⁹, el artículo 10.1 CE afirma que los derechos emanados de la dignidad de la persona -Derechos fundamentales- fundamentan el orden político y la paz social, concepto este último que tiene un contenido totalmente desconectado de cualquier connotación jurídico-pública¹⁷⁰. Es decir, si los Derechos fundamentales sustentan la paz social, ésta debe entenderse en sentido amplio, abarcando también el Derecho privado. De esta forma, se juridifica y positiviza de forma directa el desarrollo realizado, en orden a afirmar la vinculación horizontal de los Derechos fundamentales. Bien es cierto que el mismo artículo 10.1 CE también fundamenta el orden político y la paz social en el respeto a la ley y a los derechos de otros ciudadanos, elementos que tienen un contenido impregnado de connotaciones jurídico-públicas. Pero

¹⁶⁷ MOLINA NAVARRETE, C. *Op.cit.*, pp. 74 y ss; BILBAO UBILLOS, J.M. *La eficacia...* *Op.cit.*, p. 352; BILBAO UBILLOS, J.M. “La consolidación...” *Op.cit.*, p. 59. NARANJO DE LA CRUZ, R. *Op.cit.*, p. 201; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Op.cit.*, p. 344; VALDÉS DAL-RÉ, F. “Poderes del empresario...” *Op.cit.*, p. 42. En sentido contrario, argumentando que esta cláusula constitucional hace referencia únicamente a un sometimiento abstracto al Derecho, sin identificarse de una forma concreta como vinculación, véase ALFARO AGUILA-REAL, J. *Op.cit.*, p. 60.

¹⁶⁸ NARANJO DE LA CRUZ, R. *Op.cit.*, p. 201.

¹⁶⁹ *Vid.* Cap. II.II.1.

¹⁷⁰ NARANJO DE LA CRUZ, R. *Op.cit.*, p. 202; PEDRAJAS MORENO, A. *Op.cit.*, p. 34. En el mismo sentido, haciendo también referencia al papel emancipador que tiene el concepto dignidad de la persona, véase MOLINA NAVARRETE, C. *Op.cit.*, pp. 82-83

estas menciones no deben entenderse como un deber incondicionado de obediencia a los poderes públicos¹⁷¹, pudiendo cohonestarse con otros fundamentos como los antedichos.

Finalmente, el artículo 53.1 CE establece un deber de garantía de los Derechos fundamentales que afecta al poder público, de donde podría derivarse que únicamente son vinculantes respecto a él. Pero una interpretación sistemática del precepto nos conduce a afirmar que éste simplemente introduce un deber de garantía que no excluye la construcción dogmática de la vinculación subjetiva horizontal, habida cuenta del título que encabeza el epígrafe en que se integra el precepto¹⁷². Habla, por tanto, de cómo se protege el Derecho fundamental, y no de dónde actúa. Garantía de protección que ha revestido una importancia fundamental, porque como consecuencia de la práctica judicial ha terminado por ocultar la dimensión *inter privados* que nos encontramos analizando¹⁷³. Con todo, incluso si se entendiera que este precepto introduce una mención que vincula los Derechos fundamentales a los poderes públicos, en modo alguno se puede desprender que esta vinculación sea única y que excluya la que se puede dar respecto a los sujetos privados, excluyendo su pluridireccionalidad¹⁷⁴.

Para finalizar este apartado, sirva hacer una breve mención al clásico argumento dogmático contrario a la vinculación horizontal de los Derechos fundamentales que refiere al riesgo de acabar con los principios propios del Derecho privado si se admite la operatividad de los Derechos fundamentales y, en especial, la autonomía de la voluntad¹⁷⁵. Nótese que esta apreciación no responde a la problemática de la vinculación

¹⁷¹ NARANJO DE LA CRUZ, R. *Op.cit*, p. 202.

¹⁷² PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Op.cit*, p. 344; NARANJO DE LA CRUZ, R. *Op.cit*, p. 203. En sentido contrario, ALFARO AGUILA-REAL, J. *Op.cit*, p. 60. Este autor omite la interpretación sistemática expuesta, afirmando que el precepto consagra la vinculación del ordenamiento jurídico a los poderes públicos, y no simplemente un deber de garantía. Apoya esta posición afirmando que a renglón seguido el artículo 53.1 CE contiene la reserva de ley como límite a la regulación de los Derechos fundamentales, sin imponer ningún límite a la regulación de sus efectos por particulares (como pudiera darse, por ejemplo, en un contrato). No puede compartirse esta argumentación, ya que el autor mezcla los conceptos vinculación con garantía. El artículo 53.1 CE únicamente establece cuáles son tales garantías, sin pronunciarse sobre la posibilidad de vinculación, habida cuenta de que los órganos fundamentalmente encargados de tal deber de garantía son los poderes públicos, pero esta cuestión debe estudiarse de forma independiente a la problemática de la vinculación subjetiva del derecho. En este sentido, NARANJO DE LA CRUZ, R. *Op.cit*, pp. 203 y 204.

¹⁷³ BILBAO UBILLOS, J.M. “La consolidación...” *Op.cit*, p. 60.

¹⁷⁴ NARANJO DE LA CRUZ, R. *Op.cit*, p. 203.

¹⁷⁵ ALFARO AGUILA-REAL, J. *Op.cit*, pp. 61 y ss. Problemática señalada también por CRUZ VILLALÓN, P. *Op.cit*, p. 105.

subjetiva del derecho, sino a la de sus límites. Así es, una vez reconocida tal vinculación, se presenta el problema de su compatibilidad con otros bienes jurídicos constitucionalmente consagrados entre los que se encuentra la autonomía de la voluntad como manifestación de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad¹⁷⁶. Pero es un problema lógicamente posterior al reconocimiento de su aplicabilidad en el ámbito privado, lo que justifica su tratamiento en profundidad en el siguiente epígrafe.

II.3.- El Gran Debate: ¿cómo opera la vinculación horizontal?

Reconocida la vinculación horizontal de los Derechos fundamentales, resta analizar el modo en que se produce, habida cuenta de que en este punto es donde se centra la mayor parte de la discusión doctrinal que se produce en la actualidad¹⁷⁷. Para ello, debemos diferenciar entre la teoría mediata y la teoría inmediata de vinculación horizontal como las diversas alternativas que podemos encontrar.

II.3.A. La desvirtuación de la vinculación horizontal por la mediación del poder público, o la teoría mediata

Comenzaremos analizando la teoría mediata, que defiende la vinculación horizontal de los Derechos fundamentales pero a través de una mediación de los poderes públicos. En realidad, esta estructura pretende ocultar el verdadero efecto de la vinculación directa de los Derechos fundamentales¹⁷⁸, aceptada por los motivos vistos anteriormente, al

¹⁷⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Op.cit.*, pp. 342 y 346. Ténganse en cuenta las posteriores referencias a esta problemática, que nos limitamos a mencionar en este punto.

¹⁷⁷ VALDÉS DAL-RÉ, F. “La eficacia general...” *Op.cit.*, p. 2; ALEXY, R. *Teoría de los Derechos fundamentales*, Centro de estudios constitucionales, 1993, p. 511; SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. *Op.cit.*, p. 30; BELADIEZ ROJO, M. “La eficacia de los Derechos fundamentales entre particulares. Algunas consideraciones sobre el distinto alcance que pueden tener estos derechos cuando se ejercen en una relación jurídica de derecho privado o de derecho público” en AAVV. *Los Derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Anuario de la facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, UAM/BOE, nº 21, 2017, p. 77; ALFARO AGUILA-REAL, J. *Op.cit.*, pp. 64 y 65. Sirva apuntar, siquiera brevemente en este momento del trabajo, que este último autor critica la teoría inmediata porque, a su juicio, incurre en una debilidad metodológica al postergar a la casuística del contenido de los Derechos fundamentales su vinculación horizontal. Tal crítica no puede compartirse, porque como consecuencia del variado contenido de los diferentes Derechos fundamentales, es imposible dar una respuesta unívoca para todos ellos. La teoría mediata que defiende así lo hace, pero a costa de cercenar los efectos de la propia vinculación horizontal de los derechos, tal como tendremos ocasión de exponer.

¹⁷⁸ BILBAO UBILLOS, J.M. *La eficacia...* *Op.cit.*, p. 313. Téngase en cuenta que en la doctrina alemana donde se originó esta discusión, surge cronológicamente después de la aceptación de la vinculación directa e inmediata -analizada con posterioridad- y como reacción a ella. Véase el desarrollo de CRUZ VILLALÓN, P. *Op.cit.*, pp. 107 y 108, donde recoge la mención que realizó el Tribunal Constitucional federal al afirmar que los tribunales laborales *habían ido demasiado lejos* acuñando la vinculación directa. Téngase en cuenta también que una de las críticas principales que se le formula es que oculta el

reconocer como único destinatario de estos derechos al poder público. De esta forma, únicamente se admite un efecto reflejo o indirecto en las relaciones jurídicas privadas¹⁷⁹.

Para el desarrollo de esta teoría es imprescindible acudir a la distinción entre deberes negativos y deberes positivos emanados de los Derechos fundamentales. Así, los poderes públicos no sólo tienen una obligación de abstenerse de interferir en la esfera jurídica del particular, sino que también tienen una obligación de promocionar su disfrute, facilitando los efectos que surgen de su reconocimiento¹⁸⁰. Para ello, el poder público pone a disposición de los ciudadanos dos importantes instrumentos en cumplimiento de este deber de mediación: las leyes que desarrollan el contenido de esos derechos, y el papel de los tribunales de justicia¹⁸¹.

El principal medio de promoción de los Derechos fundamentales es la mediación legislativa¹⁸², por lo que se le ha dado una especial importancia en el desarrollo de la teoría mediata¹⁸³. De esta forma, se ha puesto el foco en las cláusulas generales del derecho privado (ejemplo prototípico es la cláusula de buena fe), afirmando que tienen la función de recoger el contenido constitucional que emana de los Derechos fundamentales

efecto directo de la vinculación horizontal subyacente a la mediación del poder público. En este sentido, NARANJO DE LA CRUZ, R. *Op.cit*, p. 184.

¹⁷⁹ De “algún tipo de vigencia social” que se producirá por medio del Estado se habla en ALFARO AGUILA-REAL, J. *Op.cit*, pp. 58 y 67.

¹⁸⁰ ALFARO AGUILA-REAL, J. *Op.cit*, p. 66; NARANJO DE LA CRUZ, R. *Op.cit*, pp. 179 y 180.

¹⁸¹ Por todos, CRUZ VILLALÓN, P. *Op.cit*, p. 107.

¹⁸² CRUZ VILLALÓN, P. *Op.cit*, pp. 113 y 114; BILBAO UBILLOS, J.M. *La eficacia...* *Op.cit*, p. 291. Se ha criticado que la eficacia inmediata de los Derechos fundamentales implica una intromisión del poder judicial en el legislativo, ya que son éstos los que establecen el equilibrio entre la autonomía de la voluntad y la vigencia de los Derechos fundamentales en la relación privada (en este sentido, ALFARO AGUILA-REAL, J. *Op.cit*, p. 65). Pero la intervención judicial opera en la teoría mediata e inmediata, por lo que esta crítica puede dirigirse a ambas, tal como se apunta en BILBAO UBILLOS, J.M. *La eficacia...* *Op.cit*, p. 378, nota 329.

¹⁸³ ALFARO AGUILA-REAL, J. *Op.cit*, pp. 73 y 74. El autor afirma que el papel del legislador es fundamental, al competir a él -y sólo a él- la regulación de los Derechos fundamentales. Sin embargo, a continuación reconoce que una regulación que no respete el necesario equilibrio de interés será inconstitucional. Esta apreciación es consecuencia de que, a su juicio, estos valores únicamente moldean las opciones de política legislativa, abriendo un amplio margen de maniobra al legislador. Pero la aceptación de que la regulación legal puede ser inconstitucional y susceptible de amparo implícitamente reconoce que el particular sometido a tal regulación legal puede basarse en los superiores valores constitucionales para pretender su inaplicación por oposición a éstos; implica, en definitiva, que el particular queda sometido a un contenido adicional que la simple ley: a los Derechos fundamentales que emanan del texto constitucional.

e integrarlo con los valores propios del ámbito privado, como la autonomía de la voluntad¹⁸⁴.

Pero esta construcción permite, con todo, un cierto efecto de los Derechos fundamentales en el Derecho privado. Por ello, una vertiente de esta doctrina acuña una construcción según la cual la irradiación en las cláusulas generales no proviene del propio Derecho fundamental afectado, sino de sus valores subyacentes, cuya positivización da lugar a los Derechos como tales. Consecuentemente, no es el Derecho fundamental el que influye en el ámbito privado, sino el valor que se encuentra en su origen, el que -éste sí- fundamenta todo el ordenamiento jurídico, incluyendo su vertiente privada. Así, se afirma que el Derecho fundamental requiere una suerte de mutación para resultar aplicable a las relaciones jurídico-privadas, pero tal mutación ya introduce un matiz de inseguridad jurídica incompatible con un auténtico derecho subjetivo como el que está en la base de los Derechos fundamentales¹⁸⁵. Yendo un paso más allá, podemos incluso dudar de esta disociación entre Derecho fundamental y valores subyacentes, porque estos últimos se integran en el contenido positivo de los Derechos. En efecto, no existe Derecho sin reconocimiento por parte del Estado, aunque antes de su formal reconocimiento existe una expectativa de poder disfrutarlo (valor subyacente) que mueve a una búsqueda en favor de su efectiva consagración, tal como afirman las corrientes iusnaturalistas. Pero sin su positivización, no existe un derecho reconocible que sea oponible frente al Estado¹⁸⁶.

En pocas palabras, la posición que diferencia Derecho fundamental y valor subyacente para hacer que éste irradie en las relaciones jurídicas entre particulares únicamente pretende reafirmar la independencia del Derecho privado respecto al Derecho constitucional, alejándose de una verdadera proyección de los Derechos fundamentales

¹⁸⁴ ALFARO AGUILA-REAL, J. *Op.cit.*, p. 70; SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. *Op.cit.*, pp. 43-47; NARANJO DE LA CRUZ, R. *Op.cit.*, p. 178.

¹⁸⁵ QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T de la. *El recurso de amparo y los Derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Civitas, 1981, p. 60.

¹⁸⁶ ROVIRA VIÑAS, A. *Op.cit.*, pp. 58-59 y 84-85; ARAGÓN REYES, M. “Tipología de las normas constitucionales” en AAVV. *Libro homenaje a D. Íñigo Cavero Lataillade*, Tirant lo Blanch, 2005, p. 126. Este último autor precisa que un *valor* puede estar positivizado en la norma constitucional pero no por ello tiene un contenido jurídico que lo haga oponible al Estado (significado jurídico interno). En fin, este autor reconoce que el reconocimiento estatal es algo más que la mera consagración formal del valor en el texto constitucional: que éste revista un contenido ontológicamente jurídico, en atención a la cultura jurídica sobre la que se proyecta el texto constitucional.

en el ámbito privado y eludiendo la problemática planteada, al mantener el juego de los Derechos fundamentales en el seno de las relaciones ciudadano-Estado de forma subrepticia¹⁸⁷.

Volviendo a la mediación legislativa con carácter general, podemos afirmar que ésta no resulta imprescindible. Cuando no existe desarrollo normativo sobre el disfrute del Derecho fundamental, el contenido esencial de ese derecho irradia a la casuística que quedaría abarcada por el desarrollo legislativo, permitiendo la resolución del problema y evitando así la proscripción de las situaciones de *non liquet* a las que el órgano judicial se halla sometido¹⁸⁸. Además, esta irradiación también se puede ver donde la ley existe pero no respeta el equilibrio de intereses entre los derechos en juego, ya que en tales casos la norma habrá de considerarse inconstitucional¹⁸⁹. Este fenómeno permite, de nuevo, reafirmar el papel prevalente de los Derechos fundamentales. Asimismo, téngase en cuenta que cuando éstos inciden en las normas privadas no acaban de solventar la problemática expuesta. Las consecuencias jurídicas en el Derecho privado se producen por los intervinientes de la relación, quienes serán los que creen, extingan o modifiquen la realidad que les rodea a través de negocios jurídicos. Por tanto, el acento en la vinculación privada no debe prestar especial atención a la ley, sino a los contratos creados por las partes en aplicación de dicha ley, a los que esta teoría deja de lado¹⁹⁰.

Como consecuencia de estas críticas, la teoría mediata pone el foco en la actuación judicial, a la que se confía el papel de mediación entre las relaciones privadas y el poder

¹⁸⁷ NARANJO DE LA CRUZ, R. *Op.cit*, pp. 175 y 176.

¹⁸⁸ BILBAO UBILLOS, J.M. *La eficacia...* *Op.cit*, p. 297; BILBAO UBILLOS, J.M. “La consolidación dogmática...” *Op.cit*, p. 54; NARANJO DE LA CRUZ, R. *Op.cit*, p. 221; BELADIEZ ROJO, M. *Op.cit*, p. 83; VENEGAS GRAU, M. *Op.cit*, p. 199.

¹⁸⁹ NARANJO DE LA CRUZ, R. *Op.cit*, p. 220. Además, según expone el mismo autor en la p. 185 de su obra, esta mediación legal conllevaría unas consecuencias nefastas desde la perspectiva de la seguridad jurídica de los particulares. Si éstos deben guiar su actuación únicamente por las leyes, dejando de lado los Derechos fundamentales, y la ley pondera incorrectamente los intereses en juego por parte de los individuos que son parte de una relación jurídica privada, su actuar conforme a las normas estatales deberá reputarse correcta, imputándose la lesión únicamente al Estado legislador. Sin embargo, el incorrecto actuar deberá repercutir al particular, a riesgo de que el Estado se convierta en el causante de todas las vulneraciones de Derechos fundamentales que se producen en todos y cada uno de los ámbitos de la vida humana, lo que sería una conclusión absurda. En el mismo sentido, BELADIEZ ROJO, M. *Op.cit*, p. 82, apoyándose en la STC 225/2002, de 9 de diciembre, al afirmar que no es necesaria la persistencia de la relación laboral para reclamar indemnizaciones por lesiones a la libertad ideológica, en el caso de los profesionales de la información.

¹⁹⁰ NARANJO DE LA CRUZ, R. *Op.cit*, p. 184.

público, debiéndose resolver de forma casuística los puntos de conexión entre ambas esferas. De esta forma, el juez deberá acudir a las normas sobre Derecho privado que regulan la concreta relación en la que se presenta el conflicto e interpretarlas de conformidad a las normas constitucionales como consecuencia del papel de norma suprema del ordenamiento jurídico que tienen¹⁹¹. Si no existe tal regulación y por ello nos encontramos ante un vacío normativo, se deberán aplicar las técnicas interpretativas comunes del Derecho privado que permitan guardar el debido respeto a los Derechos fundamentales, como puede ser la analogía¹⁹². Pero tal como se puede comprobar, esta mediación judicial en definitiva no es más que una manifestación del principio de interpretación conforme a la Constitución, sin añadir ningún contenido novedoso a la relación jurídica que permita afirmar que, en efecto, los Derechos fundamentales tienen un efecto sustancial en la propia relación a tratar, de conformidad con los argumentos anteriormente expuestos que así lo aconsejaban¹⁹³.

En resumen, la teoría mediata de los Derechos fundamentales que defiende su irradiación al ámbito privado a través de las normas legales o la actuación judicial impide considerar que exista una auténtica plasmación de su contenido al ámbito privado, limitándose a señalar que sí existen ciertos efectos provenientes de ellos, pero que deben ser objeto de mediación por parte de los poderes públicos¹⁹⁴. Pero si el poder público debe proteger el Derecho fundamental frente a ataques de otros particulares, en realidad el Derecho fundamental opera de forma subyacente en la relación jurídica *inter privatos*¹⁹⁵, con un alcance más amplio que el que se apunta.

A pesar de estas críticas, la teoría mediata continúa teniendo un amplio efecto en la doctrina judicial actual. En especial, tiene una influencia capital en el seno del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que únicamente puede conocer de las vulneraciones

¹⁹¹ CRUZ VILLALÓN, P. *Op.cit*, p. 113, otorgando una importancia fundamental a este fenómeno, ya que es el que, a su juicio, impide considerar que la teoría mediata vacíe de contenido la vinculación horizontal de los Derechos fundamentales.

¹⁹² ALFARO AGUILA-REAL, J. *Op.cit*, p. 78.

¹⁹³ BILBAO UBILLOS, J.M. *La eficacia...* *Op.cit*, p. 313; BILBAO UBILLOS, J.M. “La consolidación dogmática...” *Op.cit*, p. 57.

¹⁹⁴ De “degradación” de los Derechos fundamentales habla VENEGAS. Véase VENEGAS GRAU, M. *Op.cit*, p. 201.

¹⁹⁵ BILBAO UBILLOS, J.M. *La eficacia...* *Op.cit*, p. 321.

de los Derechos consagrados en el CEDH que se producen por parte de los Estados, por mandato del artículo 34 CEDH¹⁹⁶. Pero a pesar de esta aparente exclusión que parece introducir el precepto, las lesiones *inter privatos* de los derechos consagrados en el CEDH encuentra una doble vía de enjuiciamiento. En primer lugar, a través de la transgresión del Derecho fundamental en el seno de relaciones de carácter público y, por tanto, imputables al Estado firmante del CEDH, aunque quien hubiera llevado a cabo la lesión de forma efectiva fuera una entidad de carácter privado¹⁹⁷. La segunda vía se centra en las obligaciones positivas de protección de los Derechos fundamentales que se atribuye al Estado, mediante las cuales debe poner a disposición de sus ciudadanos medios eficaces de salvaguarda de los mismos, teniendo en cuenta que será el propio TEDH quien valorará si tales obligaciones se han cumplido¹⁹⁸. En ocasiones, esta dualidad procedimental se ha acentuado, llegándose incluso a omitir el análisis sobre la naturaleza pública de la relación

¹⁹⁶ Artículo 34 CEDH.

¹⁹⁷ Relaciones de carácter público se consideran aquellas en las que el despido supone el ejercicio de una prerrogativa de carácter público, con total independencia de que el despido emane de una entidad constituida como persona jurídico-pública o jurídico-privada. Véase, en este sentido, la STEDH *Schuth c. Alemania*, de 23 de septiembre de 2010, parágrafo 54.

¹⁹⁸ STEDH *Fuentes Bobo c. España*, de 29 de febrero de 2000, parágrafo 38; *Aguilera Jiménez y otros c. España*, de 8 de diciembre de 2009; *Palomo Sánchez y otros c. España*, de 12 de septiembre de 2011, párrafos 58 y 60. Aunque en ocasiones se hagan referencias a la STEDH *Young, James y Webster c. Reino Unido*, de 13 de agosto de 1981, en esta sentencia se analiza si fue la normativa nacional la que causa el daño que sufren los trabajadores al ser despedidos por no encontrarse afiliados al sindicato que opera con carácter obligatorio en ese centro de trabajo, como consecuencia de un acuerdo con la propia empresa que legaliza la norma (parágrafo 49). Entiendo que, si bien esta resolución constituye un antecedente de esta doctrina, en realidad no se hace una referencia directa a la eventual vulneración de un Derecho fundamental imputable al Estado por desatender las obligaciones positivas a las que se halla vinculado. Conviene asimismo precisar que la cita de la STEDH *Schmidt y Dahlström c. Suecia*, de 6 de febrero de 1976 hace referencia a la aplicabilidad del CEDH a las relaciones laborales de carácter público -entendida, en los términos antes expuestos, como una relación en la que el empleador ostenta prerrogativas de carácter público-, aunque la posición de empleador no sea asumida directamente por la Administración. Sin embargo, de aquella sentencia no se puede derivar una aplicación en abstracto del CEDH a la totalidad de las relaciones laborales *inter privatos*, toda vez que al final del parágrafo 11 de la resolución se afirma que “no considera el Tribunal que tenga que pronunciarse sobre la aplicabilidad directa o indirecta del artículo 11 a las relaciones entre simples particulares en sentido estricto”. En un sentido similar, véase la STEDH *Palomo Sánchez y otros c. España*, de 12 de septiembre de 2011, párrafos 58 y 60. Finalmente, en el ámbito doctrinal, véanse BILBAO UBILLOS, J.M. *La eficacia...* *Op.cit.*, p. 340; ARZOZ SANTISTEBAN, X. “La eficacia del CEDH en las relaciones entre particulares” en AAVV *Los Derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, UAM/BOE, n° 21, 2017, pp. 161 y 162. Si bien este último autor distingue entre vinculación horizontal y la problemática de las obligaciones positivas por parte del Estado, afirmando que éstas no resuelven la problemática de la vinculación, sino que simplemente ven al particular desde un punto de vista pasivo (si queda protegido por las obligaciones asumidas por el Estado, objeto único del CEDH), el mismo autor expone posteriormente doctrina alemana que considera a la vinculación horizontal una variante de la doctrina de las obligaciones positivas, habida cuenta de que, tanto desde un punto de vista como de otro, finalmente se resuelve la misma cuestión.

en la cual se produce la lesión del Derecho fundamental y argumentando que, en todo caso, el Estado sería considerado responsable de la vulneración por la omisión de las medidas positivas de protección que deben establecer y respetar¹⁹⁹.

Pero incluso teniendo en cuenta las evidentes similitudes entre la doctrina mediata y el modo de operar del TEDH, se pueden encontrar diferencias conceptuales que marcan una cierta distancia entre ambos fenómenos. Y es que el modo de operar del TEDH parte de la premisa de que es el propio Estado el destinatario único de las garantías previstas en el CEDH, de forma que a la posición del particular se le dota de un papel meramente pasivo y secundario, limitándose a verificar si queda protegido por las obligaciones asumidas por el Estado sin hacer referencia al fondo de la problemática analizada en la teoría mediata. Esto es, sin entrar a pronunciarse acerca de la vinculación entre particulares de las garantías reconocidas en el CEDH²⁰⁰. En otras palabras, el *iter* desarrollado por el TEDH es consecuencia de la articulación supranacional que tiene este organismo, sin poder trasladarse automáticamente al estudio de la vinculación horizontal.

II.3.B. La teoría inmediata de la vinculación horizontal. Casuística en la eficacia *inter privados* de los Derechos fundamentales y especial mención a las garantías sancionadoras en el poder disciplinario empresarial

La teoría inmediata de los Derechos fundamentales se basa en su aplicación directa en las relaciones *inter privados*, de conformidad con los argumentos generales que lo permiten, sin necesidad de mediación por parte de los poderes públicos²⁰¹. Así, se evita

¹⁹⁹ STEDH *Danilenkov y otros c. Rusia*, de 30 de julio de 2009. Parágrafo 120. En este caso esa diferencia resultaba fundamental, toda vez que los demandantes alegaban que estaban siendo discriminados por la empresa -que ellos consideraban de carácter público- como consecuencia de la pertenencia a un sindicato. Por tanto, si el Estado ponía unos medios idóneos tendentes a la salvaguarda de sus Derechos fundamentales (administrativos o judiciales), y éstos no estimaban sus pretensiones, el procedimiento ante el TEDH previsiblemente habría estado condenado al fracaso, aunque se pudiera imputar a la actuación de la empresa una vulneración de los artículos 11 y 14 CEDH y ello no hubiera sido entendido así por parte del Tribunal nacional. Sin embargo, el TEDH consideró que la vía judicial -estrictamente penal- que el Estado ofrecía a los demandantes no era idónea para el conocimiento de sus protecciones en una función de salvaguarda de sus Derechos fundamentales; por ello, se condenará al Estado por infracción de sus deberes positivos de protección de estos Derechos.

²⁰⁰ ARZOZ SANTISTEBAN, X. *Op.cit.*, pp. 161 y 162.

²⁰¹ Así se puede comprobar en la doctrina alemana que dio origen a esta figura. Véase, en relación al Derecho fundamental a la libertad de coalición previsto en el artículo 9.3 de la Ley Fundamental de Bonn, HUECK, A; NIPPERDEY, H.C. *Compendio de Derecho del trabajo* (trad. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M; VILLA GIL, L.E de la, Ed. Revista de Derecho Privado, 1963), p. 261. En el mismo sentido, VENEGAS GRAU, M. *Op.cit.*, p. 179.

el vaciamiento de contenido que se produce cuando acontece tal mediación, proyectando de forma plena los argumentos que aconsejan la vinculación horizontal del derecho.

De esta forma, encontramos una operatividad del Derecho fundamental que actúa, al contrario que en las relaciones verticales (como límites al poder público), frente a otros Derechos fundamentales o, al menos, frente al principio de autonomía privada que encuentra anclaje constitucional en el reconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)²⁰². Sin embargo, esta diferencia en el actuar del Derecho fundamental no plantea novedades prácticas en lo que respecta a las limitaciones de su aplicación, más allá de describir una modificación en lo que respecta a su forma de ejercicio, como consecuencia de su desenvolvimiento en una relación jurídica horizontal. En efecto, en ambos casos nos encontramos un Derecho fundamental que se opone frente al poder público (en el caso de relaciones verticales) o frente a otro Derecho fundamental (en el caso de relaciones horizontales). A partir de ese punto, cualquier restricción del instrumento de defensa ejercido deberá superar el juicio de proporcionalidad, tal como tendremos ocasión de desarrollar²⁰³.

La principal objeción a este modo de estructurar la vinculación horizontal estriba en el efecto obstructivo que ocurre cuando la autonomía de la voluntad, principio básico del Derecho privado, debe entrar en conjunción con los Derechos fundamentales de los ciudadanos²⁰⁴. Cuestión a la que ya aludimos anteriormente, y que aquí despliega toda su fuerza. Esta objeción, sin embargo, carece de largo recorrido una vez se ha reconocido la prevalencia del texto constitucional como norma suprema del ordenamiento jurídico, sin que puedan existir ramas jurídicas independientes que atiendan a sus propios principios y valores de forma paralela. Así las cosas, la autonomía de la voluntad se sitúa en pie de igualdad con los Derechos fundamentales, sin que resulte justificable cualquier restricción de éstos más allá de la que debe sufrir todo derecho al entrar en contacto con

²⁰² CRUZ VILLALÓN, P. *Op.cit.*, p. 106; VENEGAS GRAU, M. *Op.cit.*, p. 135. La problemática en términos abstractos también se plantea en ALEXY, R. *Op.cit.*, p. 511; y en ALFARO AGUILA-REAL, J. *Op.cit.*, p. 65.

²⁰³ NARANJO DE LA CRUZ, R. *Op.cit.*, p. 218. En un sentido similar, argumentando que esta diferencia impide que el poder público esgrima Derechos fundamentales como un límite a los del particular, sin perjuicio de que pueda esgrimir otros bienes constitucionalmente protegidos que le corresponde proteger, véase BELADIEZ ROJO, M. *Op.cit.*, pp. 86 a 88.

²⁰⁴ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. *Op.cit.*, p. 34. Este problema se señala también en NARANJO DE LA CRUZ, R. *Op.cit.*, p. 173.

otros. Además, en el sentido ya apuntado, esta objeción nos aboca a un problema de límites y no de vinculación horizontal. Límites que la propia teoría inmediata se ha encargado de perfilar afirmando que no cabe una proyección incondicionada del contenido de todos los derechos sobre la totalidad de las relaciones jurídicas privadas, sino que debe estudiarse de forma casuística²⁰⁵ en atención al propio contenido del derecho y a la relación jurídica sobre la que se proyecta.

El contenido de cada Derecho fundamental será tratado en los sucesivos capítulos de este trabajo. A los efectos que ahora interesan, debemos estudiar qué consecuencias tiene la concreta relación jurídica a la que debemos aplicar los Derechos fundamentales. Éste es un aspecto esencial, porque el efecto obstructivo de la autonomía de la voluntad al que se alude parte de la premisa de identificar libertad individual con autonomía de la voluntad, cuando ésta no es más que una manifestación de aquélla²⁰⁶. Por tanto, si lo que pretende el ordenamiento jurídico privado es maximizar la libertad individual, no deberá atender únicamente a la autonomía de la voluntad, sino también al resto de las manifestaciones de este concepto general.

Y es que la autonomía de la voluntad ha sufrido un proceso de *materialización*, de tal suerte que el ordenamiento jurídico pretende la consecución de una libertad contractual sustantiva y no formal, meramente enunciada²⁰⁷. Únicamente cuando las partes se encuentren, de acuerdo a la relación jurídica ejercitada, en condiciones de que se les garantice una posibilidad real de autodeterminación por parte del ordenamiento jurídico, se podrá hablar de validez del principio *volenti non fit iniuria*. Y a contrario, cuando tal posibilidad de autodeterminación no exista, tampoco se podrá reivindicar el ejercicio de la autonomía de la voluntad para oponerse al juego del Derecho fundamental entre sujetos privados, porque precisamente el ejercicio del Derecho fundamental tiende a la

²⁰⁵ Casuismo que se ha calificado como nota fundamental de la vinculación horizontal de los Derechos fundamentales. En este sentido, CRUZ VILLALÓN, P. *Op.cit.*, p. 106. En la misma línea, VENEGAS GRAU, M. *Op.cit.*, p. 184. En el mismo sentido, MOLINA NAVARRETE, C. *Op.cit.*, p. 77.

²⁰⁶ NARANJO DE LA CRUZ, R. *Op.cit.*, p. 197. En un sentido similar, haciendo referencia a la autonomía de la voluntad como uno de los ingredientes del posterior juicio de ponderación, ALEXYY, R. *Op.cit.*, p. 522.

²⁰⁷ De hecho, la propia aparición del Derecho del trabajo es un claro síntoma de tal materialización, al pretender revertir una desigualdad de partes originaria para que, en el fondo, ambas puedan considerarse libres en su relación jurídica, yendo más allá de un marco normativo que respeta una igualdad presupuesta. En este sentido, VENEGAS GRAU, M. *Op.cit.*, p. 189.

consagración material de esta garantía, a la constitución de una auténtica autonomía de la voluntad²⁰⁸.

En este punto, debemos rescatar la argumentación contenida en el capítulo anterior, donde afirmábamos que el trabajador sólo era totalmente libre para obligarse una vez que la libertad contractual se hubiera restringido en un grado tal que evitara el abuso al que, en caso contrario, se vería ineludiblemente sometido²⁰⁹. Por tanto, únicamente en este supuesto tendrá reconocido un auténtico poder de autodeterminación que permite verificar el adecuado respeto a su autonomía en un sentido material. Pero en lo que respecta a las sanciones laborales debemos dar un paso más allá. En el mismo epígrafe afirmábamos que el trabajador sufría una especial situación de subordinación al integrarse en el ámbito sancionador empresarial, porque a la ya indicada subordinación genérica se añadía la especial gravedad que sobre su esfera jurídica tenía la imposición de sanciones, la ejecución de medidas basadas en normas típicamente sancionadoras²¹⁰. Por tanto, se requiere de una incidencia especialmente intensa en la libertad contractual de las partes para poder afirmar que el trabajador resulta totalmente libre como para aceptar un régimen sancionador basado en una autoridad privada; para que, en definitiva, este poder respete la autonomía de la voluntad sustantiva del trabajador, sin entrometerse en sus facultades de autodeterminación de la personalidad.

Esta especial incidencia en la libertad contractual únicamente se puede llevar a cabo aplicando las garantías propias de todo régimen sancionador, como los principios de legalidad, tipicidad, o presunción de inocencia²¹¹. A pesar de que tradicionalmente estos

²⁰⁸ VENEGAS GRAU, M. *Op.cit.*, pp. 188 a 191.

²⁰⁹ *Vid.* Cap. I.III.2. En un sentido similar, SAGARDOY ha considerado que la penetración de los Derechos fundamentales en el ámbito laboral no se produce por la supremacía socio-económica del empresario, sino por la importancia de la persona del trabajador en la relación laboral. Véase SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. *Op.cit.*, p. 41. Pero se trata de dos cuestiones parcialmente conectadas: las particularidades de la condición de trabajador vienen dadas por la supremacía económica de la contraparte, lo que impide considerar una disociación absoluta entre ambos conceptos. Además, la vinculación horizontal de los Derechos fundamentales es un fenómeno común a todo el ordenamiento jurídico privado, por lo que los argumentos determinantes deben revestir una mayor generalidad, como en los ya expuestos en este trabajo. Otra cuestión es que en las relaciones laborales esta irradiación tenga una mayor importancia como consecuencia de las particularidades que señala el autor, lo que es indudable.

²¹⁰ Las normas que, recordemos, se pueden definir como primarias siguiendo a HART, basadas en la estructura “orden-amenaza-mal” (*Vid.* Cap. I.III).

²¹¹ Como puede verse con nitidez a partir de este punto del trabajo, los Derechos fundamentales dotados de vinculación horizontal que van a centrar el contenido de este trabajo son los que consagran garantías sancionadoras, tradicionalmente aplicadas en el ámbito laboral. Dejaremos de lado, pues, el estudio de

Derechos fundamentales se han configurado como penales, en realidad resultan aplicables a todo tipo de sanción emanada de cualquier autoridad, con independencia del carácter público o privado que ésta revista. Como tendremos ocasión de ir analizando, de forma intuitiva ya vienen siendo aplicadas al ordenamiento jurídico laboral, si bien de forma subrepticia mediante técnicas estrictamente civiles, como son manifestaciones concretas del principio de buena fe. Esta necesidad únicamente puede quedar cubierta trascendiendo estos insatisfactorios mecanismos de aplicación para dar lugar a un disfrute pleno de las garantías sancionadoras en estas relaciones, acomodándose a las exigencias que derivan de ellas y haciendo que los trabajadores se consideren verdaderamente libres como para aceptar la implícita asunción de un auténtico mecanismo sancionador privado.

Además, el concepto de autonomía de la voluntad sustantiva también permite justificar que las garantías sancionadoras no se pierden cuando el trabajador acepta el contrato de trabajo por conllevar una renuncia a las mismas. En efecto, tan importante es sostener que el Derecho fundamental resulta aplicable a la relación privada, como que el empleado no ha renunciado a él cuando ha aceptado vincularse contractualmente. Para profundizar en esta cuestión deberemos considerar dos criterios. De un lado, al igual que hemos desarrollado, la autonomía real que haya desplegado el particular en la prestación del consentimiento a la hora de obligarse. Y de otro, si la dignidad humana como valor básico del que parten los Derechos fundamentales se ve gravemente afectada por la discutida renuncia al ejercicio del derecho²¹².

los Derechos fundamentales y otros preceptos constitucionales que consagran institutos típicamente laborales. Sobre ellos, sirva remitirse a los trabajos clásicos de MONTOYA MELGAR, A. “Ejercicio y garantías de los derechos fundamentales en materia laboral”, *Revista de Política Social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 121, 1979, pp. 315 a 346; VIDA SORIA, J. “Génesis de las normas laborales en la Constitución Española de 1978” en AAVV. *Estudios de Derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, 1980, pp. 247 a 261; FREIXES SANJUAN, T. *Los derechos sociales de los trabajadores en la Constitución*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986; MONTOYA MELGAR, A. “Valores, principios y derechos sociales en la Constitución Española de 1978” en AAVV. *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1989, pp. 557-565; MONTALVO CORREA, J. “Relaciones laborales y Constitución, anotaciones a una década” en AA. VV. *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo, Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al Prof. Manuel Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, pp. 291 a 319. En cuanto a los preceptos laborales que no consagran auténticos Derechos fundamentales, sino que se configuran como garantías institucionales, véase ABRAMOVICH, V; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, 2002.

²¹² VENEGAS GRAU, M. *Op.cit.*, pp. 206 y ss; BILBAO UBILLOS, J.M. *La eficacia...* *Op.cit.*, pp. 368 y 369; BILBAO UBILLOS, J.M. “La consolidación dogmática...” *Op.cit.*, p. 63; ALFARO AGUILA-REAL, J. *Op.cit.*, pp. 97 y ss.

Combinando los dos criterios, podemos solventar la problemática de la renuncia contractual al ejercicio Derecho fundamental, cuestión sobre la que ya se ha pronunciado la doctrina constitucional enlazando esta cuestión con el carácter -en principio irrenunciable- del propio Derecho. Así, se ha considerado que toda renuncia debe considerarse válida siempre que²¹³: (i) sea explícita, clara, terminante e inequívoca; (ii) no conlleve un sacrificio desproporcionado del Derecho fundamental; (iii) redunde en una ventaja en beneficio del interesado; y (iv) la renuncia sea de carácter temporal, cuestión clave para hacerla compatible con su carácter irrenunciable, del mismo modo que el sometimiento a un plazo de ejercicio de las acciones judiciales conectadas a estos derechos no desvirtúan su carácter imprescriptible²¹⁴. Téngase en cuenta que cabrá la revocación de esta renuncia, si bien con ello no se podrán alterar las situaciones jurídicamente creadas al amparo del consentimiento previamente otorgado, proyectándose únicamente hacia el futuro²¹⁵.

A la luz de estos requisitos, parece razonable concluir que el trabajador en modo alguno ha renunciado a sus garantías sancionadoras por el mero hecho de haber aceptado vincularse laboralmente a su empleador. No se puede considerar que exista una renuncia inequívoca a estas garantías sometiéndose a la voluntad del empresario por el mero hecho de rubricar el contrato, habida cuenta de que en ningún caso la voluntad del trabajador se

²¹³ SSTC 51/2003, de 17 de marzo, FJ 6; 65/2009, de 9 de marzo, FJ 4; 136/2010, de 2 de diciembre, FJ 2. Si bien es un desarrollo doctrinal originado en el ámbito del Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, resulta posible su extensión a la renuncia de todo Derecho fundamental, tal como afirma BELADIEZ ROJO, M. *Op.cit.*, p. 89. La posibilidad de renuncia al ejercicio de un Derecho fundamental ya fue introducida constitucionalmente mediante la interpretación conforme a la Constitución que llevó a cabo la STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 14, en lo relativo a las cláusulas de paz contenidas en los Convenios colectivos por virtud de los artículos 82.2 ET y 8.1 RDL 17/1977, de 4 de marzo, a partir de las cuales se renunciaba al ejercicio del Derecho fundamental de huelga mientras estuviera vigente el propio Convenio. En efecto, el Tribunal Constitucional ya reconoció que este tipo de cláusulas se deben reputar válidas en cuanto no constituyen una auténtica renuncia definitiva e irrevocable al ejercicio del Derecho de huelga, sino que es simplemente un compromiso de no ejercer tal potestad desde una perspectiva colectiva mientras se encuentre vigente el Convenio en los términos pactados, y se aplique en sus propios términos. Doctrinalmente, AAVV (coord. MONEREO PÉREZ, J.L.) *Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Comares, 2002, pp. 210 y ss. Desde una perspectiva crítica véase BAYLOS GRAU, A. *Derecho de huelga y servicios esenciales*, Tecnos, 2ª edición, 1988, pp. 140-143.

²¹⁴ Mención de trascendental importancia contenida en la STC 51/2003, de 17 de marzo, FJ 6.

²¹⁵ STC 117/1994, de 25 de abril, FJ 6, en lo que respecta a la revocación del consentimiento en el ámbito del derecho al honor que posibilita el artículo 2.3 LO 1/1982, posibilitando que los daños patrimoniales causados se resarzan por los mecanismos indemnizatorios que procedan. De nuevo, extendiendo esta figura jurídica al resto de los Derechos fundamentales, véase BELADIEZ ROJO, M. *Op.cit.*, p. 89. En un sentido similar, justificando que la posibilidad de renuncia a futuro del Derecho fundamental no integra su contenido esencial, véase NARANJO DE LA CRUZ, R. *Op.cit.*, pp. 222 y ss.

puede interpretar como una asunción implícita del poder sancionador desechando sus mecanismos jurídicos protectores. Del mismo modo, tampoco se puede justificar que una eventual renuncia a estas garantías durante la prestación del servicio se considere un sacrificio proporcionado del Derecho fundamental, o que redunde en una ventaja para el trabajador. El único requisito que se podría entender cumplido es el de la temporalidad de la renuncia, como consecuencia del carácter, por definición, temporal de la prestación.

No debe sorprender el hecho de que no se superen estos requisitos ofrecidos por la doctrina constitucional. Y es que conceptualmente tampoco resulta viable sostener la renuncia al ejercicio del Derecho fundamental por rubricar un contrato de trabajo. Si las garantías sancionadoras tienen como finalidad evitar el ejercicio arbitrario de quien se encuentra en una posición de supremacía, no tiene sentido afirmar que, precisamente cuando un ciudadano entra en una relación sancionadora sometándose a la posición de supremacía de su empresario, el propio acto de sumisión conlleva una pérdida de las garantías que pone a su disposición el ordenamiento jurídico para este tipo de relaciones.

En fin, en virtud de todo lo anterior podemos concluir que los Derechos fundamentales son aplicables de forma directa e inmediata a la relación empresario-trabajador, pero es una conclusión que no se puede predicar respecto a todos ellos, sino únicamente frente a algunos. Por este motivo también puede sostenerse que la autonomía de la voluntad no queda lesionada con la vinculación horizontal de los Derechos fundamentales, al no tratarse de una vinculación generalizada²¹⁶. Y es que existen ciertos Derechos fundamentales que por su propio contenido únicamente pueden ejercerse frente al poder público, habida cuenta de que han sido concebidos únicamente como derechos públicos subjetivos, como sucede, por ejemplo, con el Derecho fundamental de acceso a los cargos públicos, consagrado en el artículo 23.2 CE²¹⁷. Por el contrario, otros tienen como claros destinatarios a los particulares, como puede verse al pensar en el Derecho de

²¹⁶ BILBAO UBILLOS, J.M. “La consolidación dogmática...” *Op.cit*, p. 60; BELADIEZ ROJO, M. *Op.cit*, p. 83; VALDÉS DAL-RÉ, F. “Poderes del empresario...” *Op.cit*, p. 43; VENEGAS GRAU, M. *Op.cit*, pp. 184 y 185.

²¹⁷ BILBAO UBILLOS, J.M. *La eficacia...* *Op.cit*, p. 358.

huelga, consagrado en el artículo 28.2 CE²¹⁸. Por ello, habrá que estar al propio contenido del Derecho fundamental para valorar si un particular es susceptible de lesionarlo²¹⁹.

Obsérvese que el dato determinante es el contenido del derecho, y no la forma en que éste se enuncia en el texto constitucional²²⁰. A pesar de que en el precepto en que se contienen pueda parecer que revisten un carácter eminentemente jurídico-público, un estudio detenido de su contenido nos puede conducir a afirmar que incluso de esa forma es susceptible de lesión por particulares²²¹. Ésto es precisamente lo que ocurre con las garantías sancionadoras. Si bien se trata de figuras jurídicas pensadas para el poder público, también son susceptibles de lesión por parte del empleador en la relación laboral. En consecuencia, resultan aplicables al ámbito de las sanciones empresariales, si bien para ello deben quedar desprovistas de toda connotación jurídico-pública de la que se hayan impregnado por su tradicional aplicación a las relaciones ciudadano-Estado.

Pero no es sólo la exclusión de las vertientes exclusivamente públicas de los Derechos fundamentales el único elemento que debemos tomar en consideración. Aceptando que el resto de sus manifestaciones (las comunes a ambas relaciones de poder) deben trasladarse a la relación jurídica privada, resta analizar cómo operará tal traslación. La respuesta debemos hallarla en los límites del propio Derecho fundamental al entrar en contacto con otros bienes e intereses constitucionalmente protegidos, y no así en la delimitación del propio Derecho fundamental (es decir, en su propio contenido)²²². Los

²¹⁸ Calificándolo como ejemplo de derecho susceptible de lesión por otro particular, véanse GARCÍA TORRES, J; JIMÉNEZ-BLANCO, A. *Op.cit.*, p. 72; BILBAO UBILLOS, J.M. *La eficacia...* *Op.cit.*, p. 356; BILBAO UBILLOS, J.M. “La consolidación dogmática...” *Op.cit.*, p. 60; BELADIEZ ROJO, M. *Op.cit.*, p. 78; PEDRAJAS MORENO, A. *Op.cit.*, p. 34.

²¹⁹ De *aptitud intrínseca* para operar en las relaciones privadas habla BILBAO. Véase BILBAO UBILLOS, J.M. *La eficacia...* *Op.cit.*, p. 355.

²²⁰ En un sentido similar, se ha considerado que la posibilidad de apreciar la vinculación horizontal de los Derechos fundamentales depende de si el precepto en cuestión contiene un derecho subjetivo, y si éste puede ser vulnerado por un particular, valoración que compete de forma privilegiada al propio Tribunal Constitucional. Véase GARCÍA TORRES, J; JIMÉNEZ-BLANCO, A. *Op.cit.*, p. 56.

²²¹ Así, el Derecho fundamental de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que tal como se presenta en el texto constitucional puede invitar a pensar que únicamente los jueces o tribunales pueden denegar el acceso a ellos. Sin embargo, un estudio de su contenido nos permite afirmar que se trata de un Derecho fundamental poliédrico, de tal forma que en algunas de sus manifestaciones puede ser lesionado por particulares, como en el caso de vulneración de la garantía de indemnidad (por todas, véanse las iniciales SSTC 7/1993, de 12 de enero; 14/1993, de 12 de enero; y su posterior desarrollo contenido en la STC 138/2006, de 8 de mayo). En este sentido, NARANJO DE LA CRUZ, R. *Op.cit.*, p. 205.

²²² Tal como afirman las SSTC 56/1995, de 6 de marzo, FJ 5; y 226/2016, de 22 de diciembre, FJ 4.c, respecto al Derecho fundamental a la libertad de expresión, el contenido y ejercicio del derecho puede quedar sometido a límites específicos derivados de la nueva relación jurídica a la que se aplican. En el

Derechos fundamentales son únicos, y por tanto revisten el mismo contenido sea cual sea la relación jurídica en la que operen, sin perjuicio de que queden sujetos a límites adicionales derivados del contexto aplicativo en el que se encuadran²²³. En consecuencia, las garantías derivadas de un Derecho fundamental que no revistan un contenido estrictamente jurídico-público deberán acomodarse y adecuarse a convivir con el carácter de derecho subjetivo que las sanciones tienen desde la perspectiva del empleador, ya que en este punto es donde encontramos el anclaje con la autonomía de la voluntad que hace que su contenido tradicional deba ser matizado.

Estos límites adicionales a los que se somete el Derecho fundamental serán apreciables únicamente tras la realización de un proceso ponderativo²²⁴ que confronte, por un lado, la libertad de empresa del empleador (art. 38 CE) y su autonomía de la voluntad derivada del reconocimiento a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)²²⁵; y por el otro, el concreto Derecho fundamental del trabajador, junto con -de nuevo- su autonomía de la voluntad derivada del artículo 10.1 CE²²⁶. Estos derechos en conflicto deberán ser tratados, *prima facie*, de forma idéntica,

ámbito doctrinal, BELADIEZ ROJO, M. *Op.cit.*, p. 81; BILBAO UBILLOS, J.M. “La consolidación dogmática...” *Op.cit.*, pp. 61 y 62.

²²³ Esa argumentación se puede ver reflejada en la doctrina constitucional cuando afirma que “[...] el ejercicio de tales derechos [fundamentales] únicamente admite limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 38 y 33 C.E. y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos, perspectiva ésta desde la que deben valorarse las específicas limitaciones que a los Derechos fundamentales les pueda imponer el propio desarrollo de la relación laboral” (SSTC 90/1997, de 6 de mayo, FJ 4; 98/2000, de 10 de abril, FJ 6). En la misma línea apunta la STC 181/2006, de 19 de junio, FJ 6. En el ámbito doctrinal, refiriendo a estos pronunciamientos, VALDÉS DAL-RÉ, F. “Contrato de trabajo, Derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia (1)”, *Relaciones laborales*, La Ley, tomo II, 2003, pp. 91-92. En el mismo sentido, BILBAO UBILLOS, J.M. *La eficacia...* *Op.cit.*, pp. 360 y ss.

²²⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F. “Contrato de trabajo...” *Op.cit.*, p. 4; SANGUINETI RAYMOND, W. “Derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales”, *Relaciones laborales*, La Ley, nº 21-22, 2012, p. 20; BILBAO UBILLOS, J.M. *La eficacia...* *Op.cit.*, pp. 363 y ss. Poniendo un especial énfasis en la reivindicación del artículo 38 CE por entender que se trata de un elemento al que doctrinalmente no se le presta la debida atención, SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. *Op.cit.*, pp. 38-47.

²²⁵ La autonomía de la voluntad adquiere un papel determinante, al manifestarse en las relaciones jurídico-privadas y poder verse interferido por la aplicación de los Derechos fundamentales cuya aplicación se pretende. Véase BILBAO UBILLOS, J.M. *La eficacia...* *Op.cit.*, p. 361.

²²⁶ La autonomía de la voluntad del trabajador también se ve afectada, ya que la aplicación del Derecho fundamental precisamente pretende la consecución de este principio desde una perspectiva material, tal como tendremos ocasión de desarrollar. Así, debe entrar en el juego ponderativo del mismo modo que una posible restricción en tal autonomía por la parte empresarial.

sin que se prejuzgue la prevalencia de uno sobre el otro, a riesgo de otorgar una mayor importancia a aquél de tal forma que realmente se rehúse el juicio de proporcionalidad²²⁷. Y negando al Derecho fundamental vencido precisamente su carácter de *fundamental*.

El procedimiento ponderativo (juicio de proporcionalidad) supone la confrontación entre los intereses constitucionales protegidos a través de tres pasos, que finalizará con la necesidad de que uno de ellos ceda en beneficio del otro, que resulta beneficiado por el triple test. El primero de estos pasos se basa en el análisis de la *idoneidad*; esto es, si la restricción del Derecho fundamental sirve para la consecución del bien constitucionalmente protegido al que se opone. El segundo de los pasos se basa en la *necesidad* de la restricción; es decir, la verificación de que no existen medidas alternativas menos restrictivas que permitan la consecución del bien en un grado similar. Finalmente, se deberá llevar a cabo el test de *proporcionalidad en sentido estricto*, consistente en que la restricción al Derecho fundamental reporte más beneficios al interés protegido que desventajas a quien lo opone. Actualmente este es el juicio que se está aplicando a la hora de estudiar la coexistencia de los Derechos fundamentales del trabajador y los poderes empresariales²²⁸, pudiéndose apreciar una cierta evolución jurisprudencial respecto a pronunciamientos anteriores en los que únicamente se llevaba a cabo un juicio de razonabilidad, basado en la simple necesidad de restricción del Derecho fundamental, si bien supeditada a una justificación reforzada que excluye la simple invocación del interés empresarial²²⁹.

²²⁷ VALDÉS DAL-RE, F. “Contrato de trabajo...” *Op.cit*, p. 8. En un sentido similar, MOLINA NAVARRETE, C. *Op.cit*, pp. 84-86.

²²⁸ SSTC 106/1996, de 12 de junio, FJ 5 (a pesar de ser anterior a la STC 136/1996 posteriormente citada, debe entenderse en su contexto como una superación de la línea doctrinal que se produjo de forma progresiva, teniendo en este momento su punto de inflexión); 98/2000, de 10 de abril, FJ 7; 186/2000, de 10 de julio, FJ 6; 20/2002, de 28 de enero, FJ 4; 213/2002, de 11 de noviembre, FJ 7; 126/2003, de 30 de junio, FJ 4; 151/2004, de 20 de septiembre, FJ 7; 181/2006, de 19 de junio, FJ 6; 56/2008, de 14 de abril, FJ 6; 170/2013, de 7 de octubre, FJ 3; 39/2016, de 3 de marzo, FJ 5. En sentido contrario, argumentando la necesidad de asumir totalmente el triple test de ponderación al considerar que se elude el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, véase SANGUINETI RAYMOND, W. *Op.cit*, p. 23.

²²⁹ SSTC 99/1994, de 11 de abril, FJ 4; 6/1995, de 10 de enero, FJ 2; 204/1997, de 25 de noviembre, FJ 2; 136/1996, de 23 de julio, FJ 7. Sobre el juicio de razonabilidad, véase ROCA TRÍAS, E; AHUMADA RUIZ, M.A. “Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española”, *XV Conferencia trilateral 24-27 de octubre 2013 Roma* (online), pp. 17 y siguientes, donde se pormenorizan sus ámbitos de actuación actuales, que se ciñen al ámbito de igualdad y tutela judicial efectiva. En la página 8 de este documento las autoras afirman que a mediados de la década de los noventa progresivamente se fue abandonando el canon de razonabilidad para abrazar el triple test de ponderación, lo que es coherente con la evolución jurisprudencial indicada sobre la existencia conjunta de los Derechos fundamentales con los poderes empresariales, cuyo punto de inflexión se puede situar en el año 1996.

Al entrar en el terreno de la proporcionalidad, conviene resaltar el carácter de los Derechos fundamentales como *mandatos de optimización*, que en caso de contraposición deben guiar la resolución del conflicto suscitado en un sentido u otro en la mayor medida posible²³⁰. Ello desemboca en que la resolución del asunto sometido a consideración no sea consecuencia de la victoria de un principio sobre otro, sino de la apreciación conjunta entre ambos, resultando un contenido en el que tendrán influencia tanto uno como otro, acomodándose y logrando, en la medida de lo posible, el objetivo que tiene cada uno de ellos aisladamente considerados.

Los dos primeros pasos de la teoría de la ponderación (idoneidad y necesidad) son mandatos de optimización referidos a los datos fácticos del concreto problema planteado; sin embargo, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto hace referencia a un mandato de optimización estrictamente jurídico²³¹, que necesita de una valoración extramuros de los hechos circunstanciales, abocando a un análisis más abstracto. Esta abstracción consiste en establecer una correlación entre el grado de importancia de un principio y el nivel de afectación que debe tener la vulneración del opuesto. En otras palabras, para justificar una alta restricción de un Derecho fundamental, la importancia del que se oponga a éste deberá ser proporcional²³². Esta importancia del Derecho fundamental en abstracto vendrá marcada por su conexión al principio democrático y a la dignidad de la persona, como valores subyacentes de todos los Derechos fundamentales²³³.

De esta forma, en el ámbito disciplinario laboral tendremos la tentación de contraponer la autonomía de la voluntad del trabajador y sus garantías a no ser sancionado

²³⁰ ALEXY, R. *Op.cit.*, p. 86. En las pp. 135 y ss. el autor caracteriza a los Derechos fundamentales como reglas y principios, como disposiciones de carácter dual. Subyace a esta concepción la afirmación de la necesidad de optimizar la aplicación de la Constitución a partir del juego combinado de estos principios, en SANGUINETI RAYMOND, W. *Op.cit.*, p. 25.

²³¹ ALEXY, R. *Op.cit.*, pp. 112 y 113.

²³² *Ídem*, pp. 160 y ss. Téngase en cuenta que, tal como señala el autor, si bien puede caerse en la tentación de afirmar que esta correlación es superflua y aboca a una apreciación subjetiva del juicio de proporcionalidad, ello no es así. Aleja el juicio del terreno de la arbitrariedad estableciendo dos parámetros que hay que contraponer y justificar para superarlo, y desde este punto se procederá a su justificación de conformidad con las reglas generales de la argumentación jurídica. Su utilidad estriba en conectar el proceso lógico con las pautas argumentativas generales.

²³³ SANGUINETI RAYMOND, W. *Op.cit.*, p. 26.

frente a la libertad de empresa del empleador (art. 38 CE) en relación a su autonomía de la voluntad (art. 10.1 CE), lo que nos permitiría concluir afirmando que las primeras prevalecerán a las segundas, salvo que un interés excepcionalmente justificado del empleador revierta esta situación²³⁴, habida cuenta de que, por una parte, la restricción de la autonomía de la voluntad que sufre el empleador queda contrarrestada por la consecución de la autonomía de la voluntad del trabajador en un sentido sustantivo²³⁵; y, por otro lado, el carácter eminentemente patrimonial al que obedece la libertad de empresa. Pero esta justificación no toma en consideración que el artículo 38 CE protege un interés que va más allá del mero interés económico: la libertad de organizar el proceso productivo como manifestación de la posición que ostenta el empresario, de conformidad con todas las potestades que emanan de su posición natural. Los Derechos fundamentales del trabajador se deben conjugar con las facultades del empleador, entre las que se encuentra la potestad de sancionar, de tal forma que el juego de aquéllos en modo alguno podrá privarle de ella.

Así, podemos concluir que desde un plano abstracto las garantías sancionadoras son aplicables en el ámbito disciplinario social sin posibilidad de renuncia, y que, ineludiblemente conectadas a la autonomía real de voluntad del trabajador, encuentran su límite en las facultades inherentes a la posición empresarial, que derivan de los artículos 10.1 y 38 CE. A partir de este punto, acaba el razonamiento abstracto que se puede inferir, debiendo derivar las manifestaciones concretas de este razonamiento al estudio pormenorizado de cada uno de los mecanismos de protección de los que disfruta el trabajador, ya que cada uno de ellos resultará aplicable con una intensidad diferente, con una geometría variable, en función de su contenido²³⁶.

²³⁴ *Ídem*, pp. 26 y ss.

²³⁵ Como vemos, se trata del mismo precepto visto desde dos perspectivas opuestas, de tal suerte que la lesión de uno supone la realización proporcional del contrario. Si bien la introducción del Derecho fundamental en el ámbito sancionador privado conlleva, ineludiblemente, la restricción de la autonomía de la voluntad del empleador, esta restricción se ve automáticamente compensada por la consecución de una autonomía sustantiva del trabajador. En tanto en cuanto esta relación no se decante de forma desproporcionada en favor de la autonomía del trabajador, no se podrá hablar de vulneración alguna.

²³⁶ En fin, en los restantes capítulos de este trabajo se intentará concretar esta doctrina general, esfuerzo de concreción que la doctrina echa en falta al analizar la problemática de la vinculación horizontal de los Derechos fundamentales en el ámbito laboral. Véase MOLINA NAVARRETE, C; OLARTE ENCABO, S. *Op.cit*, p. 367.

III. Eficacia *inter privatos* de los Derechos fundamentales. Su protección jurisdiccional desde la perspectiva de las sanciones empresariales

Como afirmábamos al inicio de este capítulo, en la problemática de los Derechos fundamentales entre particulares debemos distinguir la problemática sustantiva de la problemática procesal. Únicamente cuando se traza esta distinción podemos discernir entre el contenido de ambas esferas ofreciendo una respuesta acorde a la complejidad de la cuestión. Esta dificultad en el análisis conjunto de ambas vertientes es consecuencia de que el reconocimiento de la vinculación de los Derechos fundamentales entre particulares se judicializa de forma muy particular; especialmente, en lo que toca al recurso de amparo.

Por ello, una vez ya hemos afirmado que las garantías sancionadoras reconocidas como Derechos fundamentales son aplicables al ámbito disciplinario laboral, estudiaremos las vías de defensa con las que cuenta un trabajador cuando se le ha impuesto una sanción vulnerando una de ellas. Nótese que este apartado del estudio únicamente será aplicable a las garantías que se plasmen de forma directa en un Derecho fundamental, y no frente a aquéllas que deriven de otros preceptos constitucionales sin revestir tal carácter, como ocurre con los principios de proporcionalidad y *non bis in ídem*²³⁷.

III.1.- El camino hacia la jurisdicción constitucional: el Poder Judicial como primer garante de los Derechos fundamentales

La jurisdicción ordinaria tiene un papel fundamental en la protección de los Derechos fundamentales, ya que es el órgano encargado de su protección con carácter ordinario, tal como ha reconocido el Tribunal Constitucional²³⁸. Esta función protectora de los Derechos fundamentales se desprende de la interpretación conjunta de los artículos 1.1 CE, que consagra la forma de un Estado social y democrático de Derecho; y 53.1 CE, que les atribuye la función de garantía de los Derechos fundamentales. Y la misma función garantista se reitera legalmente en el artículo 7.1 LOPJ, mientras que en el

²³⁷ Vid. Cap. V.

²³⁸ STC 113/1995, de 6 de julio, FJ 6. De los jueces como “guardianes naturales y primeros de dichos derechos” habla la STC 155/2009, de 25 de junio, en su FJ 2.

siguiente apartado (art. 7.2 LOPJ) se reconoce que ninguna resolución judicial podrá menoscabar los derechos especialmente protegidos por el art. 53.1 CE.

Concretando más en la labor protectora de los Derechos fundamentales que tiene la jurisdicción ordinaria, dentro del proceso social debe existir un procedimiento sumario y preferente para la tutela de los Derechos fundamentales, por mandato del artículo 53.2 CE. En cumplimiento de esta exigencia, el Capítulo IX del Título II de la LRJS (artículos 177 y ss. LRJS) establecen una modalidad procesal específica de tutela de los DDFD, que tiene carácter preferente al resto de asuntos que se estén suscitando en el órgano judicial (art. 179.1 LRJS)²³⁹.

La desventaja de esta modalidad procesal es su limitada cognición, consagrada en el artículo 178 LRJS. Y es que en este procedimiento únicamente se podrá conocer de la eventual vulneración del Derecho fundamental y las normas infraconstitucionales que lo desarrollan, dejando de lado acciones o pretensiones desconectadas de tal contenido, por más que tuvieran conexión con el asunto concreto judicializado²⁴⁰. Pero como en ocasiones el pronunciamiento acerca de estas cuestiones puede ser aconsejable, la propia normativa procesal establece que los supuestos en los que hay un especial riesgo de vulneración de los Derechos fundamentales se deberá tramitar de forma completa la lesión del Derecho fundamental, tanto desde la perspectiva constitucional como de su contenido inferior. Así, el procedimiento quedará excluido de la modalidad procesal

²³⁹ Si bien la lesión de cualquier Derecho fundamental es susceptible de acudir a esta modalidad procesal, en virtud del artículo 177.1 LRJS (...u otros Derechos fundamentales y libertades públicas...), conviene precisar que quedan excluidas las vulneraciones producidas en el marco del propio proceso, como pudiera ser la lesión de la tutela judicial efectiva (excluyendo la garantía de indemnidad). En este sentido, SARAZÁ JIMENA, R. *La protección jurisdiccional de los Derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Tirant lo Blanch, 2011, p. 202.

²⁴⁰ Por todas, SSTS de 14 de julio de 2006 (rec. 5111/2004), FJ 2; 19 de septiembre de 2006 (rec. 153/2005), FJ 3; 27 de junio de 2007 (rec. 102/2006), FJ 4; 4 de marzo de 2010 (rec. 134/2007), FJ 5; 20 de mayo de 2010 (rec. 175/2009), FJ 4; 5 de noviembre de 2010 (rec. 6/2010), FJ 3; 17 de junio de 2014 (rec. 157/2013), FJ 3. Especialmente relevante es esta doctrina en relación al contenido adicional del Derecho fundamental a la libertad sindical. A este respecto, debemos señalar que la modalidad especial de tutela de los Derechos fundamentales engloba el contenido esencial y el contenido histórico, regulado en la LOLS. Más allá de esta protección, las manifestaciones reguladas en otras normas infraconstitucionales (a las que el Tribunal Supremo denomina contenido adicional) quedarán fuera de su ámbito de protección, lo que puede dar lugar a confusiones terminológicas en relación al contenido adicional del derecho que el Tribunal Constitucional ha acuñado jurisprudencialmente, plasmado en la regulación consagrada en la LOLS. A este respecto, véase, con especial carácter ilustrativo, la STS de 5 de noviembre de 2010, ya citada; y doctrinalmente (si bien en lo que respecta al contenido tutelable en amparo), MERCADER UGUINA, J.R.; NOGUEIRA GUASTAVINO, M. *El recurso de amparo: un enfoque laboral*, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 41-45. En sentido contrario, entendiendo que el contenido adicional por otras fuentes infraconstitucionales también se incluye en el ámbito del proceso especial, véase SARAZÁ JIMENA, R. *Op.cit.*, p. 202.

específica de tutela de Derechos fundamentales y se llevará a cabo por la que corresponda en atención al acto originario, si bien a esta vía procesal se acompañarán las garantías propias del proceso especial de tutela de Derechos fundamentales, como consecuencia de la acumulación de pretensiones (arts. 178.2 y 184 LRJS)²⁴¹.

Entre estas excepciones a tramitar por la modalidad procesal correspondiente se encuentra la impugnación de las sanciones que la parte empresarial puede imponer a los trabajadores, incluyendo la impugnación de los despidos disciplinarios. De esta forma, toda sanción empresarial lesiva de un Derecho fundamental que operara en el ámbito sancionador deberá impugnarse a través de su propia modalidad procesal (despido o sanción) acompañando, en todo caso, la pretensión declarativa de lesión del Derecho fundamental y las garantías propias a tal pretensión, de las que resultan destacables la intervención del Ministerio Fiscal y la preferencia y sumariedad del procedimiento.

Tras la oportuna tramitación del proceso, la sentencia resultante declarará la sanción -a los efectos que interesan en este estudio- procedente o nula, en función de la desestimación o estimación de la lesión del Derecho fundamental. El pronunciamiento de improcedencia o revocación resulta imposible habida cuenta de que se alega la lesión de un Derecho fundamental, sin perjuicio de que esta alegación resulte desestimada y se pueda declarar el acto empresarial revocado o improcedente por otras cuestiones, de conformidad con su régimen general.

Además de las consecuencias generales inherentes a la nulidad, téngase en cuenta que de forma cumulativa (art. 183.3 LRJS) cabe la posibilidad de solicitar las medidas imprescindibles para el adecuado resarcimiento del daño causado, incluyendo, si fuera necesario, una indemnización adicional por la lesión del Derecho fundamental (art. 183.1

²⁴¹ Defendiendo esta posición antes de que tuviera una indudable acogida en el ordenamiento jurídico, PEDRAJAS MORENO, A. *Op.cit*, pp. 131 y ss Además, incluso cuando el acto lesivo no fuera susceptible de acogerse a este precepto, téngase en cuenta que podrá seguirse el mismo sistema procesal en relación al procedimiento ordinario. En efecto, el acceso a la modalidad procesal especial de tutela de Derechos fundamentales es optativa, de tal forma que el demandante puede decidir tramitar el conocimiento del asunto a través del procedimiento ordinario, si bien acompañando a su pretensión la relativa a la tutela del Derecho fundamental lesionado. En este sentido, véanse las SSTC 90/1997, de 6 de mayo, FJ 2; y 116/2001, de 21 de mayo, FJ 4. Además, téngase en cuenta la doctrina sentada por las SSTS de 6 de octubre de 2001 (rec. 49/2001), FJ 5; 30 de mayo de 2002 (rec. 1228/2001), FJ 6; 4 de marzo de 2010 (rec. 134/2007), FJ 5. Finalmente, nótese que también el ejercicio de esta opción deberá disfrutar de las garantías propias de la modalidad procesal especial de tutela de Derechos fundamentales (especialmente, intervención del Ministerio Fiscal y tramitación sumaria y preferente), por virtud de la jurisprudencia constitucional anterior a la actual LRJS. En especial, véase la STC 257/2000, de 30 de octubre, FJ 6. Negando tal posibilidad de acompañamiento de las garantías, haciendo referencia a la preferencia y sumariedad del procedimiento, SARAZÁ JIMENA, R. *Op.cit*, p. 226.

LRJS). Estas medidas de resarcimiento no se concederán de forma automática tras la simple constatación de la lesión, sino que será necesario que el trabajador aporte indicios sobre los daños resarcibles en los que fundamenta su pretensión²⁴²; más concretamente, cuando se pretenda la indemnización por daños morales, habida cuenta de su dificultad probatoria, habrá de aportarse las bases de su cuantificación o las circunstancias relevantes para determinar su incidencia (duración, intensidad, gravedad...). En esta línea, téngase en cuenta que la cuantía de la indemnización deberá determinarse *prudencialmente*, lo que ha conducido a la aceptación de criterios externos para valorarla. Entre ellos, destaca la aceptación de las cuantías previstas en la LISOS para las sanciones administrativas por lesión de la dignidad de los trabajadores (art. 8.11 LISOS)²⁴³.

Tras la sentencia de instancia, que contenga los pronunciamientos antedichos, podrá recurrirse en suplicación y casación para unificación de doctrina, que, como consecuencia de la defensa de Derechos fundamentales vulnerados con el acto sancionador, siempre deberá considerarse procedente. La mayor problemática a este respecto la encontramos en lo que respecta al recurso de suplicación, ya que por razón de la materia no cabe recurso contra las sanciones que no fueran inicialmente calificadas como muy graves, y así también confirmadas judicialmente (art. 191.2.a LRJS)²⁴⁴. Sin embargo, por razón de la pretensión acumulativa de tutela de Derechos fundamentales sí cabrá recurso. En efecto, si la sanción se considera impuesta vulnerando un Derecho fundamental, con total independencia de su calificación será susceptible de recurso porque esta especial

²⁴² STS de 3 de febrero de 2017 (rec. 39/2016), FJ 4.

²⁴³ Este precepto sanciona en función de la gravedad de la falta cometida (leve, grave, o muy grave) con multas de 6.251 a 25.000 euros en su grado mínimo, de 25.001 a 100.005 euros en su grado medio, y de 100.006 euros a 187.515 euros en su grado máximo. La graduación de las sanciones se realiza en función de varios criterios que parcialmente pueden resultar aplicables a las situaciones aquí descritas. Así, el artículo 39.1 LISOS establece como tales criterios “[...] *la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada* [...]”. En todo caso, la aceptación del criterio cuantificador de la LISOS para el resarcimiento de los daños causados a los trabajadores ha sido objeto de importante crítica, al entender que supone aplicar un criterio pensado para sancionar a un sistema de estricto resarcimiento privado, tal como puede verse en DESDENTADO BONETE, A. “El proceso social en la doctrina constitucional reciente (2003-2007). Una reseña crítica”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 73, 2008, p. 80.

²⁴⁴ Problema que no encontramos en los procesos de despido disciplinario, que siempre serán susceptibles de suplicación por razón de la materia, en virtud del artículo 191.3.a LRJS.

circunstancia es otro supuesto que abre la vía de suplicación por razón de la materia, de conformidad con el artículo 191.3.f LRJS²⁴⁵.

La misma conclusión puede alcanzarse en el posterior recurso de casación para unificación de doctrina, cuyo acceso no necesitará de un análisis de la materia del objeto del pleito²⁴⁶, pero sí de la superación de un test de identidad sustancial con la sentencia que se aporte como contradictoria (art. 219 LRJS). Precisamente, este requisito tan difícil de superar²⁴⁷ hace que su interposición no sea necesaria a la hora de acudir en amparo. Ciertamente, si bien es necesario agotar todos los mecanismos procesales internos para acudir en amparo²⁴⁸, sólo será necesario interponer aquellos cuya procedencia resulte *clara, terminante e inequívoca* del texto legal, sin acudir a interpretación alguna. En el caso del recurso de casación para la unificación de doctrina, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el requisito de aportar una sentencia de contraste con la que se guarde identidad sustancial de hechos, objeto y fundamento es muy gravoso y difícil de cumplir, por lo que sólo se requerirá cuando, a la luz de las circunstancias concurrentes, resulte totalmente claro e indubitado que se podía acceder a él; en el resto de casos, se podrá prescindir de tal vía de impugnación²⁴⁹.

Por tanto, a partir de este momento procesal se podrá encarar directamente la vía de amparo constitucional sin necesidad de pasar por el incidente de nulidad de actuaciones

²⁴⁵ STS de 20 de diciembre de 2016 (rec. 3194/2014), FJ 3.

²⁴⁶ En virtud del artículo 218 LRJS, serán recurribles todas las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia resolviendo recursos de suplicación.

²⁴⁷ La dificultad de superar el juicio de contradicción estriba en la necesidad de aportar una sentencia que contenga un pronunciamiento concreto que se oponga al que se ha plasmado en la sentencia que se pretende recurrir, teniendo en cuenta que para apreciar que ambos pronunciamientos son contradictorios se requiere que ambas resoluciones tengan identidad de sujetos, hechos, y fundamento. Sobre cada uno de estos requisitos, véase el excelente análisis contenido en DESDENTADO BONETE, A. “De nuevo sobre la contradicción de sentencias en el recurso de casación para la unificación de doctrina” en AAVV. *El proceso laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, LexNova, 2001, pp. 188 y ss.

²⁴⁸ En el caso del recurso de amparo contra actos emanados del poder judicial, que es el más relevante a efectos de este estudio, por mandato del artículo 44.1.a LOTC.

²⁴⁹ SSTC 153/2004, de 20 de septiembre, FJ 2; 289/2006, de 9 de octubre, FJ 2; 27/2007, de 12 de febrero, FJ 3; 122/2008, de 20 de octubre, FJ 2; 33/2011, de 28 de marzo, FJ 2; 29/2013, de 11 de febrero, FJ 3; 39/2016, de 3 de marzo, FJ 2. Téngase en cuenta también que, tal como señalan estas sentencias, corresponderá a la contraparte que alegue la posibilidad clara e indubitada de acudir al recurso de casación para la unificación de doctrina aportar la sentencia de contraste en la que se basa su afirmación, probando tal posibilidad. Doctrinalmente, MERCADER UGUINA, J.R.; NOGUEIRA GUASTAVINO, M. *Op.cit.*, pp. 83-84.

con carácter previo²⁵⁰ en el plazo de treinta días desde la notificación de la resolución, tal como dispone el artículo 44.1.a LOTC.

III.2. El pronunciamiento constitucional. Recurso de amparo y problemáticas inherentes al fallo del Tribunal Constitucional

El trayecto iniciado ante el Poder Judicial para la protección del Derecho fundamental termina ante la jurisdicción constitucional (y en su caso, supranacional), para lo que será necesario interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. En este trabajo no se pretende realizar un estudio pormenorizado de este procedimiento, pero sí tratar ciertas cuestiones problemáticas que tiene, como son la trascendencia pública que debe revestir la lesión del derecho, las dificultades en la interposición del recurso derivadas de su especial trascendencia constitucional, el contenido del fallo, y la posibilidad de recurrir ante una instancia supranacional como es el TEDH ante la inadmisión o desestimación del recurso de amparo.

Así, comenzando por el principio, podemos afirmar que el reconocimiento de la vinculación horizontal de un Derecho fundamental no implica que toda lesión del mismo por parte de un particular pueda acceder de forma automática al recurso de amparo²⁵¹. Ésto es así porque el artículo 53.2 CE prevé que cualquier ciudadano pueda accionar contra toda lesión de sus Derechos fundamentales, *en su caso*, en vía de amparo. La salvaguarda que introduce este precepto se matiza a través del artículo 161.1.b CE, que atribuye competencia para conocer del recurso de amparo *en los casos y formas establecidos legalmente*. Se trata, consecuentemente, de una potestad de desarrollo legal. Y en este desarrollo legal, la LOTC circunscribe el conocimiento del recurso de amparo

²⁵⁰ Así es. La STC 216/2013, de 19 de diciembre, en su FJ 2, modificó la doctrina contenida previamente en el ATC 200/2010, de 21 de diciembre, FJ 2. En virtud de esta última modificación de la doctrina constitucional, continuada por las SSTC 19/2014, de 10 de febrero, FJ 2; 79/2014, de 28 de mayo, FJ 2; y 18/2015, de 16 de febrero, FJ 2, el incidente de nulidad de actuaciones no es un recurso preceptivo cuando la lesión del Derecho fundamental ya ha sido un asunto tratado en la vía judicial previa sobre la que ya han recaído pronunciamientos, porque el objetivo perseguido con este recurso es salvaguardar la subsidiariedad del recurso de amparo; subsidiariedad que ya ha quedado salvaguardada con las desestimaciones de la pretensión recaídas en vía judicial. En extenso, sobre el incidente de nulidad de actuaciones tras la LO 6/2007 y su relación con el recurso de amparo, véase NOGUEIRA GUASTAVINO, M. “Contracciones y dilataciones en la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: parto prematuro del incidente de nulidad de actuaciones e incongruencia omisiva”, *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, Tirant lo Blanch, nº 3, 2008, pp. 205 y ss.

²⁵¹ Reivindicando la separación entre vinculación horizontal de los Derechos fundamentales y eficacia horizontal de los mismos, doctrinalmente, de forma muy gráfica se ha afirmado que conviene diferenciar la vulneración de un Derecho fundamental con el hecho de que tal vulneración sea susceptible de recurso de amparo. Véase GARCÍA TORRES, J; JIMÉNEZ-BLANCO, A. *Op.cit*, p. 64.

a los actos emanados del poder público (art. 41.2 LOTC): concretamente, a aquéllos sin valor de ley emanados de las Cortes Generales o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas (art. 42 LOTC); a las lesiones producidas por el Gobierno o los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas (art. 43.1 LOTC); y, finalmente, a las producidas por los órganos judiciales (art. 44.1 LOTC).

La vía de acceso al recurso de amparo de las lesiones entre particulares adopta esta última modalidad. Asume que la lesión originada por un particular debe ser resuelta por parte del órgano judicial y, posteriormente, en defecto de una adecuada protección del Derecho fundamental, la lesión se considera imputable al propio tribunal, siendo susceptible de amparo²⁵². La mayor problemática con este proceder estriba en analizar si con ello se satisface el requisito de la imputabilidad *directa e inmediata* de la lesión del Derecho fundamental al órgano judicial, tal como exige el propio artículo 44.1 LOTC. Con este inciso, lo que el precepto establece es la exigencia de una relación causal entre la lesión del derecho y la actuación del tribunal, excluyendo *a sensu contrario* todas aquellas vulneraciones producidas de forma mediata o indirecta²⁵³, de donde se puede inferir que la resolución judicial debe tener por objeto el pronunciamiento sobre un Derecho fundamental en sentido estricto, y no sobre cuestiones de legalidad ordinaria en las que de forma refleja su desprotección suponga la lesión del Derecho fundamental²⁵⁴. Así las cosas, si el contenido constitucionalmente protegido del derecho se vulnera con la

²⁵² En este sentido, véanse por todas las SSTC 78/1982, de 20 de diciembre, FJ 1; 30/1992, de 18 de marzo, FJ 1. En el ámbito doctrinal, definiendo este proceder como *finta alemana*, GARCÍA TORRES, J; JIMÉNEZ-BLANCO, A. *Op.cit*, p. 71. En el mismo sentido, BILBAO UBILLOS, J.M. *La eficacia...* *Op.cit*, pp. 148 y ss.

²⁵³ QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T de la. *Op.cit*, pp. 96 y 97. El autor ejemplifica este efecto reflejo de la lesión con los pleitos penales en los que la condena vulnera la libertad del particular; y civiles, en los que la resolución que desconoce el derecho de una de las partes supone automáticamente una vulneración de la tutela judicial efectiva. Lo que se pretendía evitar, en definitiva, era evitar que por esta vía el recurso de amparo se convirtiera en una nueva instancia de revisión posterior al recurso de casación. En el mismo sentido, SARAZÁ JIMENA, R. *Op.cit*, pp. 317 y 318.

²⁵⁴ QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T de la. *Op.cit*, p. 99; BILBAO UBILLOS, J.M. *La eficacia...* *Op.cit*, pp. 177 y 178. Este último autor considera a continuación, sin embargo, que el *origen* inmediato y directo de la vulneración supone un obstáculo insoslayable para la admisibilidad de estos recursos que la jurisprudencia constitucional ha preferido soslayar (pp. 177 y ss.). Esta doctrina contrasta con las lesiones producidas en vía administrativa que acceden al recurso de amparo al calor del artículo 43 LOTC, en cuyo caso la lesión se imputa al acto administrativo originario y no al poder judicial, de tal suerte que el Tribunal trata de un modo diferente a unas lesiones y a otras (pp. 192 y ss.).

imposición de una sanción laboral, quedará expedita la vía del recurso de amparo a través de esta modalidad.

Expuesto el modo en que acceden las lesiones *inter privatos* al recurso de amparo, conviene reseñar siquiera brevemente la problemática de la *especial trascendencia constitucional* que debe tener la lesión para ser susceptible de acceder a él. En efecto, aunque una de las funciones del recurso de amparo es la reparación de las lesiones sufridas por los ciudadanos (vertiente subjetiva), esta función debe conjugarse con otra, denominada vertiente objetiva, que hace referencia al carácter de defensa de los derechos constitucionales. Como resultado de esta conjunción, si la interpretación de un precepto constitucional resulta clara, resultará innecesario un nuevo pronunciamiento sobre la misma problemática al no aportar nada nuevo a la defensa de los Derechos fundamentales, por más que el pronunciamiento pudiera solventar la situación jurídica del recurrente²⁵⁵. De hecho, se puede apreciar una cierta tendencia que otorga preferencia a la vertiente objetiva en detrimento de la subjetiva, de tal forma que cada vez se debe superar un mayor número de condicionantes para que la lesión sufrida por el ciudadano sea revisable en amparo. A esta tendencia obedece la inclusión del requisito de la especial trascendencia constitucional para la admisión del recurso, consagrada en el artículo 50.1.b LOTC, en relación con el art. 49.1 del mismo texto legal²⁵⁶.

Este requisito, de carácter insubsanable dada su naturaleza sustantiva²⁵⁷, ha supuesto la necesidad de justificar una especial necesidad del pronunciamiento en

²⁵⁵ BILBAO UBILLOS, J.M. *La eficacia...* *Op.cit.*, pp. 82 y ss.

²⁵⁶ Incluso antes de la inclusión de este requisito la doctrina defendía la necesidad de un mayor peso de la vertiente objetiva como consecuencia de la excesiva carga que soportaba el Tribunal Constitucional, así como la negativa a considerarlo una instancia adicional para que todo ciudadano pudiera ver satisfechas sus pretensiones ordinarias. En este sentido, BILBAO UBILLOS, J.M. *La eficacia...* *Op.cit.*, p. 91. Sin embargo, tras su implantación, se ha criticado que la vertiente subjetiva no tenga ningún peso a la hora de valorar esta especial trascendencia constitucional, ya que se inclina demasiado la balanza en una visión objetiva del amparo. Véase, en esta línea, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. “La inadmisión del recurso de amparo y el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, nº 8503, 18 de marzo de 2015 (versión online), p. 4.

²⁵⁷ AATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 3; 289/2008, de 22 de septiembre, FJ 3. Su carácter sustantivo permite afirmar que, por vez primera, el TEDH analizó si la limitación a los remedios constitucionales hacía que el recurso perdiera efectividad a los efectos del artículo 13 CEDH. Así, GONZÁLEZ ALONSO, A; RUIZ-RISUEÑO MONTOYA, F.M. “El nuevo recurso de amparo constitucional a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. (A propósito de la reciente Sentencia del TEDH Arribas Antón c. España)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, Civitas, nº 54/2015 (versión online), p. 9.

atención a la salvaguarda del sistema de Derechos fundamentales²⁵⁸. Esta especial necesidad del pronunciamiento se podrá apreciar en los siguientes casos, que no deben entenderse como un listado *numerus clausus*: (i) cuando sobre el aspecto debatido no haya doctrina constitucional; (ii) siempre que el Tribunal tenga ocasión para aclarar o cambiar su doctrina tras un procedimiento interno de reflexión, o bien el surgimiento de nuevos parámetros que aconsejen un replanteamiento similar; (iii) cuando la vulneración provenga de una norma legal o de otra disposición con carácter general; (iv) si la lesión es consecuencia de la aplicación de una constante doctrina del propio Tribunal que deba cambiarse; (v) siempre que la doctrina sea incumplida de forma general y reiterada por el Poder Judicial, así como en caso de pronunciamientos discrepantes; (vi) si un Tribunal incurre en una negativa manifiesta del deber de acatar la doctrina constitucional; (vii) cuando el caso suscitado revista una especial trascendencia social o económica que trascienda el caso concreto²⁵⁹.

La necesidad de esta especial justificación es válida de conformidad a los parámetros que exige el artículo 6.1 CEDH, al no suponer la atribución de una carga excesivamente formal a la luz de las aclaraciones jurisprudenciales del propio Tribunal, toda vez que el contenido y alcance de este requisito queda totalmente definido. Ahora bien, en todos los asuntos admisibles deberá concretar su aplicación, justificando por qué el asunto supera tal requisito²⁶⁰ y, en caso de inadmisión, bastará que se alegue la cita de la disposición legal sin mayor justificación²⁶¹.

Superados estos requisitos en orden a una adecuada interposición del recurso de amparo, normalmente éste finalizará mediante sentencia. A los efectos que interesan en

²⁵⁸ La especial trascendencia constitucional se deberá justificar en atención a “[...] su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los Derechos fundamentales” (art. 50.1.b LOTC).

²⁵⁹ Véase la importantísima STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2. En el ámbito doctrinal, NOGUEIRA GUASTAVINO, M. “La trascendencia constitucional de la demanda de amparo tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional por la LO 6/2007”, *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, nº 51, 2010, pp. 165 y ss; BELADIEZ ROJO, M. “El recurso de amparo y la especial trascendencia constitucional”, *Revista General de Derecho Constitucional*, Iustel, nº 25, 2017.

²⁶⁰ STEDH *Arribas Antón c. España*, de 20 de enero de 2015, párrafo 46. Explicitación que viene realizando el Tribunal, tal como se puede ver, entre otras, en las SSTC 45/2016, de 14 de marzo, FJ 2; 64/2016, de 11 de abril, FJ 2; 149/2016, de 19 de septiembre, FJ 2; 173/2016, de 17 de octubre, FJ 2; 2/2017, de 16 de enero, FJ 2; 17/2017, de 2 de febrero, FJ 3; 42/2017, de 24 de abril, FJ 2; 149/2017, de 21 de diciembre, FJ 3.

²⁶¹ *Ídem*, párrafo 47.

este trabajo, resulta especialmente llamativo el fallo que pueden contener estas resoluciones, ya que el artículo 55.1 LOTC pone a disposición del Tribunal Constitucional varias posibilidades con el otorgamiento del amparo solicitado: reconocimiento del Derecho fundamental vulnerado, declaración de nulidad del acto lesivo del Derecho, y restablecimiento en la integridad del mismo. Así, por virtud de tales previsiones, cuando el Tribunal Constitucional resuelve de una lesión que originariamente ha cometido un particular y que posteriormente convalidan los órganos judiciales, conviven diferentes situaciones que pueden producirse. Además de la declaración de nulidad de las sentencias judiciales que dan origen al procedimiento (en ocasiones, consecuencia jurídica única del recurso de amparo), a veces se ha declarado la nulidad del propio acto que en su origen adolecía del vicio, en una dualidad de pronunciamientos que no sigue una tendencia clara²⁶².

Para finalizar, téngase en cuenta que de cumplir con el resto de requisitos genéricos para ello, tras el recurso de amparo se podría instar un posterior recurso ante el TEDH con base en el artículo 35 CEDH, por falta de reparación del derecho consagrado en el CEDH por parte de los poderes públicos estatales. Máxime, cuando el propio TEDH ha afirmado que la inadmisión del recurso de amparo por no revestir especial trascendencia constitucional no impide el acceso a la vía supranacional²⁶³. Ahora bien, no parece posible que esta posibilidad tenga visos de prosperar, toda vez que el TEDH considera inadmisibles las violaciones que no revistan una especial importancia cuantitativa (art. 35.3.b CEDH), por lo que no parece que la vulneración de una garantía sancionadora

²⁶² Convivencia ya reseñada en MERCADER UGUINA, J.R.; NOGUEIRA GUASTAVINO, M. *Op.cit.*, pp. 257-260. Y que llega hasta nuestros días, tal como se puede comprobar contraponiendo los fallos de la STC 175/2005, de 4 de julio, que declara nulo el despido; y de la STC 51/2011, de 14 de abril, que simplemente ordena la retroacción de actuaciones. Precisamente, el voto particular de esta última resolución, del que fue ponente Excmo. Sr. D. Pablo Pérez Tremps, hace referencia a la inadecuación del fallo para reparar la lesión del Derecho fundamental, ya que su origen debe encontrarse en el acto administrativo que originó el procedimiento judicial. Doctrinalmente también se critica esta posición en GARCÍA TORRES, J.; JIMÉNEZ-BLANCO, A. *Op.cit.*, pp. 76 y ss. En sentido contrario, afirmando que el control judicial debe quedar circunscrito al contenido del recurso de amparo (que es la imputación judicial de la lesión del Derecho fundamental), dejando fuera el origen de la lesión y, consecuentemente, siendo procedente de forma exclusiva la retroacción de actuaciones, véase BILBAO UBILLOS, J.M. *La eficacia...* *Op.cit.*, pp. 209 y 210.

²⁶³ STEDH *Arribas Antón c. España*, de 20 de enero de 2015, párrafo 51. Doctrinalmente se ha criticado esta apreciación por entender que debería ser inadmisibile el recurso al TEDH en el caso de que ni siquiera se hubiera justificado ante el Tribunal Constitucional la especial trascendencia constitucional (y no cuando se hubiera justificado pero el Tribunal lo hubiera entendido inadmisibile), toda vez que en ese caso el particular no habría agotado correctamente los recursos internos para reparar la lesión sufrida. Véase GONZÁLEZ ALONSO, A.; RUIZ-RISUEÑO MONTOYA, F.M. *Op.cit.*, p. 15.

empresarial, que no tiene una incidencia capital sobre el acervo jurídico del trabajador, sea susceptible de recurso.

**SECCIÓN SEGUNDA.- PARTE ESPECIAL.
GARANTÍAS INHERENTES A LA SANCIÓN
LABORAL**

CAPÍTULO III.- EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. LOS REQUISITOS PARA UNA ADECUADA CONFORMACIÓN DE LA SANCIÓN Y CIERTAS EXIGENCIAS RESPECTO A SU APLICACIÓN

I. Planteamiento

El principio de legalidad tiene una importancia capital en el entramado de garantías sancionadoras tradicionalmente aplicadas en el ámbito jurídico-público. Ello es debido a que entre sus manifestaciones se incluyen garantías respecto a la aplicación de la pena, como en tantas otras figuras jurídicas, pero también respecto a su configuración, lo que le dota de una prioridad lógica que hace necesario su estudio con carácter previo al resto de instrumentos jurídicos que ocupan este estudio.

La metodología seguida para analizar el contenido de esta garantía será el que se utilizará en el resto de capítulos: se desgranarán las líneas básicas de la figura jurídica tal como operan ante el ejercicio del *ius puniendi*, para después, como consecuencia de los presupuestos de aplicación generales ya detallados en la parte general de este trabajo, realizar una operación destinada a verificar qué concretas manifestaciones de cada garantía se pueden aplicar en el poder disciplinario privado, así como en qué medida y con qué alcance.

De este modo, tras el adecuado tratamiento en el ámbito público del principio de legalidad, realizaremos una breve argumentación tendente a justificar por qué debe aplicarse este principio a las sanciones privadas. Argumentación que, en línea con lo sostenido en este trabajo, pasa por una conceptualización de las garantías públicas no como garantías penales, sino como garantías sancionadoras, y que por tanto también deben aplicarse a las sanciones laborales en cuanto tales, si bien con un contenido más flexible. En lo que hace al principio de legalidad, esta argumentación reviste una importancia central porque encontramos un problema añadido: el propio tenor literal del artículo 25.1 CE, que lo ciñe de forma expresa al ejercicio del *ius puniendi* estatal.

Justificada la aplicación del principio de legalidad a este ámbito, pasaremos a analizar cada una de las manifestaciones del principio de tipicidad en el ámbito social. Manifestaciones que de forma intuitiva se han ido plasmando en la doctrina y jurisprudencia laboral, lo que da idea del adecuado tratamiento doctrinal desde un prisma sancionador que reciben las medidas disciplinarias laborales, aunque no se haya realizado un anclaje teórico como el que aquí se sostiene. Así, en primer lugar desarrollaremos el

principio de reserva de ley, que en las sanciones laborales admite también el establecimiento de sanciones por vía convencional y estudiaremos si cabe su regulación por vía reglamentaria, así como la admisibilidad (y hasta qué punto) de las normas que complementan la conducta acudiendo a otras fuentes distintas de la ley y el convenio colectivo. Entre ellas, merece una especial atención la problemática de los programas de cumplimiento empresarial (*compliance*) para evitar sanciones penales, toda vez que se suelen llevar a cabo mediante instrumentos normativos dictados unilateralmente por parte del empleador. Además, realizaremos una breve mención al futuro del Derecho del trabajo, que obliga a una readaptación de las obligaciones laborales asumidas. Para ello, acudiremos al derecho italiano, donde se ha promulgado la figura del *lavoro agile*, que permite la prestación del trabajo en un lugar diferente del centro de trabajo para permitir la conciliación de la vida personal y familiar. Esta particularidad hace que los trabajadores acogidos a esta forma de ejecución de la prestación tengan ciertas especialidades en lo que respecta a la configuración de la normativa sancionadora, pero, tal como justificaremos, en modo alguno suponen una conculcación del principio de legalidad en el ámbito laboral.

Posteriormente, analizaremos el mandato de determinación, otra manifestación del principio de legalidad. Así, si bien respecto a la configuración de la sanción el simple hecho de establecer escalas de sanciones leves, graves, y muy graves respeta el principio de legalidad, cumplir esta garantía respecto a las conductas sancionables presenta mayores dificultades. En este sentido, serán admisibles como normas sancionadoras aquéllas que incluyan un cierto margen de abstracción o indeterminación de la conducta sancionable, sin que resulte justificado argumentar que permiten una remisión unilateral al empresario del poder disciplinario, cuestión que conduciría a la total negación del principio de legalidad. Este análisis nos situará ante la problemática del concreto análisis de la transgresión de la buena fe contractual y del abuso de confianza como causas de despido disciplinario, así como la proscripción de la analogía (admitido incluso por preceptos convencionales) en el ámbito social.

A renglón seguido, desarrollaremos las exigencias derivadas del principio de tipicidad de la sanción, de tal suerte que pondremos el foco en la vinculación empresarial a la normativa laboral, contenido básico de esta manifestación. Para acabar con las garantías sancionadoras, verificaremos la aplicabilidad del principio de irretroactividad

de las disposiciones sancionadoras desfavorables, así como la retroactividad de las más favorables, tal como viene reconociéndose en el Derecho público.

Para finalizar, una vez hemos estudiado cómo debe ser la norma sancionadora laboral y cómo debe ser aplicada, centraremos la última parte del estudio en los efectos que se pueden derivar de una inadecuada sanción por lesionar el principio de legalidad. Estos efectos variarán en función de si el vicio de inconstitucionalidad se encuentra en la aplicación o configuración de la norma. En el primer caso, los efectos se pueden reconducir a los efectos generales de la nulidad; por el contrario, en el segundo supuesto el empresario -con carácter general- deberá soportar ciertos daños como consecuencia de la aplicación de una norma inconstitucional en cuya validez confiaba. Esta circunstancia hace que se deban activar mecanismos de resarcimiento en su favor frente al configurador de la norma inconstitucional: el legislador o los negociadores del convenio colectivo. De esta forma, se abre un elenco de situaciones donde se mezclan cuestiones laborales, civiles y administrativas que no siempre casan de forma satisfactoria, debido a lo cual se hace precisa una intervención legislativa adecuada que cohoneste todas las vertientes de la problemática planteada.

II. El principio de legalidad en Derecho penal. Una aproximación a su contenido poliédrico

II.1.- Reserva de ley. El instrumento jurídico hábil para tipificar las penas

El principio de legalidad tiene un origen marcadamente ilustrado, al surgir al calor de los Estados postrevolucionarios impregnados de una noción fuertemente contractualista. Los Estados son la suma de libertades individuales, y consecuentemente, para que uno de los individuos sea castigado desde una perspectiva jurídico-pública, el castigo debe imponerse por parte del legislador, único representante de la sociedad entendida como la suma de libertades individuales²⁶⁴. Como consecuencia de este origen, se observa la principal manifestación del principio de legalidad, que no es otra que la regulación reservada a la ley en materia penal²⁶⁵, puesto que los comportamientos que se

²⁶⁴ HUERTA TOCILDO, S. “Principio de legalidad y normas sancionadoras” en AAVV. *El principio de legalidad. Actas de las V jornadas de la Asociación de letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Tribunal Constitucional, 2000, p. 15; VICENTE MARTÍNEZ, R de. *El principio de legalidad penal*, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 17-18; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. *Sobre el principio de legalidad*, Tirant lo Blanch, 2009, p. 11.

²⁶⁵ Por todas, SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4; 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 8.

castigan y cómo se castigan son cuestiones de política criminal que únicamente pueden valorar los legítimos representantes de la voluntad popular de acuerdo al principio democrático, principio que podemos hallar en los artículos 25.1 CE (donde se hace referencia a *legislación*) y 53.1 CE, que establece que sólo la ley puede regular el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales²⁶⁶.

Si la norma penal debe ser una ley, la existencia de remisiones a otras normas infralegales puede plantear problemas con trascendencia constitucional. En efecto, estas remisiones constituyen una modalidad de las llamadas normas penales en blanco²⁶⁷, que son admisibles constitucionalmente pero con ciertas limitaciones. Así, por una parte, esta remisión debe responder a necesidades de la regulación penal y no ser fruto de la arbitrariedad legislativa, precisando lo prohibido penalmente, máxime cuando la conducta puede variar por el contexto social. Por otro lado, la ley penal debe contener el núcleo esencial de la prohibición, de tal forma que la remisión tiene vedada la descripción de elementos definidores del delito y las remisiones en cadena que contribuyan a diluir la seguridad jurídica²⁶⁸.

Además de este estándar penal, la reserva de ley también opera en el ámbito administrativo sancionador por formar parte del *ius puniendi* estatal. Pero el Tribunal Constitucional ha matizado que nos encontramos ante una reserva de ley relativa, sin que pueda operar del mismo modo que en las normas penales; por tanto, su eficacia es *limitada*, limitación que se proyecta en varios sentidos. Con ello se abre la posibilidad de que exista una colaboración reglamentaria de carácter más amplio, si bien esta facultad

²⁶⁶ LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. *Sólo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, 2009, pp. 64-65. Quién dicta la ley es igual de importante que el propio instrumento utilizado. La ley se manifiesta a través del lenguaje, pero quién dicta las palabras es, en definitiva, una cuestión -al menos- igual de importante. Véase VIVES ANTÓN, T.S. "Artículo 25" en AAVV (dirs. PÉREZ TREMS, P; SAIZ ARNAIZ, A). *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario 1978-2018. Tomo I (preámbulo a artículo 96)*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 584-587.

²⁶⁷ Normas penales en blanco son aquellas que no agotan la regulación jurídico-penal, remitiéndose a otras normas, tanto de rango legal como infralegal, siempre que tengan naturaleza extrapenal. Una exposición de las diversas posiciones doctrinales en relación al concepto de norma penal en blanco, defendiendo la concepción aquí reflejada, en HUERTA TOCILDO, S. *Op.cit*, p. 22. Sin embargo, como la mayor parte de los problemas se han planteado en relación a la remisión a normas infralegales, nuestro estudio se centrará únicamente en este tipo de remisiones, teniendo también en cuenta que centrarán el núcleo del debate en las sanciones laborales.

²⁶⁸ SSTC 127/1990, de 5 de julio, FJ 3; 118/1992, de 16 de septiembre, FJ 2; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 62/1994, de 28 de febrero, FJ 3; 120/1998, de 15 de junio, FJ 5; 283/2006, de 9 de octubre, FJ 8; 101/2012, de 8 de mayo, FJ 3; HUERTA TOCILDO, S. *Op.cit*, p. 22; LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. *Sólo penas legales...* *Op.cit*, p. 84.

queda limitada por la prohibición de tipificación de conductas que no vengan amparadas por cobertura legal o por los supuestos en los que esta cobertura sea meramente formal, habilitando a las fuentes de Derecho de carácter infralegal para llevar a cabo la regulación de las conductas de forma independiente. Además, la ley debe contener los elementos esenciales de la infracción y de la sanción, sin ser posible el establecimiento de estos elementos por una norma reglamentaria cuyo contenido no está predeterminado por una ley, aunque se permite al reglamento el desarrollo y precisión de las infracciones previstas legalmente²⁶⁹.

Finalmente, existen dos ámbitos en el Derecho administrativo sancionador en los que está presente una especial flexibilidad de la reserva de ley. Así ocurre en el ámbito de las relaciones de especial sujeción (entendidas como aquellas en las que la vinculación de los destinatarios con la norma sancionadora hace que éstos deban tener un mayor nivel de conocimiento de la misma), sin que se pueda llegar a una supresión de esta garantía constitucional. El límite del principio de legalidad se halla en la ley como una *mera habilitación legal*²⁷⁰ que posteriormente pueda desarrollar por completo el reglamento. Por otro lado, esta flexibilidad también se puede verificar en las normas sancionadoras municipales, por la imposibilidad de que los municipios dicten leyes en defensa del interés local, que únicamente se puede salvaguardar vía reglamentaria. En estos casos, se establecen dos límites a la reserva de ley: primero, la norma legal debe contener los *criterios mínimos de antijuridicidad*, entendidos como aquellos criterios que orientan y condicionan la valoración de cada municipio a la hora de establecer las infracciones, para que, posteriormente, el Ayuntamiento tipifique de forma concreta las sanciones; en segundo lugar, se deben establecer legalmente las clases de sanciones (relación de las posibles sanciones a imponer en función de la gravedad de los ilícitos administrativos) que posteriormente pueden regular de forma concreta las normas municipales²⁷¹. En definitiva, esta flexibilidad en favor del interés municipal tampoco puede llevar a un total desconocimiento de la reserva de ley, sino que legalmente deben establecerse los criterios

²⁶⁹ HUERTA TOCILDO, S. *Op.cit.*, p. 28; LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. *Sólo penas legales... Op.cit.*, pp. 77-79.

²⁷⁰ SSTC 2/1987, de 21 de enero, FJ 2; 42/1987, de 7 de abril, FJ 2; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 8; 26/2005, de 14 de febrero, FJ 3; 229/2007, de 5 de noviembre, FJ 2; 162/2008, de 15 de diciembre, FJ 3; 81/2009, de 23 de marzo, FJ 5; HUERTA TOCILDO, S. *Op.cit.*, p. 26; LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. *Sólo penas legales... Op.cit.*, pp. 79-81.

²⁷¹ LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. *Sólo penas legales... Op.cit.*, pp. 81-82.

sancionadores mínimos (las “bases” de la sanción) que posteriormente serán desarrollados por quien no tiene competencia para dictar leyes.

II.2.- ¿Cómo debe ser esta ley? El mandato de determinación como corsé de la libertad legislativa

El principio de legalidad ha evolucionado más allá de esta inicial manifestación relacionada con el principio democrático. Así, además de la reserva de ley, se preocupa de cómo ésta debe ser configurada a efectos de salvaguardar la garantía de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) que también subyace al principio de legalidad²⁷². No hablamos ya de qué norma puede desarrollar la legislación penal, sino que, identificada esa norma, analizamos cómo debe realizar este desarrollo. Para ello, la exigencia de determinación se configura como un mandato al legislador²⁷³ mediante el cual se exige que la normativa penal sea lo suficientemente precisa como para que el particular conozca de antemano cómo adecuar su conducta a los parámetros jurídico-penales²⁷⁴.

Ahora bien, esta exigencia de taxatividad encuentra su límite lógico en la realidad fáctica del lenguaje. En efecto, resulta imposible describir con absoluta precisión la totalidad de las conductas que se consideran punibles, por lo que el mandato de determinación se matiza al permitir una relativa indefinición propia del lenguaje, respecto a la cual el legislador únicamente debe realizar un esfuerzo de concreción razonable para permitir la adaptación de la norma a la realidad²⁷⁵, esfuerzo necesario para impedir que la aplicación de la norma dependa de la voluntad arbitraria del órgano judicial²⁷⁶. Asimismo, por la propia indefinición del lenguaje, no se exige una detallada descripción de cada elemento que integra el tipo penal, sin que el legislador esté obligado a establecer

²⁷² Si bien la seguridad jurídica y el principio democrático se encuentran interrelacionados, de tal forma que en la problemática de las normas penales en blanco se protege también la seguridad jurídica, y en el mandato de determinación el principio democrático, los principales valores protegidos son el principio democrático en la reserva de ley y la seguridad jurídica en el mandato de determinación y taxatividad. En este sentido, HUERTA TOCILDO, S. *Op.cit*, p. 15.

²⁷³ Se exige que el legislador desempeñe el “máximo esfuerzo posible” para satisfacer una concreción razonable de los tipos penales. En este sentido, véase la STC 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5.

²⁷⁴ SSTC 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5; 220/2016, de 19 de diciembre, FJ 6.

²⁷⁵ STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7.

²⁷⁶ LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. *Sólo penas legales... Op.cit*, p. 98.

definiciones concretas acerca de qué debe entenderse por cada vocablo que figura en la norma²⁷⁷.

Por tanto, el tipo penal debe ser concreto, pero se permite un cierto grado de indeterminación propio del acto comunicativo inherente al proceso legislativo. Por ello, el legislador debe realizar un cierto esfuerzo de concretización, que debe enfocarse siempre desde la perspectiva de los bienes jurídicos que se pretenden salvaguardar, que no son otros que la seguridad jurídica y el principio democrático. Así, si el esfuerzo del legislador es el máximo posible a la luz de las circunstancias concurrentes como para permitir la adecuada salvaguarda de la seguridad jurídica y evitar una interpretación arbitraria e irrazonable por parte del aplicador de la norma, el tipo penal debe considerarse válido a la luz de esta garantía constitucional²⁷⁸. Bajo estos parámetros, resultan admisibles los preceptos que incluyen conceptos indeterminados siempre que sean determinables mediante la aplicación de criterios lógicos, técnicos o de experiencia²⁷⁹.

Además, este mandato de determinación no se predica únicamente de la descripción de la conducta punible, sino también respecto de la pena a imponer²⁸⁰, ya que una excesiva indeterminación de la consecuencia jurídica podría conducir a la conculcación del principio de igualdad (al permitir imponer penas diferentes tras la comisión de hechos similares)²⁸¹. Asimismo, desde la perspectiva del órgano judicial sentenciador nos encontraríamos ante una doble tacha de inconstitucionalidad: en primer lugar, por conculcar el propio Derecho penal de hecho²⁸² toda vez que una excesiva indeterminación de la pena podría conducir a su imposición por otros parámetros desconectados de la

²⁷⁷ STC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 2.

²⁷⁸ STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 7.

²⁷⁹ STC 69/1989, de 20 de abril, FJ 1. En el ámbito doctrinal, LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. *Sólo penas legales... Op.cit*, p. 98.

²⁸⁰ Diferenciándose así entre garantía criminal (referida al supuesto de hecho) y garantía penal (referida a la sanción que se impone). Así, RODRÍGUEZ MOURULLO, G. "Principio de legalidad y arbitrio judicial" en AAVV. *La vinculación del juez a la ley*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, BOE/UAM, nº 1, 1997, p. 287.

²⁸¹ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. *Op.cit*, pp. 32 y ss.

²⁸² En el que la pena a imponer es consecuencia de los actos cometidos y no de otras circunstancias como la personalidad del autor. El abandono del hecho como centro de imputación jurídico-penal avanzando hacia el castigo por su autor supone una conversión hacia un Derecho penal de autor, incompatible con un Estado de Derecho. En tal sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Derecho penal. Parte general*, Civitas, 1977, p. 51.

realidad fáctica, al dar un amplio margen de maniobra al órgano judicial²⁸³. Pero además de ello, la atribución de este excesivo margen de indeterminación implica un alejamiento del sometimiento de la conducta del ciudadano a la ley, que quedaría vinculado únicamente al poder personal del juez, totalmente desconectado del principio democrático que está en el fundamento del principio de legalidad²⁸⁴. Así, concretando la necesaria determinación de las penas, la doctrina constitucional se ha pronunciado en contra de su admisibilidad cuando el límite máximo de la pena queda totalmente indeterminado, así como cuando no se contengan criterios para su graduación, siendo relativamente amplios sus límites máximo y mínimo²⁸⁵.

II.3.- La vinculación o exigencia de sometimiento a la ley. El mandato de tipicidad

Una vez hemos definido qué normas pueden establecer penas, y de qué modo pueden hacerlo, debemos avanzar un paso más allá y analizar cómo se deben aplicar estas normas, a la luz de la garantía de tipicidad. Existe cierta confusión a la hora de desligar todas las garantías recogidas en el artículo 25.1 CE, si bien el concepto *tipicidad* entra en juego a la hora de analizar la aplicación de las normas y no su configuración²⁸⁶. Ahora bien, al no ser más que el reverso y complemento del mandato de determinación de las penas, también la garantía de tipicidad tiene como fundamentos jurídico-constitucionales la seguridad jurídica y el principio democrático, aunque adicionalmente encuentra anclaje en otros principios generales como el imperio de la ley, la prohibición de arbitrariedad y el derecho a un tribunal objetivo e imparcial²⁸⁷.

En efecto, también en este control constitucional se pretende la previsibilidad de la sanción impuesta al particular a efectos de que pueda orientar su conducta a los parámetros cívicos exigibles, así como que la sanción se imponga cuando el legislador ha

²⁸³ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. *Op.cit.*, p. 32.

²⁸⁴ *Ídem*, p. 70.

²⁸⁵ SSTC 129/2006, 29/1989 y 207/1990, de 17 de diciembre. Sobre el segundo supuesto (la falta de criterios de graduación de las penas) se han pronunciado las SSTC 207/1990 ya citada, además de las SSTC 100/2003, de 2 de junio; y 210/2005, de 18 de julio. En el ámbito doctrinal, véase LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. *Sólo penas legales...* *Op.cit.*, pp. 97-98.

²⁸⁶ Tal como exponen, con otra nomenclatura pero de forma muy ilustrativa, las SSTC 219/2016, de 19 de diciembre, FJ 5; 220/2016, de 19 de diciembre, FJ 5. Tal como señala RODRÍGUEZ MOURULLO, haciéndose eco de la ilustrativa frase de BELING, el principio de tipicidad es el *precipitado técnico* del principio de legalidad. Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, G. "Principio de legalidad...", p. 280.

²⁸⁷ SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4.

decidido. Pero la tipicidad salvaguarda estos bienes en un momento posterior: en el momento de aplicación de la sanción por parte del órgano judicial, de tal forma que quedarán constitucionalmente vedadas las sanciones impuestas fuera del marco previsto legalmente. En esta línea, el artículo 4 CP establece la inaplicabilidad de las leyes penales a supuestos distintos de los expresamente incluidos en ellas, obligando al tribunal que conozca de un procedimiento no previsto en la norma pero que estime merecedor de reproche penal a la inmediata abstención de la continuación del proceso, pero abriendo la posibilidad de que exponga al Gobierno las razones por las que entiende que esa conducta debería ser punible. Mayores problemas plantean las normas penales en blanco, pero el juez también se encuentra sometido a ellas, al quedar obligado a suprimir todo margen de discrecionalidad que pudiera tener pronunciándose en favor de la mayor protección del bien jurídico atendiendo a criterios de oportunidad. Deberá únicamente apreciar la concurrencia de la norma de destino y, en caso de concurrencia, aplicar la norma penal de forma no arbitraria²⁸⁸.

Pero la mayor parte de los problemas relativos al principio de tipicidad guardan relación con la razonabilidad mediante la cual el órgano judicial aplica la norma, imponiendo la pena. Así es, aunque contemos con una ley que describa de forma concreta y precisa la conducta sancionable, una aplicación desviada permitiría que conductas *prima facie* desconectadas de la descripción prevista fueran sancionadas. Por ello, debe realizarse un triple test de razonabilidad de la sanción impuesta: en primer lugar, debe atenderse al significado textual de la norma, que marca de forma ineludible un cierto significado vinculante para el juez. Pero además, deberemos atenernos a la argumentación judicial acerca de la subsunción de la conducta en el tipo penal, proscribiendo toda argumentación ilógica o extravagante. Finalmente, la valoración fáctica también puede ser objeto de tacha de inconstitucionalidad, por lo que esta necesaria operación en el plano de los hechos deberá realizarse de conformidad con parámetros valorativos conformes a aquéllos que subyacen al ordenamiento constitucional²⁸⁹. Como especial manifestación

²⁸⁸ Pero si la pena es privativa de libertad, el estándar de la aplicación no arbitraria evoluciona hacia una aplicación ponderada de la norma penal respecto a la libertad del particular que se encuentra en juego. En este sentido, STC 57/2010, de 4 de octubre, FJ 4 *in fine*.

²⁸⁹ Por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 91/2009, de 20 de abril, FJ 6; 57/2010, de 4 de octubre, FJ 3; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8; 196/2013, de 2 de diciembre, FJ 5; 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 5; 146/2015, de 25 de junio, FJ 2; 150/2015, de 6 de julio, FJ 2; 219/2016, de 19 de diciembre, FJ 7; 220/2016, de 19 de diciembre, FJ 7. Argumentando que este canon de control es insuficiente, véase VIVES ANTÓN, T.S. *Op.cit*, pp. 584-587.

de este triple criterio de control de la razonabilidad en aplicación de la ley penal, queda proscrita la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem* (art. 4.1 CP), toda vez que hacen imprevisible la pena para una conducta que, en principio, no resultaba subsumible en los parámetros jurídico-penales²⁹⁰.

De entre estas cuestiones, interesa resaltar brevemente las relativas a la irrazonabilidad valorativa y la irrazonabilidad metodológica. Comenzando por la primera de ellas, la valoración fáctica conecta directamente con los Derechos fundamentales definidos jurisprudencialmente, de donde se desprende que es inadecuada la valoración prescindiendo de la jurisprudencia constitucional, llegando a merecer incluso reproche constitucional²⁹¹. Por ello, el ejercicio de un Derecho fundamental no puede ser sancionable, así como tampoco los actos conectados a tal ejercicio por su contenido o finalidad. Incluso aunque la conducta del particular no se pueda encuadrar de forma plena en el ejercicio del derecho, si está conectado a él de forma tangencial merecerá amparo constitucional, en aplicación de lo que se ha dado en llamar *doctrina del efecto desaliento*²⁹².

Respecto al criterio de la extravagancia argumentativa, téngase en cuenta que lo reprochable es la utilización de criterios metodológicos y de razonamiento heterogéneos y alejados de la ciencia jurídica de acuerdo a los parámetros usuales en los que se mueve esta disciplina, de tal forma que aboque a una conclusión irrazonable. Pero no es la conclusión lo irrazonable, sino el modo de llegar a ella. En todo caso, en un procedimiento judicial será el particular que haya sufrido la sanción (llegados a la jurisdicción constitucional, el demandante de amparo) quien deba sostener tal extravagancia, y aunque tal carga pudiera aproximarse a la exigencia de una prueba diabólica, no existe dificultad probatoria alguna. La propia sentencia recurrida ya aporta un indicio de esa extravagancia, que se puede apoyar acudiendo a interpretaciones doctrinales que

²⁹⁰ Véase, especialmente por conectar las interpretaciones extensiva y analógica al triple criterio de razonabilidad, la STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4. En un sentido similar, por todas, SSTC 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 142/1999, de 22 de julio, FJ 3; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4; 90/2012, de 7 de mayo, FJ 4; 4/2014, de 16 de enero, FJ 4.

²⁹¹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. “El derecho a la tipicidad penal” en VIVER PI-SUNYER, C. (coord.) *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 268-270.

²⁹² SSTC 136/1999, de 20 de julio, FJ 20; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5; 88/2003, de 19 de mayo, FJ 8; 104/2011, de 20 de junio, FJ 6. Esta doctrina tiene como antecedente los votos particulares del Excmo. Magistrado D. Tomás S. Vives Antón a las SSTC 79/1995, de 22 de mayo, y 46/1998, de 2 de marzo.

recopilen los pronunciamientos mayoritarios al efecto o se autodefinan como unánimes²⁹³.

Con independencia de estas cuestiones, obsérvese que el control de la sujeción a la ley del órgano judicial confluye con el control de irrazonabilidad, arbitrariedad y error patente como manifestación del Derecho fundamental de acceso a la jurisdicción derivado de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Si bien se trata de dos controles de la actuación judicial, constituyen controles cumulativos en el ámbito sancionador que pueden coincidir parcialmente. Mientras el control relativo a la tutela judicial efectiva hace referencia al acceso a la justicia, la garantía de tipicidad refiere a la recepción de justicia desde una perspectiva razonable bajo el prisma sancionador. Esto es, la superación del estándar derivado del artículo 24.1 CE se produce con la obtención de una resolución judicial que no sea arbitraria o irrazonable, y la superación de la garantía de tipicidad exigirá que la resolución sea previsible en los términos antedichos²⁹⁴.

II.4.- La delimitación temporal de las leyes penales. Irretroactividad y ultraactividad de las normas desfavorables, y retroactividad de las más beneficiosas para el reo

La prohibición de retroactividad de disposiciones penales desfavorables también es una garantía que deriva de forma intuitiva del principio de seguridad jurídica²⁹⁵. La previsibilidad de la conducta que puede resultar sancionada, y en qué medida pueda resultar sancionada es un valor necesario de nuestro ordenamiento jurídico que cristaliza en esta figura jurídica, de tal suerte que el particular pueda adecuar su conducta a los parámetros exigibles penalmente. Pero, en línea con todas las manifestaciones anteriormente descritas del principio de legalidad, también la prohibición de retroactividad encuentra su fundamento en el principio democrático de la actuación estatal. Así es, el Estado se propone maximizar las libertades de los ciudadanos mediante la coacción de los comportamientos perjudiciales para la sociedad, y para ello requiere de una previsibilidad de los castigos que el Estado -como suma de cada uno de los integrantes de la sociedad- puede interponer, haciendo efectiva la función preventiva inherente a toda pena²⁹⁶. Consecuencia de esta fundamentación es también la prohibición de la

²⁹³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. “El derecho a la tipicidad penal” *Op.cit.*, pp. 266-267.

²⁹⁴ *Ídem*, pp. 295-296.

²⁹⁵ HUERTA TOCILDO, S. *Op.cit.*, p. 31.

²⁹⁶ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. *Sobre la retroactividad penal favorable*, Civitas, 2000, pp. 19-24.

ultraactividad desfavorable, la aplicación de la norma a hechos posteriores a la pérdida de su vigencia, aplicación que debe decaer por aplicación del artículo 25.1 CE²⁹⁷.

Para lograr este objetivo nuestro ordenamiento jurídico prescribe la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables (art. 9.3 CE), del que emana la exigencia consagrada en el artículo 25.1 CE, al exigir que la pena lo sea por una conducta que constituya delito *en el momento de producirse según la legislación vigente en aquel momento*²⁹⁸. Trasladando este derecho fundamental a la legislación ordinaria, los artículos 1.1 y 2.1 CP toman su contenido, haciendo efectiva -de nuevo- esta garantía, el primero respecto a la descripción de las conductas sancionables, y el segundo respecto a la pena aparejada a ellas.

Sin embargo, cuando la nueva norma publicada sea una norma favorable al ciudadano sí podrá aplicarse retroactivamente, por influjo del principio de proporcionalidad. En efecto, la seguridad jurídica es importante como valor inherente al Estado, pero el Estado debe operar al servicio de un bien jurídico superior, que es la libertad y autonomía individuales. Por ello, cuando exista una norma posterior que sancione la misma conducta y maximice la libertad del ciudadano tras la comisión de unos mismos hechos, deberá aplicarse esta última a pesar de que no fuera la norma vigente en el momento de tal comisión²⁹⁹. Esta retroactividad resulta problemática, puesto que no siempre es claro cuándo deberá aplicarse. Su fundamento en el principio de proporcionalidad hace que sea aplicable en las situaciones en las que el legislador considera inútil o excesiva la norma anterior, por lo que la nota determinante la debemos situar en este punto, en cuándo se considera excesivo el previo texto normativo. Pues bien, esta desproporción deberá apreciarse en la existencia de un cambio de la propia valoración penal, es decir, que, manteniéndose inalterados los parámetros circunstanciales y axiológicos, una valoración desde una perspectiva puramente jurídico-penal concluya que el hecho cometido merece una sanción menor o, directamente, no merece reproche. Y como los parámetros circunstanciales deben mantenerse inalterados,

²⁹⁷ LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. *Sólo penas legales...* *Op.cit.*, p. 141.

²⁹⁸ La irretroactividad de normas penales desfavorables como lesión del principio de legalidad penal puede verse en numerosas sentencias del Tribunal Constitucional. Por todas, SSTC 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 6; 21/1993, de 18 de enero, FJ 5; 234/2007, de 5 de noviembre, FJ 3; 196/2013, de 2 de diciembre, FJ 3.

²⁹⁹ LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. *Sobre la retroactividad...* *Op.cit.*, pp. 33-39; LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. *Sólo penas legales...* *Op.cit.*, pp. 141-143; HUERTA TOCILDO, S. *Op.cit.*, p. 35.

no es posible apreciar la retroactividad de normas penales más favorables cuando, por ejemplo, el momento de la comisión del hecho delictivo obligaba a una especial protección del bien jurídico³⁰⁰.

A pesar de su teórico anclaje al principio de proporcionalidad, con trascendencia constitucional en virtud de una interpretación *a sensu contrario* del artículo 9.3 CE³⁰¹, una correcta comprensión del principio de retroactividad de la norma penal favorable de acuerdo a los instrumentos internacionales obliga a un replanteamiento de su fundamento. En efecto, el mantenimiento a ultranza del anclaje teórico conduce a la imposibilidad de acudir en amparo ante una negativa a la retroactividad favorable, toda vez que la proporcionalidad no es un criterio autónomo de constitucionalidad, sino que deriva del propio derecho fundamental afectado, valorado de conformidad con su necesaria proporcionalidad respecto a la injerencia que sufre³⁰²; además, únicamente acceden al amparo las desproporciones que rayen la arbitrariedad del aplicador del derecho, supuesto que no es posible apreciar ante una simple sucesión de normas. Esta restricción en la protección de las situaciones en las que se exige una retroactividad de la norma penal favorable se opone frontalmente al artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que consagra dicha retroactividad de forma absoluta³⁰³. A pesar, por tanto, de que la retroactividad atente contra el principio de seguridad jurídica que subyace al principio de legalidad, una adecuada comprensión de éste conforme a los acuerdos internacionales rubricados por España y la función superior del Estado que tiende a la

³⁰⁰ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. *Sobre la retroactividad...* *Op.cit.*, pp. 40-53. El autor pone el ilustrativo ejemplo en el que, en un momento de estado de excepción o sitio se sanciona con una pena muy gravosa el robo, y posteriormente se dicta una nueva norma que alivia tal gravedad una vez pasadas las excepcionales circunstancias que dieron lugar a tal estado.

³⁰¹ Y no por aplicación del artículo 25.1 CE, tal como muestran las SSTC 8/1981, de 30 de marzo, FJ 3; 15/1981, de 7 de mayo, FJ 7; 51/1985, de 10 de abril, FJ 7. Doctrina criticada al entender que resulta paradójico que la retroactividad más favorable encuentre fundamento constitucional en el artículo 9.3 CE *sensu contrario* y no en el artículo 25.1 CE, siendo este último artículo una concreción en el ámbito sancionador del artículo 9.3 CE. Así, HUERTA TOCILDO, S. *Op.cit.*, pp. 33-34.

³⁰² Por ello, en los casos en los que se condenara a pena privativa de libertad, dada la incidencia que esta pena tiene sobre el derecho a la libertad personal del artículo 17.1 CE, sería posible acudir en amparo alegando que la falta de aplicación retroactiva de la norma posterior lesiona este precepto de forma desproporcionada. Así, SSTC 22/1990, de 15 de febrero, FJ 7; 177/1994, de 10 de junio, FJ 1.

³⁰³ Desde el prisma del CEDH, la retroactividad más favorable no ha sido aún analizada. En la STEDH *G. c. Francia*, de 27 de septiembre de 1995, el recurrente alegaba que la aplicación de la norma posterior más favorable vulneraba el artículo 7.1 CEDH, que consagra únicamente el principio de irretroactividad de la norma posterior más favorable. En el párrafo 26 de dicha resolución, el Tribunal confirma y valida esa aplicación retroactiva pero niega que exista lesión del artículo 7.1 CEDH. Pero de este pronunciamiento no se puede deducir que el CEDH incluya el principio de retroactividad más favorable, sino únicamente que su aplicación no está proscrita a la luz del artículo 7.1.

consecución del mayor grado de libertad individual posible obligan a pronunciarse en favor de una relación entre la garantía de retroactividad y el principio de legalidad que permiten su acceso al recurso de amparo³⁰⁴.

A fin de ofrecer una perspectiva completa del panorama actual en el ámbito jurídico-público, sirva finalizar este epígrafe recogiendo la manifestación legal del principio de retroactividad penal favorable, que se contiene en el artículo 2.2 CP. Si bien este precepto excluye la retroactividad cuando así se disponga expresamente, no puede verse en esta mención la posibilidad de prescindir del análisis constitucional anteriormente expuesto, porque continuamos precisando de él para valorar casuísticamente cuándo será viable el recurso a la retroactividad³⁰⁵.

III. La proyección del principio de legalidad en las sanciones laborales. Su reconocimiento parcial y propuestas para una consagración completa

III.1.- Acerca del anclaje constitucional del principio de legalidad y la problemática del tenor literal del artículo 25.1 CE

La doctrina laboralista ancla el principio de legalidad en el artículo 9.3 CE³⁰⁶, entendiendo que el carácter privado de la relación laboral impide que éste pueda derivar directamente del artículo 25.1 CE, habida cuenta de que el tenor literal de este precepto lo hace imposible, al constituir únicamente un límite al ejercicio del *ius puniendi* estatal³⁰⁷. Esta falta de equiparación entre ambos ámbitos resultaría coherente con las ramas jurídicas en la que se aplica tal garantía, ya que el ámbito laboral necesita un mayor

³⁰⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. *Sobre la retroactividad...* *Op.cit.*, pp. 61-67.

³⁰⁵ *Ídem*, pp. 72-74.

³⁰⁶ CASTRO ARGÜELLES, M.A. *El régimen disciplinario en la empresa. Infracciones y sanciones laborales*, Aranzadi, 1993, p. 58.

³⁰⁷ El artículo 25.1 CE constituye una garantía frente a los delitos, faltas, e infracciones administrativas, tal como expone su tenor literal. Así se han pronunciado las SSTC 73/1982, de 2 de diciembre, FJ 3; 69/1983, de 26 de julio, FJ 4; 24/1984, de 23 de febrero, FJ 2; 62/1984, de 21 de mayo, FJ 2; 96/1988, de 26 de mayo, FJ 3; 190/1988, de 17 de octubre, FJ 3; 239/1988, de 14 de diciembre, FJ 2; 164/1995, de 13 de noviembre, FJ 4; 48/2003, de 12 de marzo, FJ 9; 5/2004, de 16 de enero, FJ 9; 39/2011, de 31 de marzo, FJ 2. En el ámbito doctrinal, véanse FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, 1991, p. 173; CASTRO ARGÜELLES, M.A. *Op.cit.*, p. 57; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. *El poder disciplinario y la negociación colectiva*, Comares, 2008, página 37; TERRADILLOS ORMAETXEA, E. *El poder disciplinario empresarial. Principios y garantías*, Tirant lo Blanch, 2004, página 32; VALLE MUÑOZ, F.A. *El proceso laboral de impugnación de sanciones disciplinarias*, Comares, 2002, páginas 22 y 23.

dinamismo que el ámbito penal en la protección del interés empresarial³⁰⁸. Sin embargo, el tenor literal de una norma no debiera ser un obstáculo para hallar el fundamento de esta garantía sancionadora si, en virtud de su propio contenido, resulta aplicable a la relación privada.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha reconocido que la Constitución es un conjunto normativo que debe amoldarse a las necesidades sociales cambiantes, pudiendo subsumir en su ámbito ciertos supuestos y problemas contemporáneos que originariamente no estaban pensados en su redacción, evitando que la máxima norma de nuestro ordenamiento jurídico se convierta en papel mojado. Para ello, será necesario observar la realidad social jurídicamente relevante y derivar de ella la vinculación jurídica a esta realidad (la *cultura jurídica*). Esta vinculación jurídica se puede hallar a través de diferentes vías: Derecho comparado, Derecho supranacional, estadísticas, doctrina... De esta forma, si una interpretación alternativa de un precepto constitucional se amolda a la realidad social y una de estas vías permite de forma fehaciente la juridificación de dicha realidad, puede acogerse jurídicamente una reinterpretación constitucional siempre que no suponga una alteración del contenido esencial de la figura en cuestión; es decir, siempre que no derive en la configuración de una institución totalmente irreconocible para la imagen que se tiene de ella en la sociedad española³⁰⁹.

En este esquema cobra una importancia trascendental la doctrina como elemento irradiador de la nueva interpretación propuesta, constatando una tendencia creciente a considerar que el principio de legalidad no es únicamente un principio de carácter sancionador público, sino que tiene un carácter sancionador y por ello resulta aplicable también a las sanciones privadas que sean impuestas por una autoridad de tal carácter. Por supuesto, esta reinterpretación del principio de legalidad en modo alguno supone una alteración de su contenido esencial que lo haga socialmente irreconocible, sino que modifica únicamente su ámbito de aplicación de forma extensiva, permitiendo su aplicación a las sanciones privadas. Ahora bien, de conformidad con los aspectos metodológicos desarrollados en los capítulos anteriores (*Vid.* en especial, Cap. II.II.3.B),

³⁰⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *Op. cit.* Páginas 155 y 156.

³⁰⁹ STC 198/2012, de 6 de noviembre, FFJJ 8 y 9, sobre la validez del matrimonio homosexual. Al igual que en la problemática planteada al hilo del principio de legalidad, en este supuesto se superó la dicción literal de una norma constitucional: el artículo 32.1 CE, que reconoce el derecho al matrimonio de “el hombre y la mujer”.

su contenido debe ser matizado para ajustar su alcance a una relación jurídica a la que tradicionalmente no se venía aplicando.

De hecho, la experiencia comparada nos muestra cómo el tenor literal del precepto constitucional se contrapone al propio concepto de la garantía y a su ámbito de vigencia, que debe tener un alcance expansivo respecto a todas las sanciones posibles, incluyendo las laborales. Así, en la doctrina italiana se reconoce la vigencia del principio de legalidad propio del ámbito jurídico-público en las sanciones laborales, consagrado en el artículo 25 *Costituzione della Repubblica italiana*³¹⁰. Por ello, resulta recomendable una superación del tenor literal de la norma constitucional española en aras a lograr un tratamiento más adecuado de las sanciones laborales que incluya todas las garantías sancionadoras a ellas inherentes.

Reformulado en estos términos el principio de legalidad, procederemos a continuación a estudiar en qué medida y con qué incidencia afectan a las sanciones laborales cada una de las tradicionales manifestaciones de tal garantía laboral.

III.2.- ¿Qué norma? El instrumento idóneo para establecer las sanciones laborales

El principio democrático y la seguridad jurídica como valores protegidos en el ámbito público mediante el principio de legalidad deben ser objeto de una protección similar en otro ámbito sancionador como es el disciplinario laboral. En virtud de estos valores, los únicos sujetos legitimados para configurar la sanción laboral son el legislador y, como manifestación de la autonomía colectiva constituida tras la entrada en vigor de la Constitución Española³¹¹, los sujetos colectivos. Por ello, tal como expone el artículo

³¹⁰ MAINARDI, S. *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, Giuffré, 2002, pp. 228-229, y 254-255; LAZZARI, C. “Il codice disciplinare” en CARINCI, F (dir.) MAINARDI, S (coord.) *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, UTET, Torino, 2012, p. 47. Traslación de la garantía penal, por supuesto, que no implica una translación automática de todas sus vertientes con el mismo grado de rigidez, sino que debe amoldarse a las sanciones laborales, tal como señalan los propios autores.

³¹¹ La Constitución Española acaba con el régimen de relaciones laborales propio del franquismo mediante el reconocimiento de la autonomía colectiva de los agentes sociales; esto es, la potestad para que autorregulen las cuestiones que afectan a las relaciones productivas. En esta autonomía colectiva se integra la autonomía normativa, el poder de determinación autónoma de las relaciones de trabajo a través, principalmente, de la negociación colectiva consagrada en el artículo 37.1 CE. De esta forma, el papel del Estado como órgano regulador de las condiciones laborales queda suprimido, siendo relegado a un papel de promoción de derechos prestaciones que ha asumido, y de definición general del sistema de relaciones productivas. Véase PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. *Derecho sindical español*, Tecnos, 5ª edición, 1994, pp. 35-37. Precisamente, este fenómeno común a todos los países de nuestro entorno es una de las notas características más importantes del Estado Social, tal como se afirma en SUPIOT, A. *Grandeur et misère de l'État social. Leçon inaugurale prononcée le jeudi 29 novembre 2012*, Collège de France, 2013, p. 13.

58.1 ET³¹², los únicos instrumentos reguladores de las sanciones disciplinarias serán la ley y el Convenio colectivo.

La ley como instrumento regulador de las sanciones laborales generalmente tiene un papel de menor protagonismo que el convencional. Únicamente se regularán por ley las conductas que, por establecer un estándar mínimo de seguridad jurídica en atención al bien que pretenden proteger, tienen un sistema común que se puede aplicar con vocación de generalidad a todas las empresas. Así ocurre, por ejemplo, con el artículo 54.2 ET que regula el despido disciplinario, con el artículo 45.1.h ET que consagra la suspensión de empleo y sueldo, y con el artículo 29.3 LPRL (en relación al segundo apartado del mismo artículo), que hace referencia a la posibilidad de sancionar el incumplimiento por parte del trabajador de la normativa de prevención de riesgos laborales. Sin embargo, este menor protagonismo legal no se predica respecto a todas las relaciones laborales. En aquéllas en las que el empleador es una Administración pública, al trabajador a su servicio le es aplicable el régimen sancionador previsto para el personal funcionario, como consecuencia de la vocación unificadora de las condiciones de trabajo entre funcionarios y personal laboral que subyace al EBEP³¹³.

Este papel preponderante de la ley imposibilita que el reglamento, de forma independiente, pueda regular las sanciones laborales de la misma forma que las normas legales. En efecto, si bien la garantía de seguridad jurídica quedaría correctamente salvaguardada por la exigencia de publicidad de las normas reglamentarias (arts. 9.3 CE y 131 Ley 39/2015), no sucedería lo mismo respecto al principio democrático protegido con el principio de legalidad, ya que se habilitaría para la descripción de conductas sancionables a un poder del Estado que no es el idóneo para ello, como es el poder

³¹² Configurado como una remisión que atribuye la competencia para definir las sanciones, tal como expone CASTRO ARGÜELLES, M.A. *Op.cit.*, p. 59.

³¹³ Así, al personal laboral al servicio de la Administración se le aplica el régimen disciplinario previsto en el EBEP, en virtud del artículo 93.4 EBEP, tal como ha sido interpretado, por todas, por las SSTS de 4 de noviembre de 2010 (rec. 88/2010), FJ 6; de 2 de marzo de 2016 (rec. 2501/2014), FJ 4; de 20 de abril de 2016 (rec. 1882/2014), FJ 2; 25 de enero de 2018 (rec. 3992/2015), FJ 5. Tal como se puede comprobar en algunas de estas resoluciones, el cambio de régimen legal por la simple naturaleza pública del empleador es muy importante porque cambian los plazos de prescripción de la conducta para que sea sancionada, así como los efectos de la improcedencia de la sanción (en caso de despido improcedente de personal laboral fijo por falta muy grave, se impone la readmisión obligatoria del trabajador, en virtud del artículo 96.2 EBEP). Finalmente, téngase en cuenta que el precepto convencional que pudiera conceder el derecho de opción al trabajador prevalece sobre el artículo 96.2 EBEP que impone la readmisión obligatoria, de donde se desprende la naturaleza de derecho necesario relativo de la disposición estatutaria. En tal sentido, véanse las SSTS de 2 de febrero de 2009 (rec. 78/2008), FJ 3; y de 4 de noviembre de 2010 (rec. 88/2010), FJ 6.

ejecutivo³¹⁴. Ello se entiende sin perjuicio, por supuesto, de la posibilidad de que se efectúen remisiones a la norma reglamentaria para que ésta regule determinados aspectos, configurando tipos de *normas sancionadoras en blanco*³¹⁵. Pero al igual que en el ámbito administrativo-sancionador³¹⁶, estas remisiones encontrarán su límite natural en la necesidad de que exista una auténtica cobertura legal, que no tenga carácter formal, y que los elementos esenciales de la infracción y de la sanción queden adecuadamente definidos en la ley. En resumen, quedan vedados los reglamentos independientes y las habilitaciones legales arbitrarias que ofrezcan una cobertura meramente formal a la descripción de conductas y las sanciones vía infralegal.

El Convenio colectivo también es un instrumento idóneo para regular las sanciones de trabajo, permitiendo de que las conductas sancionables, así como su consecuencia jurídica, se adapte al ámbito concreto en el que se desenvuelve cada relación laboral, habida cuenta de que en cada sector las conductas merecedoras de sanción pueden variar³¹⁷. Ahora bien, como consecuencia de la seguridad jurídica como bien a salvaguardar por el principio de legalidad, será necesario que el instrumento en el que

³¹⁴ Es más, incluso cuando una compleja estructura normativa ofrecía al Tribunal Supremo la posibilidad de pronunciarse en favor de un reglamento regulador de estas condiciones de trabajo, ofreció una argumentación discutible, afirmando que la cobertura legal del reglamento no quedaba derogada, a pesar del claro tenor literal de la disposición derogatoria discutida. Véase la STS de 30 de marzo de 2017 (rec. 3300/2015), FFJJ 7-9. Si bien es cierto que este asunto se dictó en el ámbito de la función pública en el que tiene un protagonismo mayor el principio de legalidad, nos da idea de las dificultades para que se pueda desconocer por completo la reserva de ley en materia sancionadora, dificultades que también se trasladan al estricto ámbito privado.

³¹⁵ Si bien a través del principio de legalidad, nótese que llegamos a la misma conclusión que en el régimen general de la regulación de las condiciones individuales de trabajo. En efecto, si bien el artículo 35.2 CE no consagra una reserva de ley en sentido estricto, que vede el juego del reglamento independiente, tal proscripción se impone en virtud de la reserva formal de ley inherente a la regulación legal. Es decir, a pesar de no existir una reserva de ley en sentido estricto, el que la ley desarrolle el régimen jurídico impide que pueda ser desarrollado a su vez por vía reglamentaria, sin perjuicio de los reglamentos ejecutivos y por remisión que, en todo caso, deben respetar la norma legal. En este sentido, véase VALDÉS DAL-RÉ, F. “La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral” en AAVV. *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, pp. 366-375.

³¹⁶ El nivel más laxo de incidencia del principio de legalidad en el ámbito jurídico-público, que permite una traslación adecuada de la garantía de reserva de ley manteniendo un estándar idóneo, habida cuenta de que el descriptor de conductas por vía reglamentaria será el poder ejecutivo, un poder público.

³¹⁷ Esta necesaria flexibilidad en la determinación de las conductas sancionables también se predica a nivel empresarial, no únicamente sectorial, cuestión de la que tendremos ocasión de ocuparnos más adelante. Haciendo referencia a ambos motivos como determinantes para evitar la aplicación del principio de legalidad tal como viene siendo aplicado en el ámbito jurídico-público, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *Op.cit.*, pp. 155-156.

consagre la sanción se encuentre publicado³¹⁸. No puede sostenerse que el conocimiento del sistema disciplinario por otros medios³¹⁹, o la incorporación al nexo contractual de la obligación cuya transgresión causa la sanción disciplinaria³²⁰, sean suficiente para salvar la garantía de seguridad jurídica subyacente al principio de legalidad, porque éste no se proyecta únicamente sobre la conducta sancionable, sino que incluye la correlación falta-sanción. Es decir, el trabajador debe tener conocimiento previo de que su conducta puede ser sancionada y de *cómo* puede serlo.

Por ello, el convenio colectivo estatutario es el único hábil para determinar las faltas y sanciones que se pueden imponer, en virtud de la publicidad que adquiere este texto normativo tal como exige el artículo 90.3 ET³²¹. De esta forma, se excluye el posible

³¹⁸ Publicidad que adquiere una importancia capital en derecho comparado. En Italia, el artículo 7.1 *Statuto dei lavoratori* establece que el código disciplinario debe colocarse en un lugar accesible a todos los trabajadores para su conocimiento. Esta garantía se ha calificado como *publicidad cualificada* y reviste una extraordinaria importancia, porque su falta de concurrencia determina la parálisis *ex tunc* del poder disciplinario y la consiguiente nulidad de las sanciones impuestas (MAINARDI, S. *Op.cit.*, pp. 224, y 281-282; LAZZARI, C. *Op.cit.*, pp. 81-85). Únicamente existe una única excepción a este deber de publicidad, que son las sanciones de despido disciplinario que derivan directamente de la ley: artículos 1 a 3 *Legge 604/1966, 15 luglio*, y 2119 CC, excepción justificada por la publicidad inherente a las normas legales (MAINARDI, S. *Op.cit.*, pp. 261 y ss; LAZZARI, C. *Op.cit.*, pp. 75-79; DELFINO, M. “Il potere disciplinare tra dimensione individuale e dimensione collettiva”, *Diritti lavori mercati*, vol. 8 fasc. 3, 2010, pp. 630-632). Por el mismo motivo, en fin, las normas de procedimiento disciplinario únicamente deberán publicarse cuando la norma convencional o las instrucciones empresariales completen o integren la regulación legal (MAINARDI, S. *Op.cit.*, pp. 268-270; LAZZARI, C. *Op.cit.*, p. 60, precisando que únicamente se hace referencia a las normas relativas al trámite de alegaciones del trabajador, cuando tal procedimiento le sea más beneficioso que el régimen legal). Función complementaria de la norma convencional admitida, tal como puede verse también en PEZZONI, M.T. “Sui vincoli contrattuali al potere disciplinare”, *Rivista italiana di Diritto del lavoro*, Giuffrè, vol. 2, 1999, p. 365.

³¹⁹ LAZZARI, C. *Op.cit.*, pp. 62-64. Asumiendo esta doctrina, si bien reconociendo que sería una flexibilización de la exigencia de publicidad razonable para cuando el trabajador no presta servicio en el centro de trabajo donde se expone el código disciplinario, véase MAINARDI, S. *Op.cit.*, pp. 272-281.

³²⁰ En este sentido, se ha sostenido que, como el poder disciplinario no es autónomo sino que es el reverso del poder de dirección y control de la actividad laboral, no es necesario el establecimiento de un elenco de faltas y sanciones de forma rígida como manifestación del principio de tipicidad, sino que para hacer compatible este principio con el ordenamiento jurídico privado, al que subyace la buena fe y la garantía de evitar la arbitrariedad del empleador, bastará una clara puesta en conocimiento del trabajador de la prohibición de una conducta a través de órdenes generales. Sería suficiente, por tanto, con el dictado de dichas órdenes de forma clara, concreta y previa a la sanción. En este sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *Op.cit.*, pp. 174 y ss.

³²¹ Podría plantearse que el convenio colectivo no fuera idóneo para establecer las faltas y sanciones, al posibilitar que los trabajadores se vieran sometidos a diferentes sistemas sancionadores en función del convenio que les fuera aplicable, vulnerando el principio de igualdad y la prohibición de discriminación (art. 14 CE). Sin embargo, el establecimiento de un régimen diferenciado por la aplicación de diversas normas convencionales es válido por no tratarse de situaciones homologables y no introducir diferencias de índole discriminatoria, sino que se adaptan a cada sector. Véase GARCÍA MURCIA, J. “Diferenciación de trato, igualdad de oportunidades y negociación colectiva” en AAVV. *La nueva función de la negociación colectiva y los Acuerdos Interconfederales sobre el empleo. X Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1998, pp. 39-40.

juego de los convenios colectivos extraestatutarios³²². Pero además, nótese que en virtud del principio democrático como fundamento del principio de legalidad, no vale con cualquier norma convencional estatutaria. En efecto, no es suficiente con prever un instrumento susceptible de publicación que tenga eficacia *erga omnes*, sino que éste, además, debe ser fruto de la concreta manifestación de la autonomía colectiva que el legislador ha considerado idónea para regular tal materia. Nuestro marco constitucional permite que el contenido fundamental de la relación laboral se reserve a la autonomía colectiva, pero no a cualquier expresión de ésta, sino que en función de la específica condición de trabajo a regular deberá fraguar en un nivel adecuado, con una mayor o menor abstracción del ámbito empresarial como para evitar todo conflicto de intereses. Es por ello que el propio legislador no ha permitido que los convenios de empresa puedan regular el régimen disciplinario, siendo una materia sobre la que no pueden incidir una vez ha sido regulada por un convenio sectorial (art. 84.2 ET)³²³. Quien impone las sanciones no puede participar en su configuración. Y lo mismo puede decirse respecto a los acuerdos de empresa. Si bien son instrumentos que alcanzan el carácter de convenios colectivos estatutarios cuando los firman la mayoría de los representantes de los

³²² Esta interpretación parece acogerse judicialmente en la STS de 1 de junio de 2007 (rec. 71/2006), en cuyo FJ 11, tras citar la argumentación del recurrente relativa a la imposibilidad de que este instrumento regule el régimen disciplinario empresarial, afirma que “[...] *sin dejar de ser eso cierto, el motivo de impugnación en esta materia carece de fundamento [...]*”. Por tanto, aunque el motivo se rechaza porque el contenido del pacto se limita a transcribir el contenido de las sanciones ya previstas legal y convencionalmente, *obiter dicta* se asume la imposibilidad de que pueda contener una verdadera regulación de faltas y sanciones.

³²³ Más allá de esta imposibilidad material cuando existe una regulación convencional sectorial, la regulación de las sanciones laborales por convenio colectivo de empresa no presenta ningún problema conceptual, ya que doctrinalmente se ha considerado que incluso el empresario por sí mismo podría establecer el elenco de sanciones (de hecho, es el sujeto naturalmente idóneo para ello) de no ser por el juego del artículo 58.1 ET, que restringe esta facultad a la ley y al convenio colectivo. Así, su poder empresarial quedaría restringido a la imposición de la sanción, sin que ello suponga una total privación de su poder empresarial. En este sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *Op.cit.*, pp. 159-163; POQUET CATALÁ, R. *La actual configuración del poder disciplinario empresarial*, Tirant lo Blanch, 2011, p. 46. En suma, la autotutela colectiva como manifestación del principio democrático tiene una importancia especialmente relevante en lo que respecta a la parte social. En efecto, el empresario por sí mismo ostenta un poder colectivo cuya única forma de ser revertido es mediante el asociacionismo colectivo de los trabajadores. A partir del nivel empresarial, los diferentes ámbitos de negociación colectiva simplemente son proyecciones de poderes en un nivel de equilibrio. En este sentido, KAHN-FREUND, O. *Trabajo y derecho*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, pp. 52 y ss.

trabajadores³²⁴ y, por ello, también deben ser publicados³²⁵, no son idóneos para regular el régimen disciplinario por ser una materia que se reserva a un ámbito sectorial, sin poder trascender las reglas de prioridad aplicativa de los propios convenios.

En todo caso, tanto la ley como el convenio colectivo son instrumentos que sirven a la supeditación del poder empresarial unilateral³²⁶ y cuyo contenido se incorpora al contrato de trabajo de forma automática y con carácter obligatorio (art. 82.3 ET)³²⁷. Por ello, se ha planteado la cuestión de la eventual concurrencia de sanciones cuando una misma conducta se tipifica en ambos instrumentos normativos. En tal caso, la regulación legal se configura como una normativa autosuficiente³²⁸ que no necesita de concreción vía convencional -al contrario que el resto de sanciones- de acuerdo a su carácter de regulación mínima común para toda relación laboral. Precisamente este carácter es el que permite que las normas sancionadoras puedan calificarse como derecho necesario

³²⁴ Recordemos que si un acuerdo de empresa es rubricado por la mayoría de los representantes de los trabajadores, el acuerdo tendrá eficacia general, aunque no se cumplan los requisitos previstos en el Título III ET. Véase OJEDA AVILÉS, A. “Los acuerdos en la empresa en la estructura de la negociación colectiva” en AAVV. *El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa. VI Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tecnos/Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 1996, p. 214.

³²⁵ Cuando tienen eficacia de convenio colectivo, los acuerdos de empresa deben acceder al Registro de Convenios y Acuerdos Colectivos de conformidad con el artículo 2.1.h RD 713/2010, de 28 de mayo. La exigencia de publicación tras el acceso a tal registro se contiene en el artículo 8.3 del mismo texto.

³²⁶ GALIANA MORENO, J.M. “La eficacia de los convenios colectivos en el Derecho español del trabajo” en AAVV. *La eficacia de los convenios colectivos. XIII Congreso Nacional de Derecho del trabajo*, Ministerio de Trabajo, 2003, p. 40.

³²⁷ La automaticidad del contenido convencional y su obligatoriedad como conceptos escindibles puede encontrarse en KAHN-FREUND, O. *Op.cit.*, p. 235. Así, el efecto de incorporación automática del contenido del convenio al nexo contractual ha sido reconocido jurisprudencialmente por la STS de 22 de diciembre de 2014 (rec. 264/2014), FJ 3, reiterada en SSTs de 18 de mayo de 2016 (rec. 100/2015), FJ 5; de 20 de diciembre de 2016 (rec. 217/2015), FJ 11; de 1 de febrero de 2018 (rec. 35/2017), FJ 8. Doctrinalmente se ha considerado que esta línea jurisprudencial apoya la tesis contractualista, referida a la naturaleza de contrato colectivo que pudieran revestir los convenios (LAHERA FORTEZA, J. “La contractualización del convenio colectivo: una lectura contractualista”, *Derecho de las relaciones laborales*, Wolters Kluwer, nº 1, 2015, pp. 58 y ss.). Sin embargo, esta argumentación supone desconocer la distinción trazada, porque la jurisprudencia únicamente habla de incorporación automática al nexo contractual, que puede lograrse desde una perspectiva normativista o contractualista, siendo ésta una discusión referida al otro concepto citado: a la obligatoriedad del convenio. Discusión que el Tribunal Constitucional zanjó definitivamente pronunciándose en favor de la línea normativista, tal como puede verse en las SSTC 177/1988, FJ 4; 119/2002, FJ 6; 27/2004, FJ 4; 280/2006, FJ 5; 36/2011, FJ 2; 112/2017, FJ 4. En un ámbito doctrinal se ha seguido, de forma mayoritaria, la misma línea. Por todos, véase GALIANA MORENO, J.M. *Op.cit.*, pp. 42-43.

³²⁸ SSTSJ La Rioja, de 15 de octubre de 2015 (rec. 257/2015), FJ 4; Andalucía, de 8 de mayo de 2007 (rec. 3269/2006), FJ Único.

relativo³²⁹, de tal forma que, cuando un convenio colectivo regula los supuestos de despido, éstos se configuren como concreciones de los supuestos legales y que no se pueden desconocer. Dichas concreciones, de existir, serán de capital importancia a la hora de analizar si una sanción vulnera el mandato de determinación, en los términos que posteriormente analizaremos³³⁰. Además, a estas concreciones que se introducen vía convencional se les puede aplicar la misma consecuencia jurídica de despido o bien establecer una sanción menor³³¹, en cuyo caso habrá que aplicar esta última consecuencia más leve contra el acervo jurídico del trabajador debido al principio de norma más favorable, recogido en el artículo 3.3 ET³³².

Por tanto, ley y convenio colectivo sectorial estatutario. Pero no todo es tan sencillo, porque las nuevas realidades sociales nos abocan a preguntarnos si en determinadas circunstancias pueden influir otros instrumentos susceptibles de regular las sanciones laborales, como las normas de conducta que unilateralmente pueden establecer las empresas. Estos instrumentos nos plantean dos interrogantes importantes: en primer lugar, si se trata de auténticas normas o no son más que instrucciones empresariales sin mayor valor; y en segundo lugar, qué papel juegan dentro del esquema sancionador.

La naturaleza de estos mecanismos jurídicos viene marcada por sus características principales. Se trata de preceptos que tienen un alcance general y vocación de

³²⁹ STSJ Andalucía, de 8 de mayo de 2007 (rec. 3269/2006), FJ Único.

³³⁰ *Vid.* Cap. III.III.3.

³³¹ Este doble papel, como concreción de los tipos generales, y como eventual cláusula más favorable al trabajador puede verse en SSTSJ La Rioja, de 15 de octubre de 2015 (rec. 257/2015), FJ 4; Andalucía, de 15 de abril de 2008 (rec. 2288/2007), FJ 3; Andalucía, de 8 de mayo de 2007 (rec. 3269/2006), FJ Único.

³³² Véase la precitada STSJ Andalucía de 8 de mayo de 2007, que expone esta cuestión al hilo del carácter de mínimo de derecho necesario que tiene la norma legal, concluyendo que en estos casos es necesaria una doble tipicidad: la conducta consagrada como causa de despido disciplinario tanto en la ley como en el convenio colectivo. En un sentido similar apunta la doctrina italiana, que resuelve estos casos acudiendo al principio de norma más favorable prevista en el artículo 12 *Legge* 604/1966, 15 *luglio*, tal como se puede comprobar en ROSSI, N. “Contrattazione collettiva e potere disciplinare del datore di lavoro”, *Rivista italiana di Diritto del lavoro*, vol. 4, 2015, p. 1058. Asumiendo la misma conclusión, aplicando la sanción prevista en el convenio colectivo pero por aplicación del principio de especialidad, véase la STSJ Comunidad Valenciana, de 21 de octubre de 2016 (rec. 2390/2016), FJ 3. En sentido contrario, afirmando que en estos casos se puede aplicar directamente tanto el convenio colectivo como la ley, facultando al empleador para su elección, SSTSJ Extremadura, de 22 de noviembre de 2016 (rec. 490/2016), FJ 5; Madrid, de 19 de marzo de 2013 (rec. 5331/2012), FJ 2. En el ámbito doctrinal, concluyendo también en sentido contrario, afirmando que el convenio colectivo puede precisar la causa legal para su concreto ámbito de actividad pero con prevalencia en todo caso de la ley, RIVERO LAMAS, J. *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, Universidad de Zaragoza, 1986, p. 113.

permanencia. En consecuencia, son un instrumento normativo, una norma que dicta el propio empresario para limitar su poder. No son simples instrucciones que el empleador dicte para uno o unos trabajadores concretos y que pueda alterar a su libre voluntad con el paso del tiempo, sino que son auténticos instrumentos legales. Y de forma ineludible, por ser instrumentos normativos, cuando el empresario los dicta está limitando de forma más intensa su poder, ya que las normas le son oponibles también a él³³³.

Esta limitación adicional de su poder tiene una relación directa con el papel que juegan estas normas dentro del poder disciplinario empresarial. Ciertamente, estas figuras jurídicas están supeditadas a los instrumentos legales y convencionales propios del poder disciplinario, por lo que no pueden regular *ex novo* conductas susceptibles de sanción³³⁴ al no respetar el principio de legalidad. Pero ello no impide entender que las obligaciones contenidas en la norma empresarial sirven como instrumento integrador de las obligaciones contractuales asumidas, cuya infracción puede ser castigada con base en los preceptos convencionales de forma similar al *iter* empleado en las normas penales en blanco³³⁵. Es así como se limita adicionalmente el poder disciplinario empresarial, al dotar de una mayor concreción a las cláusulas sancionadoras que tienen mayor indeterminación. Si no se previeran, el empleador podría sancionar las conductas en virtud de la cláusula sancionadora general, pero al establecer de forma más concreta cuándo se incurrirá en la conducta prohibida, se pone un coto adicional a su propio poder. Con todo, del mismo modo que en la doctrina general de las normas en blanco, este modo de operar deberá respetar que el núcleo básico del injusto se encuentre contenido en el convenio colectivo, y para ello será necesario llevar a cabo una valoración casuística de las circunstancias concurrentes en atención al precepto finalmente utilizado para sancionar al trabajador.

³³³ Véase el análisis de estos instrumentos en SUPIOT, A. *Crítica del Derecho del trabajo*, Presses Universitaires de France, 1994 (trad. GIL Y GIL, J.L., Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996), pp. 272 y ss. El autor distingue entre meras órdenes e instrucciones empresariales y normas que el empresario dicta de forma unilateral, teniendo en cuenta que la diferencia entre ambos elementos estriba en que las normas son generales y permanentes, y por ello limitan el poder del empresario al ser oponibles a él.

³³⁴ SAN de 6 de marzo de 2018 (rec. 189/2017), FJ 3 *in fine*.

³³⁵ En un sentido similar, GOÑI SEIN, J.L. “Programas de cumplimiento empresarial (*compliance programs*): aspectos laborales” en MIR PUIG, S; CORCOY BIDASOLO, M; GÓMEZ MARTÍN, V (dirs.) *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer/BdeF, 2014, pp. 415-416.

Aunque pudiera parecer una construcción compleja y totalmente alejada de la realidad, la cuestión aquí planteada tiene una importancia capital en el ámbito del cumplimiento de las obligaciones penales, porque las empresas se ven incursas en una paradoja, al ser forzadas a cumplir las obligaciones de *compliance*³³⁶ -entre las que se incluye el establecimiento de sanciones laborales contra los trabajadores incumplidores³³⁷- sin tener instrumentos para ello, porque la tipificación de conductas debe llevarse a cabo necesariamente mediante instrumentos legales o colectivos, tal como consagra el artículo 58 ET. La asunción de esta posición, en fin, supondría integrar estas normas que dictan las empresas (a falta de otra posibilidad de actuar cumpliendo la obligación que se les impone) dentro del poder disciplinario general, solventando la problemática planteada. Aun así, la carga que soportan las empresas con el establecimiento del sistema sancionador de los programas de cumplimiento hace ineludible la necesidad de que se promulgue una normativa legal que establezca todo el elenco de conductas sancionables en relación a las tareas de *compliance*, ya que deben ser las mismas para todas las empresas (en línea con el papel de derecho sancionador común que cumple la ley), lo que hace irrazonable dejar la tipificación de las conductas al arbitrio de los sujetos negociadores del convenio colectivo estatutario.

Para finalizar este epígrafe, haremos una mención a otra cuestión interesante que se suscita al hilo de las nuevas realidades sociales y el futuro del Derecho del trabajo. Sirva para ello la experiencia italiana, donde se ha avanzado en la flexibilidad de la prestación de trabajo mediante la introducción del *lavoro agile*, definido como una forma de ejecución de la prestación de forma dual: parte se desarrollará dentro del centro de trabajo, y parte fuera de él, siempre dentro de la jornada establecida³³⁸. En este marco de la prestación del servicio, el poder disciplinario se concreta mediante el acuerdo entre

³³⁶ La STS de 19 de julio de 2017 (rec. 1813/2016) parece afirmar, en su FJ 28, que el establecimiento del programa de cumplimiento es una obligación empresarial, al mencionar como requisito de imputación de responsabilidad penal de la empresa un elemento negativo como es la ausencia de implantación de dicho programa.

³³⁷ El programa de *compliance* es una exigencia para eximir de pena a la persona jurídica en cuyo seno se cometan los delitos, impuesta en los artículos 31.2 (para delitos cometidos por representantes legales u órgano decisor de la persona jurídica) y 31.4 CP (para el resto de trabajadores sometidos a la autoridad de los primeros). El contenido ineludible de estos programas viene expuesto en el artículo 31.5 CP, en cuyo apartado quinto establece que deberá incluir un sistema disciplinario adecuado ante las infracciones cometidas por transgresión de las obligaciones previstas por el programa.

³³⁸ Artículo 18.1 *Legge* 81/2017, 22 maggio.

empresario y trabajador que regula las condiciones concretas de dicha prestación³³⁹, lo que permitiría afirmar que en un futuro, la necesaria flexibilidad en la ejecución del trabajo podría abocarnos a un sistema de relaciones de características similares, debiéndose admitir instrumentos que prescindan de la reserva de ley en materia sancionadora. Sin embargo, este desconocimiento de la reserva de ley se admite únicamente respecto a la prestación desarrollada en el exterior del centro de trabajo. Es decir, el acuerdo empresario-trabajador únicamente puede regular conductas que, por la especial forma de prestación fuera del centro de trabajo, puedan atentar contra el interés empresarial, pero no se pueden tipificar conductas que *deban* llevarse a cabo en el propio centro de trabajo, o bien que *puedan*³⁴⁰ llevarse a cabo en él, toda vez que serán aplicables para estos supuestos las normas generales sometidas al principio de reserva normativa³⁴¹. De esta forma, si el acuerdo únicamente regula las sanciones específicas que pudieran imponerse por el lugar donde se presta el trabajo, resultará válido el sistema sancionador aunque no se publique, ya que el destinatario de la norma la conoce antes de someterse al régimen de prestación fuera del centro de trabajo, salvaguardándose -de forma un tanto particular- el principio de legalidad, por respetarse la seguridad jurídica que subyace a él³⁴². Del mismo modo, se respeta el mandato democrático, toda vez que la ley reguladora del *lavoro agile* se configura como una ley especial respecto de la genérica normativa laboral, remitiendo a la negociación entre empresario y trabajador la configuración de las sanciones incursas en esta especialidad, aquéllas que se pueden imponer en atención a la especial forma de ejecución admitida legalmente.

³³⁹ Artículo 21 *Legge* 81/2017, 22 maggio.

³⁴⁰ Si una norma sanciona la falta de asistencia al trabajo, tal falta de asistencia puede venir provocada por no acudir al centro de trabajo, o bien porque el trabajador no se encuentre prestando servicio en el horario establecido, sea cual sea el lugar donde se preste el trabajo. Así las cosas, la prestación fuera del centro de trabajo en modo alguno obsta a la aplicación de la normativa sancionadora general.

³⁴¹ ANDREONI, A. “Il lavoro agile nel collegamento negoziale”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, EDIESSE, n° 1, 2018, p. 110. En las páginas 106 y 107 el autor expone el fundamento teórico que le lleva a tal conclusión: el acuerdo para la prestación de servicios (*accordo agile*) es un contrato accesorio respecto al principal, que regula el contrato de trabajo con los derechos y obligaciones derivados de las fuentes legal y colectiva. Por tanto, el *accordo agile* tendrá una relación de especialidad respecto al contrato general, regulando las particularidades derivadas de la especial forma de prestación del servicio.

³⁴² Reconociendo que una norma sancionadora es completa aunque no se llegue a publicar, HART, H.L.A. *The concept of law*, Oxford University Press, 1961 (trad. CARRIÓ, G.R. Ed. Nacional, 2ª edición reimpressa), 1980, pp. 28-29. Pero una norma que no se publique será válida en cuanto a su formación sin respetar el principio de legalidad, lo que reconduce a la idea de su necesaria publicidad.

III.3.- ¿Cómo se configura la norma? La proyección del mandato de determinación al poder disciplinario privado

Manifestación del principio de legalidad es la exigencia de determinación. Esto es, un mandato dirigido al encargado de configurar la normativa sancionadora laboral para que dicha norma sea clara y precisa, permitiendo al trabajador que adecúe su conducta a los parámetros exigidos. Tal como acabamos de señalar, en el ordenamiento jurídico laboral los sujetos legitimados para ello son el legislador y, en mayor medida (dada su importancia cuantitativa), los negociadores del convenio colectivo sectorial estatutario, como manifestación de la autonomía colectiva.

Si en el ámbito público no exigíamos una taxativa y rígida descripción de la conducta punible, sino que permitíamos un cierto margen de imprecisión dada la vaguedad del lenguaje siempre que se hubiera llevado a cabo el máximo esfuerzo en la concreción de la sanción, también ese margen de imprecisión resulta ahora admisible. Así, las cláusulas genéricas de determinación de conductas serán válidas siempre que su contenido no permita una aplicación arbitraria de la norma a actuaciones para las que no estuviera prevista, pues ello vulneraría la seguridad jurídica y el principio democrático inherentes al principio de legalidad³⁴³. Y así sucede. Estas cláusulas genéricas tienen un contenido concreto y delimitado que únicamente deja un cierto margen de maniobra al poder empresarial, circunscribiendo de forma gruesa el supuesto de hecho para hacerlo compatible con el principio de legalidad adaptado al orden jurisdiccional social.

Doctrinalmente, la abstracción propia de estos preceptos ha sido el elemento determinante para que se haya visto en ellos mecanismos contractuales subyacentes al ordenamiento disciplinario, que permitirían su reconducción a figuras jurídicas puramente obligacionales por permitir una remisión encubierta al poder unilateral del empresario. Por ello, estas cláusulas únicamente serían válidas si se entendiera que el poder del empleador deriva directamente del contrato de trabajo, siendo la normativa

³⁴³ En un sentido similar, la doctrina italiana pone el acento en la necesidad de que el código disciplinario por el que se castigan las sanciones conservativas de la relación laboral cuente con un grado de determinación suficiente para evitar que la subsunción implique una remisión total a una valoración unilateral del empresario y ampliamente discrecional, siempre que incluya una correlación entre estas conductas y sus previsiones sancionadoras. Así, MAINARDI, S. *Op.cit.*, pp. 257-258; LAZZARI, C. *Op.cit.*, pp. 49-50. Sin embargo, esta última autora precisa, en las páginas 54 a 57 de su obra, que resulta admisible la sanción conservativa por conductas que no estuvieran recogidas en el código disciplinario, siempre que fueran infracciones de obligaciones legales conexas a la prestación del servicio, si bien señala las dudas de que esta doctrina pueda consolidarse en un futuro, dadas las circunstancias en las que se apoya.

sancionadora meramente declarativa y no constitutiva de su potestad, ya que en ese caso la mayor apertura de los preceptos sancionadores sería simplemente una consecuencia del proceso de negociación inherente a la configuración de las normas. Se rechazaría, en definitiva, la posibilidad de que la norma tuviera carácter constitutivo porque estas cláusulas generales dejarían el poder disciplinario en manos del empleador, permitiéndole imponer sanciones de forma unilateral, que es precisamente lo que se está negando mediante la naturaleza constitutiva de la norma³⁴⁴.

Sin embargo, cuando el ordenamiento jurídico impide que el empresario pueda sancionar fuera de los supuestos que se encuentran expresamente tipificados (art. 115.1.d LRJS *in fine*), ineludiblemente está afirmando que es la propia norma la que hace nacer el poder disciplinario empresarial, alejándolo del foco de su origen, que es la posición de supremacía del empleador³⁴⁵. La eventual indeterminación en los tipos no se puede ver como una remisión al empresario del poder sancionador, sino como el resultado de la adecuación del mandato de determinación al ámbito laboral, sin poder requerir estándares de rigidez tan contundentes como en el ordenamiento jurídico-público. Es, en fin, la consecuencia del papel racionalizador del poder preexistente del empleador, que obliga a

³⁴⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *Op.cit.*, pp. 164 y ss; POQUET CATALÁ, R. *Op.cit.*, pp. 47-48. Si bien en estas obras no se explicita, la idea del reenvío convencional al poder unilateral del empleador tiene una clara influencia italiana. Habida cuenta del carácter contractual que el convenio colectivo tiene en dicho país (véase GIUGNI, G. *Diritto sindacale*, Bari, 1980, trad. VIDA SORIA, J./MONTALVO CORREA, J., Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983, pp. 182-183), la admisibilidad de una eficacia *erga omnes* del contenido sancionador del convenio se opondría frontalmente al artículo 39.2 *Costituzione della Repubblica italiana*. Por ello, el contenido del convenio colectivo tiene una eficacia únicamente indirecta e integrativa de determinación de la normativa disciplinaria, de tal suerte que se permite la remisión al empresario de la potestad originaria para determinar las infracciones y sanciones cuando no exista el convenio colectivo, o bien tenga lagunas, o bien no respete los principios de taxatividad y proporcionalidad, si bien en los dos últimos casos, la facultad unilateral de completar el código disciplinario no puede empeorar las condiciones previstas convencionalmente (MAINARDI, S. *Op.cit.*, pp. 230-239; DELFINO, M. *Op.cit.*, pp. 636-637; LAZZARI, C. *Op.cit.*, pp. 35-39). Pero en nuestro país la eficacia *erga omnes* de los convenios colectivos estatutarios impide llegar a la misma conclusión. La existencia de cláusulas convencionales válidamente constituidas y vinculantes para el empresario impiden toda remisión al poder disciplinario unilateral, sin que puedan darse vacíos normativos como consecuencia de la eficacia general de los instrumentos convencionales.

³⁴⁵ En un sentido similar, afirmando que ante un vacío convencional únicamente restará el despido disciplinario ante incumplimientos graves y culpables, véase CASTRO ARGÜELLES, M.A. *Op.cit.*, pp. 61-62. En la página 66 de la misma obra, la autora critica la remisión a la normativa convencional de las normas sancionadoras "*aparentemente constitutiva[s]*". En la doctrina italiana, en línea con lo sostenido en el capítulo primero de este estudio, se ha puesto de manifiesto que el principio de legalidad como determinante para la imposición de la sanción es una manifestación muy ilustrativa de la diferencia entre la titularidad del poder disciplinario, que reside en el empresario, y el legítimo ejercicio que emana de la ley, de tal suerte que la exigencia de determinación es un condicionante relativo a este último aspecto que determina el carácter constitutivo de las normas sancionadoras. Véase MAINARDI, S. *Op.cit.*, pp. 227-228, y 271-272.

dejar un mayor margen de maniobra a la actuación empresarial pero que actúa como una herramienta de control y regulación de su poder.

Por ello, no se puede decir que la indeterminación de estos preceptos constituya una situación de discrecionalidad empresarial. La discrecionalidad se identifica con la libre voluntad del aplicador de la norma manifestada en una libertad de elección entre diversas alternativas igualmente consideradas como justas. Pero la utilización de conceptos jurídicos indeterminados se encuentra delimitada por la realidad del propio concepto, proceso intelectual en el que no ha intervenido ninguna voluntad del aplicador de la norma³⁴⁶. Así, el papel del empleador como aplicador del Derecho queda constreñido por el tenor normativo que no puede conducir a un criterio de valoración arbitrario, sino que queda razonablemente limitado en atención al bien jurídico que protege, que no es otro que el interés empresarial. Esta conexión con el bien jurídico protegido como criterio en el que debe moverse la racionalización del poder empresarial encuentra anclaje en la propia jurisprudencia constitucional. En efecto, cuando en el ámbito jurídico-público la norma penal deja un cierto margen de maniobra a la discrecionalidad administrativa, la función de la Administración no puede consistir en una recepción plena del poder normativo, sino en la aplicación de criterios de discrecionalidad técnica para ver si se cumple el presupuesto de aplicación de la norma, sin que en ningún caso pueda derivar en criterios de oportunidad³⁴⁷.

Así las cosas, debemos justificar cómo las principales cláusulas indeterminadas en modo alguno suponen una remisión al poder unilateral del empleador para que pueda sancionar de acuerdo a los parámetros que estime más convenientes. Ello obliga a un análisis de las cláusulas de indeterminación por excelencia, como son la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza, así como de aquellas normas que finalizan el elenco de conductas sancionables haciendo referencia al posible castigo que pudieran merecer hechos análogos o similares a los anteriores.

³⁴⁶ TERRADILLOS ORMAETXEA, E. *Op.cit*, p. 39. Así, la discrecionalidad del empleador podrá verse a la hora de elegir qué sanción aplica una vez graduada la falta, de entre todas las posibilidades que abra la ley o el convenio colectivo, pero no a la hora de determinar si la conducta del trabajador es merecedora de sanción o no. Nótese que “merecedora de sanción” no implica necesariamente que se haya de imponer, puesto que el empleador podrá renunciar a su ejercicio, lo que no obsta a que sea posible la subsunción de la conducta bajo el precepto normativo.

³⁴⁷ STC 57/2010, de 4 de octubre, FJ 4.

La transgresión de la buena fe contractual, consagrada como motivo de despido disciplinario en el artículo 54.2.d ET, es una buena piedra de toque para ilustrar cómo el empleador no puede castigar cualquier tipo de hecho, sino que éstos vienen en cierta medida limitados por el tenor del precepto. Por un lado porque, tal como anteriormente señalamos, la concreción de estas cláusulas generales queda en manos de la normativa convencional, que la adaptará a su concreto ámbito. Por otro lado, porque incluso en ausencia de regulación convencional no se puede afirmar que estas cláusulas contengan una indeterminación de tal nivel que se oponga al principio de legalidad de las sanciones. Ello es debido a que la buena fe no puede ser entendida como un parámetro abstracto que deja en manos del empleador la posibilidad de sancionar al trabajador, sino que se configura como un criterio valorativo de la conducta de acuerdo a parámetros éticos exigibles en relación a las obligaciones asumidas³⁴⁸, criterio valorativo que debe entenderse referido a los valores morales y sociales imperantes³⁴⁹. Por todo ello, la transgresión de la buena fe no es un concepto vacío de contenido que permita calificar como sancionable toda conducta “incómoda” para el empleador, sino que su contenido

³⁴⁸ SSTs de 22 de mayo de 1986, nº 805, Pte. Excmo. Sr. D. Miguel Ángel Campos Alonso, FJ 4; de 26 de enero de 1987, nº 120, Pte. Excmo. Sr. D. Juan Muñoz Campos, FJ 3; de 19 de julio de 2010 (rec. 2643/2009), FJ 5. Dadas las dificultades de los despidos disciplinarios para acceder a casación para unificación de doctrina, ha sido una línea doctrinal muy reiterada en suplicación. Véanse, por todas, las SSTSJ de Galicia, de 12 de mayo de 2000 (rec. 1748/2000), FJ 13; Comunidad Valenciana, de 22 de noviembre de 2001 (rec. 2556/2001), FJ 2; La Rioja, 7 de marzo de 2007 (rec. 53/2007), FJ 2; Comunidad Valenciana, de 22 de mayo de 2008 (rec. 1165/2008), FJ 2; Andalucía, de 2 de marzo de 2010 (rec. 2719/2009), FJ 4; Castilla y León, de 22 de marzo de 2012 (rec. 136/2012), FJ 4; Castilla y León, de 28 de marzo de 2012 (rec. 142/2012), FJ 2; Islas Canarias, de 17 de diciembre de 2013 (rec. 856/2013), FJ 6; Andalucía, de 20 de marzo de 2014 (rec. 673/2013), FJ 3; Andalucía, de 21 de octubre de 2015 (rec. 1322/2015), FJ 3; Extremadura, de 22 de noviembre de 2016 (rec. 490/2016), FJ 5. En el ámbito doctrinal, hablando de la función integradora de la buena fe, véase RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido” en AAVV. *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, p. 554. En el mismo sentido, si bien reconduciéndola posteriormente al análisis económico del Derecho dado el objeto principal del estudio (la competencia desleal), véase NOGUEIRA GUASTAVINO, M. *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*, Aranzadi, 1997, pp. 128-129.

³⁴⁹ STS de 21 de diciembre de 1987, Pte.: Excmo. Sr. D. Juan Muñoz Campos; IGLESIAS CABERO, M. “Transgresión de la buena fe contractual” en AAVV. *Estudios sobre el despido disciplinario*, ACARL, 1989, pp. 357-358; NOGUEIRA GUASTAVINO, M. *Op.cit.*, p. 126. Estos criterios se concretan en reglas básicas de lealtad, probidad y mutua confianza, tal como consagran las resoluciones citadas en la anterior nota al pie. Con todo, esta concepción de la buena fe ha sido criticada por entenderla insuficiente. Así, proponiendo una concepción de la buena fe contractual que tenga carácter ambivalente, vinculando al trabajador pero también al empleador al integrar los valores positivizados constitucionalmente, véase MOLINA NAVARRETE, C. “Hacia una revisión constitucional de la función de la buena fe contractual en las relaciones jurídico-laborales”, *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, La Ley, nº 1, 1992, pp. 347 y ss. Esta específica concepción de la buena fe en el ámbito laboral sería consecuencia de su proyección en esta rama del ordenamiento jurídico, que no puede ser la misma que en Derecho común al no compartir la misma realidad de la que se ocupa.

queda perfectamente delimitado como toda vulneración de las tareas asumidas de conformidad con parámetros morales asentados socialmente³⁵⁰. Si bien queda pendiente una concreción final de su contenido, dicha concreción deberá realizarse casuísticamente en atención al sector de actividad en el que enmarque la relación laboral. Este papel corresponderá principalmente a la negociación colectiva, cuyo juego resulta determinante para la consecución de un nivel de seguridad y garantía más favorable al trabajador sometido al régimen disciplinario.

En un sentido similar, el abuso de confianza como causa de despido disciplinario (art. 54.2.d ET) refiere a un elenco de conductas que también quedan delimitadas por el contenido de las tareas asumidas por la relación de trabajo. Ahora bien, con este motivo de despido no se sancionan las actuaciones del trabajador que atentan contra la propia prestación, sino aquéllas que inciden sobre la confianza que el empleador ha depositado en él, motivo por el cual esta causa de despido se proyecta en mayor parte sobre cargos de responsabilidad en la empresa que asumen un cierto grado de independencia en el día a día de su trabajo³⁵¹. Así las cosas, de nuevo existe un marco inicial de delimitación de conductas que impide considerar la existencia de una remisión al poder unilateral del empleador.

En segundo lugar, también plantea ciertos problemas de indeterminación el reiterado uso a la analogía y a la interpretación extensiva de las normas sancionadoras como presupuestos para la imposición del castigo. Si bien se trata de problemas de tipicidad (y así se han tratado tradicionalmente en el ámbito jurídico-público), en la normativa social encontramos este problema en un estadio anterior: en la propia

³⁵⁰ Como muy ilustrativamente se ha señalado, la transgresión de la buena fe contractual no es una causa autónoma de despido, sino un *modo* de incumplimiento de las obligaciones asumidas, proyectándose sobre el previo contenido del contrato de trabajo. Véase RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. *Op.cit.*, p. 528.

³⁵¹ Así, STS de 4 de febrero de 1991 (rec. 900/1990), FJ 5, donde el Tribunal Supremo hace hincapié en el cargo de dirección basado en la confianza y responsabilidad. Si bien en esta resolución el Tribunal hace referencia a las tareas desempeñadas, la desestimación del recurso la enfoca desde el prisma de la confianza que la empresa le confirió para el adecuado desempeño de sus tareas, y que él transgredió realizando operaciones bancarias perjudiciales contra ella. En el mismo sentido, la STS de 20 de octubre de 1983 (Pte. Excmo. Sr. D. Carlos Bueren y Pérez de la Serna), CDO. 2, donde se afirma el abuso de confianza *adquiere singulares matices de gravedad cuando en él incurre quien por su autonomía en el trabajo se aprovecha de su privilegiada situación para defraudar, sin reparar en medios a quien no dudó en hacerle partícipe de sus intereses*. Poniendo el acento sobre la confianza como elemento determinante de esta causa de despido, véase la STS de 24 de octubre de 1988 (Pte. Excmo. Sr. D. Juan Muñoz Campos), FJ 2.

descripción de las conductas. En la descripción de los tipos ya se introduce con frecuencia la posibilidad de sancionar conductas análogas o similares a las anteriormente descritas³⁵², lo que obliga al planteamiento de la problemática en este epígrafe.

Ante todo, conviene verificar la naturaleza jurídica de estos artículos. No se trata de cláusulas normativas que determinen el carácter enunciativo del resto de los apartados consagrados, y ello por dos motivos. Por un lado, porque la analogía consiste en un sistema de integración de lagunas, de vacíos normativos³⁵³, que tiene su campo natural de juego en el Derecho privado. Pero en un sistema sancionador, el Derecho proviene del legislador creando obligaciones que restringen la previa libertad del particular, de tal forma que lo que no se encuentra expresamente prohibido por el sistema sancionador queda permitido, al caer en el ámbito residual del estadio anterior de libertad³⁵⁴. Por otro lado, porque la posibilidad de castigar una conducta no expresamente prevista debe guardar cierta semejanza con la actuación prescrita en otro artículo al que remite. El adjetivo *análogo* que se expone en los preceptos analizados debe entenderse en sentido coloquial, relativo a la semejanza de las conductas en juego. Por tanto, la analogía tal como se plasma en los convenios colectivos no constituye un auténtico supuesto de analogía, sino de interpretación extensiva, porque la analogía en derecho sancionador es un mecanismo *bidireccional*, que sirve tanto para aumentar el elenco de conductas punibles como para restringirlo, en función del asunto sometido a enjuiciamiento y a los preceptos de los cuales se extraiga la identidad de razón que posteriormente se aplica. Por el contrario, la interpretación extensiva se configura de forma *unidireccional*, admitiendo únicamente el aumento de las sanciones por hechos semejantes a los descritos³⁵⁵, función única que cumplen estos clausulados.

Así, el interrogante se centra en ver si esta posibilidad que introduce el convenio colectivo de sancionar conductas parecidas por vía de la interpretación extensiva respeta

³⁵² A título ejemplificativo, véase el II Acuerdo general para las empresas de transporte de mercancías por carretera, en cuyos artículos 43.16 y 44.12 se prevé esta posibilidad.

³⁵³ LARENZ, K. *Metodología de la ciencia del Derecho*, 2ª edición, Berlín, 1979 (trad. RODRÍGUEZ MOLINERO, M., Ariel, 2ª edición, 1980), p. 374.

³⁵⁴ KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*, Viena, 1960 (trad. Roberto J. Vernengo, Porrúa/UNAM, México, 1991), pp. 55-57.

³⁵⁵ GIMBERNAT ORDEIG, E. *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Tecnos (reimpresión), 1999, p. 68.

el mandato de determinación, que exige que, al menos, el núcleo básico de la conducta sancionable se encuentre consagrado en la norma. La respuesta ha de ser negativa: la sanción de conductas que se asemejen a las expresamente tipificadas no cumplen con este estándar protector, resultando inviable que la norma convencional recurra a estos elementos como criterio definidor de la conducta de los trabajadores³⁵⁶, de tal suerte que la sanción impuesta basándose en ella deberá considerarse nula.

Con todo, ello no obsta a la posible realización de una *interpretación analógica* de los preceptos válidamente configurados, operación que competirá al aplicador del Derecho y que en este caso sí será un operar auténticamente análogo, toda vez que puede aumentar o disminuir el elenco de conductas sancionables. Si bien la analogía y la interpretación extensiva deben entenderse vedadas en el plano sancionador, no ocurre lo mismo con la interpretación analógica. Ésta se define como el recurso a otras figuras jurídicas similares para verificar cuál es el alcance de la norma, sin que este alcance pueda contradecir el tenor literal posible de la propia norma. En esto último es donde podemos encontrar la diferencia entre analogía e interpretación analógica, porque en la analogía *stricto sensu* la norma excede el tenor literal posible del precepto, y por ello, vulnera el principio de legalidad³⁵⁷. En consecuencia, el aplicador del derecho podrá acudir a una interpretación por comparación con las figuras jurídicas del resto del clausulado, a fin de valorar si el asunto sometido a su consideración, aunque no esté expresamente consagrado en el elenco de faltas, merece encuadrarse en la norma, siempre que con esta comparación y establecimiento de vínculos de semejanza no vaya más allá del tenor literal posible del precepto que finalmente aplique.

Como podemos comprobar, si bien la habilitación normativa para flexibilizar el elenco de sanciones a imponer no resulta jurídicamente válida, de las propias normas válidamente consagradas sí es posible pronunciarse en favor de esta mayor abstracción de la que disfruta el aplicador del Derecho. Ahora bien, esta indeterminación, de nuevo, se encuentra sometida a límites, ya que la interpretación analógica en modo alguno puede salirse del tenor literal de la norma, no puede crear Derecho, sino interpretar el

³⁵⁶ Identificando los supuestos como analogía en sentido estricto, véanse STSJ Andalucía, de 8 de mayo de 2007 (rec. 3269/2006), FJ Único. Véase también CRUZ VILLALÓN, J; GARCÍA MURCIA, J. “La regulación de las condiciones de trabajo en los convenios colectivos (1980-1982)”, *Revista de Política Social*, nº 137, 1983, p. 479. En sentido contrario, admitiendo la analogía únicamente cuando estuviera expresamente prevista convencionalmente, CASTRO ARGÜELLES, M.A. *Op.cit.*, p. 99.

³⁵⁷ GIMBERNAT ORDEIG, E. *Op.cit.*, pp. 64-67.

preexistente. Por ello, tal como enunciamos, no hay una remisión al poder disciplinario unilateral del empresario, sino una previa determinación normativa que cuenta con un cierto margen de interpretación razonable.

De forma añadida a la flexibilidad del mandato de determinación descrita hasta este punto, cuando fueran los negociadores de un convenio colectivo quienes establecieran el elenco de faltas y sanciones, este margen de imprecisión debe ser todavía mayor por el juego de la negociación colectiva (art. 37.1 CE) en relación al principio de interpretación conforme. En efecto, como no contamos con una única fuente normativa, como pudiera ser el legislador, con conocimientos específicos del estándar jurídico hábil para superar el juicio de constitucionalidad, debe introducirse una mayor exigencia de flexibilidad normativa siempre que no impida el debido respeto a la seguridad jurídica del trabajador sometido al régimen disciplinario. La necesaria adecuación del mandato de determinación con la negociación colectiva lleva a concluir en favor de esta flexibilidad adicional³⁵⁸.

Pero esta flexibilidad adicional que se añade vía convenio colectivo se predica únicamente respecto a las sanciones que revistan vocación de generalidad respecto a la totalidad de las relaciones laborales. Esto es, en las situaciones en las que la conducta sancionable se lleva a cabo por el hecho de ser trabajador, y no por ser un trabajador de un determinado sector al que se le aplica esa concreta norma convencional. En efecto, en el ámbito jurídico-penal se ha señalado que la utilización de normativa especial extramuros del Código Penal hace posible una eventual huida del mandato de determinación que se opone frontalmente a la propia finalidad de las normas especiales. El uso de conceptos con un grado de abstracción mayor está admitido en normas básicas por su carácter general, pero cuando abandonamos estos instrumentos normativos nos adentramos en normas particulares que impiden tal grado de indeterminación³⁵⁹. Por ello, en el ámbito social, los convenios colectivos como normas sectoriales (y por ende, particulares aplicables al concreto sector en el que se desarrolla la relación de trabajo) deben definir las sanciones relativas a su sector con un grado mayor de concreción que el

³⁵⁸ Suscita dudas la posibilidad de aplicar el principio de interpretación conforme al ámbito disciplinario laboral. Pero ha sido aplicado incluso en el ámbito penal, si bien en un supuesto en el que esta interpretación a la luz de la presunción de inocencia era la única que podía respetar el principio de legalidad del tipo penal. Así, véase la STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 5.

³⁵⁹ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. *Op.cit.*, pp. 119 y ss.

permitido en las normas básicas o en las cláusulas convencionales que tipifiquen sanciones idóneas para todo tipo de relaciones de trabajo.

Para finalizar, sirva señalar que el mandato de determinación también se proyecta sobre las consecuencias jurídicas a imponer. Las propias sanciones. A este respecto, hay que señalar que deben aplicarse los mismos estándares que en el ámbito jurídico-público, ya que por sí mismos no contienen requisitos exorbitantes. De esta forma, quedarán proscritas las sanciones cuyo límite máximo no figure en la norma, o bien en las que no figuren criterios de graduación de la sanción en atención a la conducta llevada a cabo. Por ello, son totalmente válidos los sistemas sancionadores que, convencionalmente y recogiendo la graduación prevista de forma sucinta en el artículo 60.2 ET, se limitan a enunciar sanciones máximas, puesto que cumplen con el establecimiento del máximo y se ofrecen los criterios de graduación basados en el tope máximo de cada calificación sancionadora. El establecimiento de un máximo para sanciones leves, otro para sanciones graves, y otro para sanciones muy graves, en definitiva, permite establecer un sistema de graduación acorde al mandato de determinación³⁶⁰.

III.4.- ¿Qué efectos emanan de la norma? La obligatoria sujeción al instrumento normativo o el principio de tipicidad

A fin de garantizar de forma plena el principio democrático y la seguridad jurídica en la configuración de las faltas y sanciones, resulta una exigencia ineludible que el aplicador de la norma (en nuestro caso, el empleador) no pueda desconocer la previa determinación normativa imponiendo sanciones al margen de ella³⁶¹. Ésto ha tenido cierta relevancia en el plano fáctico, donde la consagración previa de las conductas punibles en virtud de los parámetros señalados en el epígrafe anterior establece con meridiana claridad los márgenes en los que se debe mover el empleador en el ejercicio del poder disciplinario. Por ello, una vez recogidos los hechos que sirven de base a la sanción (art. 58.2 ET), el principio de tipicidad ya asentado en el ámbito laboral impone la exigencia de que la carta de sanción³⁶² explicita qué norma se aplica, en virtud de qué concreto tipo

³⁶⁰ CASTRO ARGÜELLES, M.A. *Op.cit.*, pp. 100-101.

³⁶¹ SSTSJ Madrid, de 14 de noviembre de 2014 (rec. 219/2014), FJ 4; Andalucía, de 5 de julio de 2017 (rec. 593/2017), FJ 3; Cantabria, 20 de enero de 2017 (rec. 970/2016), FJ 2; País Vasco, de 16 de septiembre de 2008 (rec. 1636/2008), FJ 2; País Vasco, 21 de noviembre de 2017 (rec. 2060/2017), FJ 2; Madrid, de 16 de junio de 2017 (rec. 333/2017), FJ 5; Madrid, de 6 de junio de 2014 (rec. 1810/2013), FJ 8.

³⁶² Si bien se trata de un requisito vinculante con carácter general, no es necesario en las sanciones leves, donde basta la imposición de una sanción de forma oral (art. 58.2 ET). Esta diferencia de trato es

sancionador se castiga al trabajador³⁶³, sin que baste una remisión genérica al poder disciplinario consagrado en el artículo 58 ET o una remisión en bloque al elenco de faltas y sanciones que figura en la norma convencional³⁶⁴.

Pero más allá del plano fáctico, es en la consecuencia jurídica a aplicar, y en la relación entre ambos elementos, en donde se puede encontrar especialmente en entredicho la garantía de tipicidad como manifestación del principio de legalidad. Tal como acabamos de señalar, las sanciones se califican en leves, graves y muy graves, siguiendo la graduación que con carácter indicativo establece el artículo 60.2 ET. Pues bien, una vez establecida esta graduación, el empleador deberá someterse a ella sin poder sancionar al margen. Por ello, encuadrada la conducta en un tipo y calificado éste en su correspondiente nivel de gravedad, la sanción que se deberá imponer debe ser necesariamente una de las que la norma establece para ellas³⁶⁵. A una falta muy grave no se puede imponer una sanción grave, o leve. Y viceversa.

Con todo, debemos diferenciar entre una inadecuada tipificación y un error en la determinación del precepto aplicable. Si a la luz de las circunstancias concurrentes resulta manifiesto que no ha tenido lugar una desviada subsunción en el precepto aplicado sino que se trata de un mero error excusable, no será posible alegar la vulneración del artículo 25.1 CE. De esta forma se han resuelto situaciones en las que la tipificación incorrecta lo es como consecuencia del ejercicio del poder disciplinario en un momento de gran

consecuencia de la levisima incidencia que estas últimas tienen contra el acervo jurídico del trabajador, toda vez que las sanciones leves suelen consistir en apercibimientos o amonestaciones, donde el carácter precautorio prima sobre su naturaleza sancionadora. En otras palabras, son más amenaza de sanción que una auténtica sanción. Véase CASTRO ARGÜELLES, M.A. *Op.cit*, p. 222.

³⁶³ SSTSJ Madrid, de 13 de febrero de 2001 (rec. 5592/2000), FJ 1; Madrid, de 23 de octubre de 2001 (rec. 3202/2001), FJ 5; Madrid, de 27 de marzo de 2001 (rec. 469/2001), FJ 3; Madrid, de 20 de febrero de 2001, Pte.: María del Rosario García Álvarez, FJ 2; Cantabria, 20 de enero de 2017 (rec. 970/2016), FJ 2. En sentido contrario, entendiéndose que esta explicitación no resulta exigible, SSTSJ Islas Canarias, de 17 de diciembre de 2013 (rec. 856/2013), FJ 5; Cataluña, de 19 de enero de 2009 (rec. 7073/2008), FJ 3.

³⁶⁴ SSTSJ Madrid, de 14 de noviembre de 2014 (rec. 219/2014), FJ 5; Andalucía, de 5 de julio de 2017 (rec. 593/2017), FJ 3.

³⁶⁵ SSTSJ País Vasco, de 12 de diciembre de 2017 (rec. 2412/2017), FJ 2; País Vasco, de 9 de septiembre de 2014 (rec. 1405/2014), FJ 3; País Vasco, de 15 de junio de 2010 (rec. 866/2010), FJ 2; País Vasco, de 16 de septiembre de 2008 (rec. 1636/2008), FJ 2. En sentido contrario, vinculando el principio de tipicidad con el derecho de defensa del trabajador, véase la STSJ Andalucía, de 22 de diciembre de 2004 (rec. 2349/2004), en cuyo FJ 2 se niega que la discordancia falta-sanción sea reprochable por ser más beneficiosa al trabajador, habiendo calificado la falta de forma más grave que la sanción que finalmente se impone.

incertidumbre para su identificación, en virtud de las circunstancias concurrentes, como pudiera ser una sucesión de normas convencionales con un régimen complejo de transitoriedad³⁶⁶, o bien en un supuesto en el que del tenor de la carta de despido resulta claro que se sancionaba basándose en un determinado precepto, a pesar de que por error finalmente se hubiera transcrito otro ordinal³⁶⁷.

Todo vicio de tipicidad, como consecuencia de la conexión que reviste con el artículo 25.1 CE, determinará de forma automática la nulidad de la sanción por oposición a un derecho fundamental, en aplicación de los artículos 55.5 ET, y 108.2 LRJS (para el caso de despido disciplinario) y 115.1.d LRJS (para el resto de sanciones que se pudieran imponer). Además, en el caso de las sanciones conservativas de la relación laboral, la falta de tipificación en una norma legal o convencional también determinará la nulidad de la sanción, tal como consagra el artículo 115.1.d *in fine* LRJS³⁶⁸.

III.5.- ¿Hasta cuándo se aplica la norma? La problemática de la (ir)retroactividad

La garantía de irretroactividad de normas desfavorables no ha tenido un gran recorrido en la normativa jurídico-laboral. Su aplicación se ha limitado casi exclusivamente a la modificación legislativa operada por el RDL 3/2012. En esta norma, se modificó la posibilidad de efectuar un despido por causas objetivas ante faltas de asistencia al trabajo reiteradas a pesar de que estén justificadas, eliminando el requisito de que el índice de absentismo del total de la plantilla superara el 2,5%. De esta forma, el cómputo de faltas de asistencias se configuraba de forma única a nivel individual, pero no se introdujo una disposición transitoria que previera cuándo resultaría operativo este cambio, lo que planteaba problemas en relación a las faltas de asistencia que hubieran

³⁶⁶ STSJ País Vasco, de 9 de septiembre de 2014 (rec. 1405/2014), FJ 2. Esta sentencia se dicta en un caso donde los dos convenios colectivos sancionan la misma conducta con la misma pena, por lo que en ningún caso se causa un grave perjuicio al derecho de defensa del trabajador, lo que sirve como argumento de apoyo al Tribunal para pronunciarse finalmente en el sentido indicado.

³⁶⁷ STSJ Madrid, de 24 de noviembre de 2014 (rec. 743/2014), FJ 3.

³⁶⁸ SSTSJ País Vasco, de 12 de diciembre de 2017 (rec. 2412/2017), FJ 2; Madrid, de 14 de noviembre de 2014 (rec. 219/2014), FJ 5; País Vasco, de 9 de septiembre de 2014 (rec. 1405/2014), FJ 3; País Vasco, 16 de septiembre de 2008 (rec. 1636/2008), FJ 2; País Vasco, 21 de noviembre de 2017 (rec. 2060/2017), FJ 2. En sentido contrario, la STSJ País Vasco, de 15 de junio de 2010 (rec. 866/2010), en su FJ 2, ante una discordancia entre la gravedad de la falta y de la sanción, impone la revocación total de la sanción con base en el artículo 115.1.b LRJS. También en contra, determinando la improcedencia del despido disciplinario, SSTSJ Madrid, de 13 de febrero de 2001 (rec. 5592/2000), FJ 1; Madrid, de 23 de octubre de 2001 (rec. 3202/2001), FJ 5; Madrid, de 27 de marzo de 2001 (rec. 469/2001), FJ 3; Madrid, de 20 de febrero de 2001, Pte.: María del Rosario García Álvarez, FJ 2.

sido cometidas con anterioridad a su entrada en vigor, toda vez que no quedaba claro si respecto a ellas debía tomarse en consideración el absentismo del total de la plantilla. Solventando este problema, el Tribunal Supremo aplicó los artículos 9.3 CE y 2.3 CC afirmando que la disposición, en tanto restrictiva de derechos individuales, no podía aplicarse a las faltas de asistencia cometidas con anterioridad, debido a lo cual respecto a tales faltas debía seguir concurriendo el requisito de inasistencia a nivel colectivo³⁶⁹. A la misma conclusión se ha llegado en lo que respecta a la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos en la supresión de las pagas extraordinarias de los funcionarios operada por RDL 20/2012, aplicando el artículo 9.3 CE para concluir que no puede aplicarse esa norma a las retribuciones extraordinarias ya devengadas³⁷⁰. Por supuesto, este operar es conforme a la jurisprudencia constitucional, donde se afirma que el inciso *restrictivas de derechos individuales* que contiene el artículo 9.3 CE alcanza a las *limitaciones de Derechos fundamentales o libertades públicas, o a la esfera general de protección de la persona*³⁷¹.

Por todo ello, si la garantía de irretroactividad se configura como un principio que ha sido aplicado de forma genérica en el ámbito laboral, por influjo de los artículos 9.3 CE y 2.3 CC, con mayor razón deberá verificarse en el ámbito disciplinario social, donde su función resulta más adecuada a la luz de la naturaleza de este sistema sancionador. De esta forma, se resolverían las situaciones en las que, en trámite de imposición o ejecución de una sanción, se publica una nueva regulación legal o convencional que agrava la consecuencia jurídica de la conducta cometida, prohibiendo la aplicación de la norma posterior. El juego de esta proscripción reconocería el mismo contenido que viene resultando aplicable con carácter general en el Derecho del trabajo, la imposibilidad de que una norma posterior desfavorable se aplique a hechos consumados en el momento de su entrada en vigor, si bien su anclaje deberá encontrarse en el artículo 25.1 CE; como

³⁶⁹ SSTS de 16 de octubre de 2013 (rec. 446/2013), FJ 3; de 3 de diciembre de 2013 (rec. 737/2013), FJ 3; de 10 de diciembre de 2013 (rec. 802/2013), FJ 3; de 10 de diciembre de 2013 (rec. 1041/2013), FJ 3; de 10 de diciembre de 2013 (rec. 790/2013), FJ 3; de 15 de enero de 2014 (rec. 1238/2013), FJ 3; de 20 de febrero de 2014 (rec. 944/2013), FJ 3; de 18 de junio de 2014 (rec. 1456/2013), FJ 2; de 13 de octubre de 2014 (rec. 2215/2013), FJ 3.

³⁷⁰ Por todas, SSTS de 27 de enero de 2016 (rec. 293/2013), FJ 6; de 14 de marzo de 2017 (rec. 140/2016), FJ 2; de 16 de marzo de 2017 (rec. 117/2016), FJ 4.

³⁷¹ SSTC 42/1986, de 10 de abril, FJ 3; 90/2009, de 20 de abril, FJ 4; 100/2012, de 8 de mayo, FJ 10.

hemos visto, piedra angular de las garantías sancionadoras que deben regir también en el Derecho del trabajo.

Asimismo, también debe aplicarse el principio de retroactividad de la norma más favorable al trabajador, como manifestación particular del principio de proporcionalidad. No hablamos ya de la entrada en vigor de una norma posterior más gravosa que se podría aplicar a hechos anteriores, sino de una norma posterior más benévola, que -ésta sí- es susceptible de aplicación a un hecho cometido con anterioridad a su entrada en vigor. De esta forma, la retroactividad operará porque con posterioridad el creador de la norma (el legislador o los sujetos negociadores del convenio colectivo) han entendido que el hecho castigado no debería serlo, o debería serlo en un grado menor, de tal suerte que no tendrá sentido imponer la sanción únicamente porque se hubiera cometido el acto con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva norma. En el Derecho penal resulta muy intuitivo valorar cuándo resultan viables estos efectos retroactivos, ya que las penas tienen una duración limitada, y será hasta la finalización de su ejecución el momento máximo en el que se podrá aplicar retroactivamente la nueva norma (art. 2.2 CP)³⁷². Por ello, el traslado de este esquema al ámbito disciplinario laboral permite la retroactividad más favorable mientras la sanción no ha sido aún impuesta, o mientras se está ejecutando. A pesar de ello, encontramos alguna dificultad añadida, porque si bien las sanciones conservativas de la relación laboral pueden seguir el mismo esquema (posibilidad de retroactividad hasta la finalización de su ejecución), el despido disciplinario se ejecuta en unidad de acto y sus efectos se mantienen de forma indefinida en el tiempo. En estos casos, debe entenderse que la nota determinante que pone fin al efecto retroactivo es la consolidación de la situación jurídica del trabajador. Por ello, cuando el trabajador no tenga posibilidad de alterar su esfera jurídica impugnando el despido (bien por transcurso del plazo para ello, o porque ya exista una resolución judicial firme) deberá entenderse que queda vedada la posibilidad de alegar una modificación de la normativa sancionadora que le sea más favorable.

Cuando se pretenda alegar la retroactividad en fase de recurso, procesalizar el planteamiento de la cuestión puede plantear graves dificultades. Acudir para ello al

³⁷² Véase LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. *Sobre la retroactividad...* *Op.cit.*, pp. 52-53, donde el autor señala que la extensión de la retroactividad hasta este momento debe alcanzar a todas las consecuencias materiales que se pudieran derivar del cumplimiento de la pena, como pudiera ser la reincidencia. Asimismo, apunta que la posibilidad de extender el ámbito temporal de la retroactividad más allá del fin de cumplimiento de la pena, aplicando mecanismos indemnizatorios, sería una decisión del legislador ordinario sin trascendencia constitucional.

artículo 233 LRJS resulta decisivo. En este precepto se prevé la posibilidad de que el demandante pueda realizar alegaciones de hechos basadas en documentos que no obren en autos y que resulten capitales para resolver el pleito, siempre que hubiera sido imposible su aportación con anterioridad. Como se puede comprobar, el supuesto de hecho para la aplicación de este artículo encaja perfectamente en la problemática planteada. El demandante deberá alegar la existencia de un hecho nuevo (la publicación de la nueva norma sancionadora que le es favorable) aportando copia de tal publicación para acreditar su existencia. Es importante destacar que aunque la cuestión de fondo resulte material, relativa a la retroactividad de esa norma, el problema procesal se sitúa en un momento previo, en el de acreditación de la publicación, cuya naturaleza es estrictamente fáctica. Por ello, resulta posible la subsunción en tal precepto. Y por ello, a pesar del principio *iura novit curia*, que hace innecesaria la prueba del Derecho aplicable, también resulta imprescindible la aportación del documento³⁷³.

IV. Efectos y consecuencias de la vulneración del principio de legalidad

Cuando una sanción vulnera el principio de legalidad, pueden sucederse diversos efectos en atención a la concreta manifestación de este principio que haya sido lesionada. Si el vicio de inconstitucionalidad se presenta en el momento de la imposición de la sanción por parte del empleador, tendremos que ceñir los efectos al concreto acto y a su forma de reparación, pero estos efectos serán diferentes si el vicio de inconstitucionalidad se encuentra en un estadio previo: en la propia configuración de la sanción. Así, además de las tradicionales consecuencias jurídico-laborales que se limitan a la sanción impuesta, debemos ir un paso más allá para estudiar las que se pueden producir por una incorrecta conformación de la norma que tipifica la sanción.

³⁷³ Nótese que el tenor literal del artículo 233 LRJS no deja claro cuál es la consecuencia jurídica de su aplicación, al establecer que la Sala *ad quem dispondrá lo que proceda*. Con todo, normalmente se ha entendido que procede la retroacción de actuaciones a fin de que el Juez *a quo* realice una nueva valoración probatoria teniendo en cuenta la aportación de tal documento. Así se pronuncia la última jurisprudencia al efecto en supuestos de despido disciplinario, pudiendo citarse las SSTs de 17 de febrero de 2015 (rec. 1408/2013), FJ 3; de 22 de diciembre de 2016 (rec. 3268/2014), FJ 2. Con todo, doctrinalmente se ha argumentado a contrario entendiéndose que esta posición tiene como único efecto la prolongación artificial del procedimiento sin mayores consecuencias prácticas. Véase, en relación a la antigua LPL, MOLINA NAVARRETE, C; MORENO PÉREZ, J.M. “El incidente de aportación de documento nuevo y efectividad de la tutela judicial: un nuevo conflicto entre justicia y seguridad jurídica. STS de 5 de enero de 2000”, *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, n° 55, 2000, p. 231.

IV.1.- Nulidad por vulneración de Derechos fundamentales. La tradicional reparación empresario-trabajador en el Derecho del trabajo

Si la norma no sufre vicio alguno de inconstitucionalidad, sino que es su aplicación por parte del empleador la que ha incurrido en tal tacha, los efectos serán los tradicionales previstos para toda medida empresarial lesiva de un Derecho fundamental (en este caso, el derecho a la legalidad penal consagrado en el artículo 25.1 CE).

Así las cosas, el trabajador podrá impugnar judicialmente la sanción impuesta y solicitar su nulidad en virtud del artículo 115.1.d LRJS, en cuyo caso se ordenará la restitución de las medidas que se hubieran podido producir como consecuencia de la ejecutividad inmediata de la sanción. Esta restitución deberá situar al trabajador en una posición equivalente a la que disfrutaría en caso de no haberse producido la sanción y, consecuentemente, haber prestado servicios tal y como venía haciendo. Ello tiene una extraordinaria importancia en la sanción consistente en suspensión de empleo y sueldo, ya que, de un lado, la restitución del salario dejado de percibir deberá incluir también las partidas extrasalariales que tengan causa directa en las tareas desempeñadas, aunque éstas no se hayan realizado de forma efectiva³⁷⁴; y de otro, si durante el tiempo de suspensión el trabajador ha estado prestando servicios en otra empresa, la cuantía que finalmente percibirá el trabajador por la nulidad de la sanción será menor, ya que deberá descontarse de ella el monto equivalente a la retribución percibida durante el tiempo de suspensión³⁷⁵. Por lo demás, al haber sido reseñadas en este trabajo las posibilidades judiciales de actuación ante la imposición de una sanción lesiva de un Derecho fundamental, remitimos a lo allí expuesto, habida cuenta de que en este punto el principio de legalidad no introduce ninguna particularidad relevante³⁷⁶.

IV.2.- Sanción impuesta con base en una norma inconstitucionalidad. La responsabilidad del legislador y los entes colectivos de carácter privado

A una conclusión más compleja llegamos cuando el vicio de inconstitucionalidad no está en la imposición de la norma, sino en la norma misma. Tal como hemos desarrollado en los epígrafes anteriores, el principio de legalidad impone una serie de

³⁷⁴ STSJ Cataluña, de 28 de enero de 2011 (rec. 340/2010), FJ 2.

³⁷⁵ STSJ Andalucía, de 12 de diciembre de 2018 (rec. 3593/2017), FJ Único.

³⁷⁶ *Vid.* Cap. II.III.

exigencias en la propia configuración del tipo, que de no respetarse, llevarán a imponer una sanción *per se* inconstitucional, al basarse en una norma que adolece de este vicio desde su propia conformación³⁷⁷. En estos casos, la problemática trasciende la mera relación jurídica empresario-trabajador para inmiscuirse en otra: la relación entre el creador de la norma jurídica y su aplicador, habida cuenta de que el primero ha sido el causante directo de la invalidez del acto ejecutado por el segundo. Sirva indicar, a efectos preliminares, que ante la falta de nexo contractual previo entre ambos, debemos encuadrar esta exigencia de responsabilidad en la responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC)³⁷⁸.

En efecto, cuando un empresario impone una sanción y ésta se declara inválida por parte de un órgano judicial como consecuencia de que la norma no respeta los estándares jurídicos que el Derecho impone, el empresario sufre una consecuencia desfavorable en su esfera jurídica que aboca a la exigencia de responsabilidad. Para que esta posibilidad resulte viable se deberán cumplir los elementos generales para la procedencia de toda responsabilidad extracontractual, que son (i) actuar del dañante; (ii) presencia de un daño; (iii) relación causal entre los dos elementos anteriores; y (iv) culpa o negligencia del causante del daño como título de imputación subjetiva³⁷⁹.

La acción del dañante no tiene una especial complejidad, al consistir en la infracción de los deberes que el ordenamiento jurídico les atribuye, como es la configuración de una normativa sancionadora que respete los estándares jurídicos que hacen compatible el poder disciplinario con su reconocimiento y legitimación a nivel estatal. Pero un mayor nivel de atención debemos poner al analizar el elemento nuclear de la exigencia de responsabilidad, que es el daño. Este elemento no debe confundirse con la lesión de un derecho subjetivo, porque si bien el daño supone la infracción de un interés protegible legalmente, tal interés no se identifica de forma necesaria con un derecho subjetivo,

³⁷⁷ En el ámbito de la responsabilidad del Estado-legislador, véase GARRIDO MAYOL, V. *La responsabilidad patrimonial del Estado. Especial referencia a la responsabilidad del Estado legislador*, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 219-220. En sentido contrario, entendiendo que un acto amparado en una ley inconstitucional pero que no ha sido impugnado queda respaldado jurídicamente y, consecuentemente, no puede dar lugar a un daño *antijurídico*, DOMÉNECH PASCUAL, G. “Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños derivados de una ley inconstitucional”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Civitas, nº 110, 2001, pp. 282, 288-289.

³⁷⁸ Con la particularidad que acontece en el nivel empresarial o inferior, donde es el propio empresario quien sufre el daño y colabora en su causación. Sobre esta cuestión nos ocuparemos a continuación.

³⁷⁹ REGLERO CAMPOS, L.F. “Conceptos generales y elementos de delimitación” en AAVV. (coord. REGLERO CAMPOS, L.F). *Tratado de responsabilidad civil. Tomo I*, Aranzadi, 5ª edición, 2014, pp. 74-81.

bastando toda lesión causada mediante culpa o negligencia, que es lo que exige nuestro ordenamiento jurídico por influjo de la regulación contenida en el *Code francés*³⁸⁰. Por ello, en el supuesto que nos ocupa podemos hablar de una lesión en los intereses empresariales al privar al empleador del poder disciplinario inherente a su posición jurídica³⁸¹ mediante el establecimiento de unas reglas ineficaces. Esa privación, esa expropiación del poder disciplinario cristaliza en la pérdida patrimonial que sufre el empresario cuando se declara inválida la sanción y debe indemnizar al trabajador o restituirle en la posición jurídica que disfrutaba con anterioridad.

La responsabilidad extracontractual también requiere un título de imputación del daño al dañante, que el artículo 1902 CC hace residir en la culpa o negligencia del potencial responsable. Este criterio continúa siendo el principal a día de hoy, a pesar del recorrido que ha tenido la teoría del riesgo, que incluso ha llegado a plasmarse en el ámbito de la responsabilidad sindical³⁸². En efecto, la culpa o negligencia continúa constituyendo el régimen común de responsabilidad³⁸³, reservándose la responsabilidad objetiva por riesgo a ciertos daños que derivan de una actividad peligrosa que conlleva un riesgo anormal, de acuerdo a los parámetros medios habituales³⁸⁴. Cuando la actividad desempeñada es una actividad susceptible de entrañar ciertos riesgos extraordinarios sobre los que se debe responder, no se aplica la teoría del riesgo *per se* sino el estándar culpabilístico general, si bien flexibilizado, de tal suerte que se impone una inversión de

³⁸⁰ PANTALEÓN PRIETO, F. “Artículo 1902” en AAVV (dirs. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C; BERCOVITZ, R; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L; SALVADOR CODERCH, P). *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 2ª edición, 1993, pp. 1993 y ss.; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Tomo V. La responsabilidad civil extracontractual*, Civitas/Thomson Reuters, 2011, p. 331; VICENTE DOMINGO, E. “El daño” en AAVV. (coord. REGLERO CAMPOS, L.F). *Tratado de... Op.cit.*, pp. 308-309. En sentido contrario, GONZÁLEZ MOLINA, M.D. *La responsabilidad civil de los sindicatos derivada del ejercicio de acciones colectivas*, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 134-135.

³⁸¹ *Vid.* Cap. I.II.3.

³⁸² Admitiendo con carácter general el juego de la teoría del riesgo en el específico ámbito sindical, PUEBLA PINILLA, A.M de la. *La responsabilidad civil del sindicato. Un estudio sobre la responsabilidad derivada de la actividad sindical*, La Ley, 2000, pp. 67 y ss.

³⁸³ Véanse, por todas, las SSTs de 22 de febrero de 2007 (rec. 3278/1999), FJ 3; de 5 de abril de 2010 (rec. 449/2005), FJ 3; de 3 de diciembre de 2015 (rec. 558/2014), FJ 4; de 22 de septiembre de 2015 (rec. 1905/2013), FJ 2; de 24 de mayo de 2018 (rec. 3193/2015), FJ 2.

³⁸⁴ STS de 23 de julio de 2008 (rec. 1546/2001), FJ 3; de 21 de mayo de 2009 (rec. 2005/2004), FJ 2; de 14 de marzo de 2011 (rec. 1970/2006), FJ 3.

la carga probatoria³⁸⁵ que adquiere una mayor justificación cuando el proceso de causación del daño ha sido complejo, o resulta de difícil acceso para el dañado, tal como consagra el artículo 217.7 LEC³⁸⁶.

Como vemos, es en este supuesto en el que debemos encuadrarnos. Tanto la negociación colectiva como el procedimiento legislativo que tienden al establecimiento de un sistema sancionador son actividades que entrañan un cierto riesgo dentro del ámbito normal de actuación de los órganos, pero no constituyen un riesgo anormal determinante de la aplicación de la teoría del riesgo en un sentido puramente objetivo. Por tanto, habremos de acogernos al régimen general -culpabilístico- y valorar, de conformidad con parámetros objetivos, si el actuar de los órganos ha supuesto el despliegue de toda diligencia exigible en atención a la función encomendada como para evitar el resultado lesivo, por virtud del artículo 1094 CC³⁸⁷, exigencia probatoria que corresponde al sujeto que presuntamente haya causado el daño, dada la parcial flexibilización de la prueba en esta actividad. Consecuentemente, en atención a las circunstancias concurrentes (para lo que cobrará especial fuerza, en el caso de los negociadores de un convenio colectivo, las actas de las reuniones llevadas a cabo) podrá concluirse en un sentido u otro.

El último de los requisitos para poder apreciar la responsabilidad extracontractual estriba en la relación de causalidad entre la actuación de los responsables y la propia causación del daño. Hay que valorar, en fin, si existe una directa relación causa-efecto entre la infracción de los deberes que el ordenamiento atribuye a los sujetos potencialmente responsables y la carga que el empleador soporta por aplicar la norma inconstitucional. Así, de forma intuitiva se puede comprobar cómo la plasmación de una norma que no respeta los estándares válidos en materia de sanciones laborales es la premisa ineludible de la nulidad judicial con la que se declara inválida la sanción, con el

³⁸⁵ La jurisprudencia reconoce que esta inversión de la carga probatoria viene motivada por *riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño cuando está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole*. Así, véanse por todas las SSTs de 22 de febrero de 2007 (rec. 3278/1999), FJ 3; de 5 de abril de 2010 (rec. 3193/2015), FJ 2.

³⁸⁶ Doctrinalmente se ha apuntado que la inversión de la carga probatoria responde únicamente a criterios de facilidad probatoria y no a los riesgos inherentes a la actividad desempeñada. Véase DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. “Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual” en PANTALEÓN PRIETO, F (coord.) *La responsabilidad en el Derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, BOE/UAM, nº 4, 2000, p. 164.

³⁸⁷ *Vid.* Cap. VI. III.1.

consiguiente deber reparador a cargo del empresario. No se puede justificar que haya sido el acto de aplicación de la norma inconstitucional la que ha causado el daño³⁸⁸, porque el empresario ha obrado confiando legítimamente en la validez de la norma, teniendo en cuenta, además, que la normativa configurada previamente le vincula de forma directa, no pudiendo apartarse de ella.

Pero más allá de la caracterización general de la relación de causalidad, sirva destacar que tiene un papel trascendental al indicarnos hasta dónde resulta exigible esta responsabilidad. Así, si bien las sanciones conservativas de la relación laboral no nos plantean complejos problemas a tal respecto, toda vez que será el objeto de la medida empresarial impuesta y su consecuente revocación o nulidad la consecuencia desfavorable que sufre el empresario y que constituye el objeto de la reclamación, las cosas se complican cuando la sanción impuesta al trabajador consiste en un despido disciplinario que posteriormente se declara nulo.

En estas situaciones, la nulidad del despido determina el abono de los salarios de tramitación y la readmisión obligatoria del trabajador en las mismas condiciones que disfrutaba anteriormente, prolongándose la relación laboral de forma indefinida (o, en su caso, hasta la llegada a término del contrato). Llegados a este punto, si bien se aprecia relación de causalidad en los términos antedichos, esta causalidad no se prolongará *ad infinitum*. Al igual que sucede en la garantía de indemnidad derivada del Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el contrato de trabajo como un contrato de tracto sucesivo impide que dos elementos mantengan la relación de causalidad de forma indefinida, sino que se debe valorar casuísticamente si existe tal relación, si existe conexión entre la adopción de la medida empresarial y la acción judicial interpuesta por el trabajador, para lo cual el tiempo transcurrido entre una y otra resulta muy relevante³⁸⁹.

³⁸⁸ Tal como hace, de nuevo en el ámbito administrativo, DOMÉNECH PASCUAL, G. *Op.cit.*, p. 283.

³⁸⁹ Véanse, por todas, SSTC 183/2015, de 10 de septiembre, FJ 6; 151/2004, de 20 de septiembre, FJ 4; 114/2002, de 20 de mayo, FJ 6. La importancia de esta conexión temporal ha sido criticada doctrinalmente (IGARTUA MIRÓ, M.T. *La garantía de indemnidad en la doctrina social del Tribunal Constitucional*, Consejo Económico y Social, 2008, pp. 109-110). Esta crítica ha versado sobre la extraordinaria importancia que tiene al constituir un indicio de represalia empresarial que el empresario tiene muy complicado desvirtuar, afirmando que el análisis del Tribunal no debería quedarse en ese punto, sino en la verificación de una auténtica represalia, para lo que debería tenerse en cuenta la voluntad empresarial de represaliar el ejercicio de la acción interpuesta por el trabajador. Sin embargo, el carácter de derecho fundamental que tiene la garantía de indemnidad hace que sea suficiente para su vulneración la transgresión desde un punto de vista subjetivo, sin ser necesario entrar a valorar circunstancias subjetivas como la voluntad empresarial (STC 6/2011, de 14 de febrero, FJ 2). Así las cosas, el Tribunal debe adecuarse a parámetros objetivos entre el que destaca -de ahí su extraordinaria

Pues bien, esa ruptura de la conexión causal también se debe valorar en nuestro caso. Se debe estudiar hasta qué momento se puede considerar que el mantenimiento en las condiciones laborales del trabajador continúa siendo un daño empresarial por haber ejercitado un despido inconstitucionalmente configurado. Para ello, habrá de valorarse casuísticamente a partir de qué momento temporal el mantenimiento del vínculo contractual sigue ocasionando daños al empresario, debiendo tenerse en cuenta para ello elementos circunstanciales tales como el grado de afectación a la esfera organizativa del empresario que ocasionó la actuación del trabajador, su gravedad, reincidencia y voluntad lesiva.

IV.2.A.- Responsabilidad extracontractual de los negociadores del convenio colectivo.-

De conformidad con el desarrollo visto hasta este punto, entramos en la exigencia de responsabilidad extracontractual frente a cada uno de los sujetos que determinaron la sanción laboral. Comenzaremos con la responsabilidad exigible en el ámbito de la negociación colectiva, donde debemos diferenciar en función de los diferentes ámbitos en los que se solicite. Si la negociación colectiva ha sido llevada a cabo en un nivel empresarial o inferior, la posibilidad de reclamar resultará matizada parcialmente, mientras que si nos hallamos en un ámbito supraempresarial, sí podremos confirmar su total procedencia.

Comenzando por el nivel supraempresarial, la reclamación de responsabilidad a los negociadores del convenio colectivo será plenamente viable toda vez que el presupuesto necesario para ello es la adquisición de personalidad jurídica de los negociadores³⁹⁰. Personalidad que se adquiere con la simple perfección del contrato de asociación (art. 22 CE) que está en la base tanto del sindicato³⁹¹ como de la asociación patronal³⁹²

importancia y extenso recorrido en la garantía de indemnidad- la conexión temporal entre la actuación del trabajador y la medida empresarial.

³⁹⁰ Aplicando esta doctrina al sindicato, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *El sindicato. Naturaleza jurídica y estructura*, Civitas, 1982, p. 131; PUEBLA PINILLA, A.M de la. *Op.cit*, p. 43.

³⁹¹ Argumentando que el depósito de los estatutos sindicales (art. 4.7 LOLS) no determina la adquisición de la personalidad jurídica inherente a toda asociación, sino la de aquella típicamente sindical, permitiendo al organismo ser titular de los derechos colectivos derivados del artículo 28.1 CE, véase PUEBLA PINILLA, A.M de la. *Op.cit*, pp. 42 y ss.

³⁹² Desarrollando la tradicional discusión sobre si la asociación empresarial ostenta libertad sindical o no es más que una mera asociación constituida al calor del artículo 22 CE; discusión que finalizó con las SSTC 52/1992, de 8 de abril, y 75/1992, de 14 de mayo, véanse ESTEVE SEGARRA, A. *Las asociaciones empresariales: régimen jurídico y representatividad*, Aranzadi, 2003, pp. 38-53; GARCÍA

intervinientes en la negociación. Este proceso de imputación, sin embargo, se complica un poco más en situaciones de personalidad jurídica plural del sindicato (esto es, cuando se organiza de forma compleja mediante federaciones o confederaciones), pero esta dificultad normalmente queda salvaguardada porque es la propia federación de ámbito superior la que suele participar en los procedimientos de negociación colectiva, y no el sindicato inferior federado. Aun así, cuando sea el órgano inferior el que hubiera participado en la negociación, si bien la regla general es la responsabilidad de tal entidad, se puede extender a la federación cuando el sindicato se limita a ejecutar una orden de la federación o un mandato suyo, siempre que el mandato sea expreso y el sindicato no se haya excedido en sus propios términos, o bien cuando hay autorización expresa por parte de la federación o apoya activamente al sindicato. Y además, esta extensión de responsabilidad también podrá producirse cuando exista un abuso de personalidad jurídica, de tal suerte que el sindicato inferior *de facto* forme parte de la federación³⁹³.

De esta forma, tanto el sindicato como la asociación empresarial responderán conjuntamente del daño causado al empleador, de acuerdo a las reglas generales del derecho de daños aplicable a toda asociación. Ahora bien, en el caso del sindicato, su especial naturaleza jurídica hace que la atribución de responsabilidad deba adecuarse a los parámetros establecidos en la LOLS. Parámetros que no excluyen las reglas generales del derecho de daños, pero obligan a un ejercicio adicional de imputación. Para ello debemos aplicar el artículo 5.1 LOLS que consagra el principio general de la *representación orgánica* en el ámbito sindical, según el cual la responsabilidad de la persona jurídica se predica respecto a los actos que ésta haya llevado a cabo a través de sus órganos estatutarios, pero sólo en la medida en que estos órganos hayan actuado en el ámbito de sus respectivas competencias. Consecuentemente, el órgano que de acuerdo a los estatutos sindicales haya participado en la negociación colectiva podrá ser el causante del daño atribuible al conjunto del sindicato³⁹⁴.

Con todo, esta posibilidad podría quedar obstaculizada si se entendiera que los empleadores forman parte del negocio jurídico que está en la base de la perfección de

PIÑEIRO, N.P. *Las asociaciones empresariales en el Derecho español*, Consejo Económico y Social, 2005, pp. 153-155.

³⁹³ PUEBLA PINILLA, A.M de la. *Op.cit.*, pp. 131 y ss.

³⁹⁴ *Ídem*, pp. 52-55.

todo convenio colectivo, porque en tal caso no tendrían posibilidad alguna de instar la acción prevista en el artículo 1902 CC. Ésta es la posición seguida por cierto sector doctrinal al afirmar que los sujetos integrados en el ámbito de un convenio colectivo no son terceros a efectos de instar la acción de lesividad para impugnarlo³⁹⁵, en una línea interpretativa del artículo 90.5 ET que posteriormente ha encontrado incluso acomodo en el actual artículo 165.1.b LRJS³⁹⁶. Pero el concepto *tercero* a efectos de analizar quién puede impugnar un convenio colectivo no puede trasladarse de forma incondicionada y automática a toda situación que se nos presente. Al igual que el afectado por la norma convencional lesiva no se le cierran todas las puertas para reclamar judicialmente porque puede accionar contra la cláusula convencional en el momento en que le afecte de forma directa³⁹⁷, el empleador que vea afectados sus intereses por haber sancionado al trabajador aplicando una cláusula inválida ve expedita la vía judicial. Y ello porque en la situación planteada en este estudio el Derecho del trabajo no resulta aplicable, sino que debemos acudir a los parámetros de la responsabilidad civil porque nos hallamos ante un claro conflicto entre los representantes colectivos y el empresario individual, toda vez que los primeros no han cumplido con los deberes inherentes al rol que les fue encomendado por el ordenamiento jurídico. En definitiva, el Derecho del trabajo ha cumplido su papel con la exigencia de reparación que debe soportar el empleador, y ahora debemos acudir al Derecho común para hacer cargar tal responsabilidad a quien directamente ocasionó el daño, acudiendo al propio artículo 1902 CC que habla de responsabilidad por daños causados *a otro*, precisando el posterior artículo 1903.1 CC que este otro hace referencia

³⁹⁵ GONZÁLEZ MOLINA, M.D. *Op.cit.*, pp. 128-134. La autora deja a salvo la acción contra la ilegalidad del convenio colectivo y la exigencia de responsabilidad por abuso de derecho, con base en el artículo 7.2 CC. Sobre la posibilidad de impugnación del Convenio colectivo por ilegalidad, que puede interponer la parte empresarial, véase ampliamente LÓPEZ CUMBRE, L. *La impugnación del Convenio colectivo por sujeto firmante*, Cinca, 2006.

³⁹⁶ Interpretación iniciada en SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. “La lesión a terceros en la contratación colectiva (el control de lesividad en los convenios colectivos)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, 1984, pp. 211-213. De hecho, esta obra es la que expresamente se cita por GONZÁLEZ MOLINA, tal como puede verse en la página 132 de la obra indicada en la anterior nota al pie. Posteriormente, fue asumida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta su consagración legal, pudiendo citarse las SSTs de 11 de marzo de 1997 (rec. 1483/1996), FJ 3; de 3 de marzo de 1998 (rec. 1632/1997), FJ 3. Y después de su traslación a la normativa procesal véanse, por todas, las SSTs de 26 de diciembre de 2002 (rec. 37/2002), FFJJ 3 y 4; de 21 de octubre de 2010 (rec. 59/2009), FJ 2; de 22 de diciembre de 2015 (rec. 53/2015), FJ 4.

³⁹⁷ Tal como reconoce la STS de 27 de septiembre de 2016 (rec. 203/2015), FJ 4. Y tal como se afirmaba también en SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. *Op.cit.*, p. 212.

a *actos propios*; esto es, actos cometidos por quien intervino directamente en la actuación dañosa.

Alejándonos del ámbito supraempresarial, la posibilidad de exigir responsabilidad a los negociadores del convenio colectivo a nivel empresarial o inferior resulta residual. Si bien incluso en un epígrafe anterior hemos señalado que tal posibilidad se opone al principio democrático inherente al principio de legalidad, es posible que un cambio legislativo operado sobre el Estatuto de los Trabajadores pueda reconocer tal posibilidad en una reconceptualización de los sujetos idóneos para negociar las sanciones laborales, lo que justifica un estudio de tal cuestión en este momento. Comenzaremos señalando que una eventual reclamación en esta línea se encontraría con graves dificultades por el efecto de quiénes son los propios sujetos intervinientes en la negociación. Por una parte, es el propio empresario quien negocia por la parte patronal, en virtud del artículo 87.3.a ET, por lo que el *quantum* final de la responsabilidad se atenuará en proporción al grado de colaboración que el sujeto sufridor del daño haya tenido. En nuestro caso, la responsabilidad deberá atenuarse a la mitad de la calculada conforme a los parámetros anteriores (siempre que no se pueda determinar que el empresario colaboró en un mayor grado en la configuración de la normativa sancionadora), toda vez que la conducta que da origen a la reclamación requiere de la colaboración de ambos intervinientes en un grado idéntico para su realización³⁹⁸.

Y por otro lado, la parte social de la comisión negociadora de los convenios colectivos de nivel empresarial o inferior estará constituida por las secciones sindicales o los representantes unitarios de los trabajadores (art. 87.1 ET). De esta forma, si la negociación la han llevado a cabo las secciones sindicales, no cabe duda de que la sección sindical no podrá resultar responsable por falta de personalidad jurídica. En estos casos, la responsabilidad puede exigirse al sindicato que irradia en la empresa a través de la sección sindical, en aplicación del artículo 5.2 LOLS. En efecto, la sección sindical es un

³⁹⁸ La concurrencia de culpas como parámetro valorativo del daño puede verse, entre otras, en las SSTS de 25 de marzo de 2010 (rec. 1262/2004), FJ 6; de 30 de noviembre de 2011 (rec. 737/2008), FJ 6. En el ámbito doctrinal, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos...* *Op.cit.*, pp. 280-281; REGLERO CAMPOS, L.F.; MEDINA ALCOZ, L. “El nexa causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor” en AAVV. (coord. REGLERO CAMPOS, L.F). *Tratado...* *Op.cit.*, pp. 948-958. El hecho de que la reducción sea a la mitad de la cuantía total viene marcado por el hecho de que la concurrencia de culpas debe valorarse de conformidad con el grado de contribución causal de las conductas concurrentes a la producción del evento dañoso. Así se pronuncia PANTALEÓN PRIETO, F. “Artículo 1902” *Op.cit.*, p. 1997.

órgano interno del sindicato, no tiene vínculo asociativo con él. Y este órgano es el llamado, por virtud de la legislación vigente (arts. 87.1.a ET y 8.2.b LOLS), a negociar el convenio en el ámbito empresarial, negociándolo como si fuera el propio sindicato, toda vez que es el único órgano sindical que conoce las particularidades de la empresa en la que se aplicará la posterior norma negociada. Así las cosas, el concepto *actos de sus afiliados en el ejercicio de sus funciones representativas* contenido en el artículo 5.2 LOLS debe ser objeto de interpretación amplia, en el sentido de incluir responsabilidad del propio sindicato por los actos de los órganos que el legislador ha entendido que deben quedar reservados a las secciones sindicales, sin restringirse a los representantes voluntarios del sindicato que eventualmente pudieran desempeñarlas³⁹⁹.

Si, por el contrario, la parte social de la comisión negociadora se ha constituido por representantes unitarios, su actuación se realiza a título individual por la propia condición de representante unitario, y no por influjo de la participación de ningún sindicato. Por ello, habida cuenta de la falta de personalidad jurídica de la propia comisión negociadora y de los organismos de representación de los trabajadores (comité de empresa y delegado de personal)⁴⁰⁰, la reclamación deberá dirigirse de forma personal contra el patrimonio del directo causante de la lesión: cada uno de los intervinientes de la parte social de la comisión negociadora. A pesar de ello, téngase en cuenta que en muchas ocasiones la figura de los representantes unitarios se utiliza por parte de los sindicatos para irradiar en el ámbito de la empresa con más competencias que con la sección sindical. Por ello, si existen órdenes claras y concretas emanadas del sindicato y dirigidas al representante unitario sobre el modo de llevar a cabo la negociación y en qué términos, y éste obedece tales órdenes, también resultará de aplicación lo previsto en el artículo 5.2 LOLS, extendiendo tal responsabilidad al sindicato.

IV.2.B.- Responsabilidad extracontractual del Estado-legislador.-

En los casos en los que la sanción tenga origen legal, la posibilidad de solicitar responsabilidad estatal por los daños sufridos integra un régimen complejo en el que se

³⁹⁹ PUEBLA PINILLA, A.M de la. *Op.cit*, pp. 93-108.

⁴⁰⁰ Respecto al comité de empresa y comité de huelga, ALFONSO MELLADO, C. “La responsabilidad civil por daños en las relaciones colectivas de trabajo” en AAVV. *La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales. XXIII Congreso Nacional de Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Cinca/AEDTSS, 2013, p. 132.

mezclan cuestiones laborales con cuestiones administrativas, habida cuenta de la naturaleza jurídico-pública del destinatario de la reclamación.

Así, en primer lugar, debemos analizar desde una perspectiva administrativa si el Estado puede ser sujeto de responsabilidad. Esta posibilidad ya se acepta incluso legalmente (art. 32.3.a Ley 40/2015), en virtud de la *tesis indemnizatoria* por la que finalmente se decantó la jurisprudencia⁴⁰¹ y que posteriormente ha asumido la normativa administrativa. Siguiendo esta tesis, el Estado legislador puede ser responsable por las leyes inconstitucionales que haya dictado, al vulnerar el principio de confianza legítima en la correcta actuación del legislador⁴⁰², en virtud de los artículos 9.3 CE (donde se consagra el principio de responsabilidad de los poderes públicos)⁴⁰³, y 106.2 CE (que establece el derecho a indemnización por toda lesión de bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento de servicios públicos)⁴⁰⁴.

Por ello, teóricamente cabe la responsabilidad patrimonial por dictar una ley inconstitucional, pero esta posibilidad se reduce en gran parte por la intervención que de forma necesaria debe realizar el Tribunal Constitucional. En efecto, únicamente cabrá responsabilidad cuando la ley sea, en sentido estricto, inconstitucional. Y ello pasa por

⁴⁰¹ Se deshecha así la *tesis expropiatoria*, basada en que la ley inconstitucional habría vulnerado el Derecho de propiedad del particular, atentando contra los artículos 33 CE y 1 del Protocolo 1 CEDH. Una contraposición de ambas doctrinas puede encontrarse en ALONSO GARCÍA, M.C. *La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador*, Marcial Pons, 1999, pp. 28 y ss; MORENO FERNÁNDEZ, J.I. *La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador en materia tributaria y vías para reclamarla*, Aranzadi, 2009, p. 68.

⁴⁰² La confianza legítima como presupuesto de exigencia de responsabilidad ha sido criticada doctrinalmente, afirmando que se trata de un principio que no tiene rango constitucional y, por tanto, su vulneración no puede comportar una eventual inconstitucionalidad y exigencia de responsabilidad. Asimismo, se ha señalado que el principio de confianza legítima no puede desembocar en una absoluta petrificación de las condiciones jurídicas preexistentes, sino que su acomodación a las circunstancias cambiantes es una característica esencial de nuestro sistema jurídico. En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, Civitas, 2005, pp. 26 y ss.

⁴⁰³ En sentido contrario, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Op.cit.*, pp. 86 y ss. El autor entiende que el principio de responsabilidad de los poderes públicos hace referencia a la responsabilidad política inherente a sustentar el poder que originariamente ostenta la sociedad, no una responsabilidad patrimonial.

⁴⁰⁴ MORENO FERNÁNDEZ, J.I. *Op.cit.*, pp. 68-69. Este autor acude también al artículo 121 CE, que se excluye de este trabajo por referir a la responsabilidad de la Administración de justicia. Asimismo, no haremos referencia al (actual) artículo 32 Ley 40/2015, por tratarse de una norma de rango legal que por sí misma no es suficiente para atribuir responsabilidad patrimonial al propio legislador, ya que tal responsabilidad deriva directamente de la Constitución (GARRIDO MAYOL, V. *Op.cit.*, p. 222).

un pronunciamiento del único órgano que puede declararlo⁴⁰⁵. Pero además, tal pronunciamiento no deberá contener una limitación de los efectos de la declaración de constitucionalidad, ya que en caso de existir, el afectado deberá someterse a tal mención contenida en la resolución. Por ello, tal como ha puesto de manifiesto la doctrina, el Tribunal Constitucional sabe de antemano cuáles son los efectos que quiere dar a una eventual declaración de inconstitucionalidad, pudiendo decidir si quiere abrir la vía de la responsabilidad patrimonial⁴⁰⁶.

Con todo, de cumplirse estos condicionantes se admitiría en nuestro Derecho social la posibilidad de que el empleador pueda solicitar al Estado una indemnización equivalente al coste laboral y de seguridad social que hubiera debido soportar como consecuencia del daño sufrido por la norma inconstitucional⁴⁰⁷. Esta reclamación deberá producirse en el orden jurisdiccional social, porque el objeto puramente administrativo del órgano al que se reclama responsabilidad en modo alguno resulta determinante para la selección del orden jurisdiccional competente. Esta selección se realiza en atención a la conexión que existe entre la reclamación y el contenido laboral que subyace a la relación jurídica en la cual surge, del mismo modo que se pone el foco en este elemento para justificar que la jurisdicción social es competente para el conocimiento de las reclamaciones de los salarios de tramitación al Estado, reclamación que también tiene como fundamento la responsabilidad de la Administración (en este caso, la Administración de justicia, con base en el artículo 121 CE)⁴⁰⁸. Y como consecuencia de

⁴⁰⁵ El artículo 32.3.a Ley 40/2015 exige que la ley sea *declarada inconstitucional*, presuponiendo el pronunciamiento del Tribunal Constitucional. *Declaración* que también se exigía en las resoluciones que permitían la reclamación patrimonial al Estado legislador bajo la normativa anterior, tal como se puede ver, por todas, en STS de 18 de octubre de 2001 (rec. 447/1998), FJ 4.

⁴⁰⁶ GONZÁLEZ ALONSO, A. “La responsabilidad del Estado legislador por vulnerar el Derecho europeo o la Constitución: un análisis comparativo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 106, 2016, pp. 390-394.

⁴⁰⁷ De la misma forma que en el ámbito tributario la indemnización consiste en el importe indebidamente ingresado como consecuencia de la aplicación de la norma inconstitucional, junto con los intereses legales que correspondan. Véase, así, la STS de 13 de junio de 2000 (rec. 567/1998), FFJJ 10 y 11.

⁴⁰⁸ En concreto, su anormal funcionamiento. Véanse las SSTS de 11 de enero de 2018 (rec. 3144/2015), FJ 4; de 29 de septiembre de 2017 (rec. 2567/2015), FJ 3; de 12 de febrero de 2008 (rec. 4030/2006), FJ 3; de 29 de marzo de 1999 (rec. 2966/1998), FJ 2; de 20 de julio de 1995 (rec. 2929/1994), FJ 3. En sentido contrario, también se ha considerado que su fundamento no es otro que la voluntad de exonerar a las empresas de determinados costes derivados de los procedimientos judiciales de despido, tal como se puede comprobar en las SSTS de 19 de junio de 1998 (rec. 4119/1997), FJ 5; de 18 de noviembre de 2005 (rec. 4760/2004), FJ 3. En todo caso, se trata de criterios complementarios y no excluyentes. En este sentido, SSTS de 26 de febrero de 2008 (rec. 1188/2007), FJ 5; de 10 de diciembre de 2012 (rec. 70/2012), FJ 3; en el ámbito doctrinal, LOUSADA AROCHENA, J.F. “La reclamación al Estado del

la naturaleza social de la acción, el plazo para presentar la reclamación será, a falta de establecimiento de un plazo especial en la normativa social, de un año (arts. 59.2 ET).

El inicio de este plazo debe situarse en el momento en que la sentencia de inconstitucionalidad es publicada en el BOE, tal como consagra el artículo 67.1.3 Ley 39/2015. Este *dies a quo* puede suscitar algún problema de indefensión si, a la luz de las circunstancias concurrentes, el plazo para demandar pudiera concluir con posterioridad a la cuantificación de los daños que sufre el empleador en caso de despido disciplinario, en línea con lo anteriormente sostenido en relación a la dificultad para fijar de forma definitiva cuáles son estos daños. Con todo, téngase en cuenta que el empresario no debe ser excesivamente prudente a la hora de interponer la reclamación, ya que la solicitud no debe detallar un desglose pormenorizado de los daños sufridos, sino que la evaluación económica deberá indicarse *si fuera posible* (art. 67.2 Ley 39/2015). Así las cosas, bastará que el empresario detalle los daños sufridos hasta el momento y ofrezca las bases para el cálculo de los daños que se podrían sufrir posteriormente.

En fin, en este plazo de un año desde la publicación de la sentencia se debe interponer la reclamación mediante el preceptivo agotamiento de la vía administrativa previa (art. 69.1 LRJS), que deberá realizarse de conformidad con *la normativa de procedimiento aplicable*. Así, habremos de acudir a una solicitud de reclamación patrimonial contra el Estado legislador de acuerdo a los artículos 66 y 67 Ley 39/2015, que deberá interponerse ante el Consejo de Ministros, órgano administrativo competente en estos casos de conformidad con la doctrina administrativa, al tratarse de una ley con carácter estatal⁴⁰⁹. Esta solicitud deberá resolverse en el plazo de seis meses desde su interposición, teniendo en cuenta que el transcurso de este plazo sin haber recaído resolución expresa determina la desestimación presunta de la pretensión del empresario (art. 91.3 Ley 39/2015). En el plazo de dos meses desde la desestimación expresa o presunta de su pretensión, se podrá interponer demanda judicial ante la jurisdicción social (art. 69.2 LRJS), cuyo órgano competente para su conocimiento será el Tribunal Supremo (art. 9.a LRJS).

pago de salarios de tramitación en juicios por despido”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Universidade da Coruña, nº 16, 2012, p. 437. Anunciando ambas posiciones sin señalar su posible complementariedad, véase RUBIO DE MEDINA, M.D. *La reclamación al Estado de salarios de tramitación en juicios por despido*, BOSCH, 2000, p. 17.

⁴⁰⁹ MORENO FERNÁNDEZ, J.I. *Op.cit*, p. 168.

CAPÍTULO IV.- LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO PRINCIPAL GARANTÍA SANCIONADORA EN LA IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN

I. Planteamiento

La presunción de inocencia es, posiblemente, el Derecho fundamental que ha tenido un mayor acercamiento al ámbito laboral, ya que intuitivamente suscita una aplicabilidad automática a las sanciones que estudiamos en esta obra. De ahí que incluso tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo hayan acudido a esta garantía en algunas ocasiones. Pero hoy estos pronunciamientos se consideran superados. Actualmente, se afirma de forma insistente que no procede la aplicación de la presunción de inocencia al ámbito social, reservándose para las medidas que suponen un ejercicio del *ius puniendi*. Ésta es, precisamente, la concepción estricta del ámbito subjetivo de la presunción de inocencia, pero resulta posible apartarse de ella acogiendo una concepción amplia de su ámbito, una vez hemos constatado la eficacia horizontal de los Derechos fundamentales y, sobre todo, una caracterización del concepto de sanción que se aproxima a las medidas adoptadas en las jurisdicciones penal y administrativa. Por ello, el primer epígrafe de este capítulo consistirá precisamente el análisis del ámbito subjetivo de la presunción de inocencia, justificando la necesidad de superación de la concepción estricta hoy dominante en nuestro ordenamiento jurídico.

El segundo epígrafe versará sobre el ámbito objetivo de la presunción de inocencia, en el que analizaremos pormenorizadamente su contenido. Ésto nos permitirá tanto concluir de forma definitiva en favor de su aplicabilidad al ámbito social como verificar hasta qué punto resulta posible esta traslación al ámbito privado, enfatizando la acomodación de la garantía originariamente jurídico-pública dentro de la relación laboral. Para analizar su contenido, comenzaremos centrándonos en la vertiente material de la presunción de inocencia, vertiente discutida por la dificultad de delimitar una manifestación de esta garantía que vaya más allá del marco del proceso judicial, aunque podemos tomarla en consideración como consecuencia de la jurisprudencia supranacional más reciente dictada por parte del TEDH.

Pero el contenido material no es el único del que disfruta la presunción de inocencia, sino que la mayor parte viene consagrada en su vertiente probatoria. Ésta hace referencia a las cuestiones relativas a la admisibilidad y garantías en materia de prueba, y resultan tan intuitivamente aplicables al régimen disciplinario privado que algunas de sus

manifestaciones han sido consagradas en la normativa laboral, lo que nos permitirá reafirmar su anclaje constitucional estudiando qué efectos comporta su vulneración. Pero más allá de este anclaje legal, su contenido trasciende estas concretas manifestaciones, lo que debe ser objeto de un atento y pormenorizado desarrollo.

Posteriormente nos ocuparemos de la valoración probatoria que, si bien queda fuera del contenido de la presunción de inocencia, su proximidad conceptual justifica un estudio conjunto en este capítulo. Estudiaremos los mecanismos valorativos y cómo tienen una extraordinaria importancia a la hora de definir las sanciones como tales, alejándose de otras medidas civiles similares. Asimismo, verificaremos qué influencia tiene este alejamiento del Derecho fundamental en la imposición de la sanción transgrediendo las reglas de valoración probatoria.

Y para finalizar, pondremos el foco sobre algunas circunstancias en las que subyace la presunción de inocencia a pesar de no ocupar un papel central. Más concretamente, en la trascendencia laboral de una condena penal que imposibilita la prestación de trabajo, ofreciendo una vía alternativa a las soluciones planteadas jurisprudencialmente a día de hoy. Ello nos obligará a concluir con un breve análisis de las situaciones en las que la conducta del trabajador puede merecer una sanción tanto laboral como penal y existe una tramitación paralela de ambos procedimientos, porque pueden plantearse contradicciones procedimentales que requieren una solución razonada plenamente garantista de la presunción de inocencia. Esta problemática nos abocará a una detallada casuística en función del procedimiento que adquiera firmeza en primer lugar y el carácter privilegiado que puede revestir, en ocasiones, el de índole penal.

II. Ámbito subjetivo de la presunción de inocencia. La ineludible asunción de la concepción amplia en atención a su contenido

Uno de los principales problemas en el estudio de la presunción de inocencia reside en analizar a quién corresponde su titularidad. En este sentido, el artículo 24.2 CE habla de que *todos* disfrutarán de tal garantía, si bien por su propio contenido, únicamente podrá ser ejercido por quien sufra un ataque a su inocencia. Por ello, es el concepto *inocencia* el fundamental a la hora de estudiar su ámbito de aplicación. Siempre que exista una imputación de culpabilidad podrá esgrimirse esta garantía, pero la controversia surge al

definir este concepto, junto con su reverso, *culpabilidad*, habida cuenta de que puede ser utilizado en dos sentidos diferentes. Un sentido amplio y un sentido estricto⁴¹⁰.

II.1.- Bandazos en la jurisprudencia y doctrina constitucional que finalizan en la (ahora) tradicional concepción estricta

El concepto estricto es el que viene siendo utilizado por la jurisprudencia constitucional, al inaplicar la presunción de inocencia en el ámbito laboral por entender que en este orden jurisdiccional no concurre juicio alguno sobre la culpabilidad o inocencia del trabajador⁴¹¹. Esta posición es la que asume la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴¹², variando su doctrina anterior en la que sí se aplicaba esta garantía⁴¹³. Pero ésto no siempre ha sido así. En sus inicios, no sólo el Tribunal Supremo aplicaba la presunción de inocencia a las sanciones laborales, sino que también lo hacía el Tribunal Constitucional, haciendo énfasis en una de sus manifestaciones como es el despliegue de una mínima actividad probatoria para imponer la sanción⁴¹⁴, hasta que posteriormente modificó su doctrina⁴¹⁵.

⁴¹⁰ PEDRAJAS MORENO, A. *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*, Trotta, 1992, pp. 236 y 237.

⁴¹¹ Doctrina iniciada a partir del ATC 213/1982, de 9 de junio, FJ Único. Las últimas sentencias que se han pronunciado en el mismo sentido, retomando tal línea argumental, serán citadas a continuación.

⁴¹² Véase, en particular, la reciente STS de 17 de febrero de 2016 (rec. 808/2014), FJ 2, apartado 3.

⁴¹³ Véase la jurisprudencia citada en FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, 1991, pp. 402 y 403.

⁴¹⁴ SSTC 62/1984, de 21 de mayo, FJ 4; y 36/1985, de 8 de marzo, FJ 2. Estas sentencias contaban con importante respaldo doctrinal, tal como puede verse en ALONSO OLEA, M. *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, Civitas, tomo II, 1984, p. 160, y tomo III, 1985, p. 65. En especial, sobre la STC 36/1985, el autor afirmaba de forma muy contundente que la extensión de la presunción de inocencia a los despidos y sanciones laborales *ocurre con naturalidad*.

⁴¹⁵ Introduciendo un indudable cambio en la jurisprudencia constitucional, tal como se ha afirmado doctrinalmente. Véase SEMPERE NAVARRO, A.V. “Problemas particulares sobre el poder disciplinario y las sanciones en la empresa”, *Tribuna Social*, CISS, nº 63, 1996, pp. 64 y ss. El mismo artículo puede consultarse en SEMPERE NAVARRO, A.V. “Despido y presunción de inocencia”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Universidad Complutense de Madrid, nº 19 Extra, 1996. Las referencias a este artículo se realizarán a la publicación en la revista *Tribuna Social*. Este viraje también se ha apuntado en PEDRAJAS HERRERO, A; HERRERO MARTÍN, J.B. “El despido disciplinario y la violación del Derecho a la presunción de inocencia: reflexiones críticas” en AAVV (ed. MARTÍNEZ ABASCAL, V.) *Problemas aplicativos del despido en las reformas laborales de 1994 y 1997*, IBIDEM, 1998, p. 290; BELDA PÉREZ-PEDRERO, E. “La presunción de inocencia”, *Anuario Parlamento y Constitución*, Cortes de Castilla la Mancha, nº 5, 2001, p. 183.

El viraje de la doctrina del Tribunal Constitucional se inicia con la introducción artificiosa de una argumentación que, por su escasa solidez, servirá para que *a posteriori* el propio Tribunal tenga más fácil avanzar hacia la inaplicación de la presunción de inocencia. Y éste no es otro que el continuo reconocimiento de la vigencia de la presunción de inocencia en el proceso laboral por parte de los órganos judiciales ordinarios⁴¹⁶. En pocas palabras, el Tribunal Constitucional afirma que su doctrina inicial venía marcada de forma prevalente por los pronunciamientos del Tribunal Supremo que reconocían la vigencia de la presunción de inocencia en el ámbito privado. De esta forma, en posteriores resoluciones se afirma que la continua aplicabilidad de la presunción de inocencia al ámbito social que vienen sosteniendo los tribunales ordinarios no puede servir, por sí misma, para que de forma efectiva se afirme tal aplicación⁴¹⁷. Como vemos, este proceder resulta criticable, al tratarse de un mero juicio de oportunidad para revertir la aplicación de la presunción de inocencia en el proceso laboral, toda vez que el Tribunal Constitucional actúa con plena autonomía e independencia (art. 1 LOTC) y en ningún caso puede verse influenciado por las resoluciones de los Tribunales ordinarios⁴¹⁸.

Con todo, a todas luces un cambio de doctrina constitucional no puede apoyarse únicamente en esta consideración. Por ello, el Tribunal Constitucional utilizó como argumento de apoyo el texto de algunos tratados internacionales rubricados por España (en concreto, la Recomendación 119 y el Convenio 158 de la OIT), que imposibilitarían la aplicación de la presunción de inocencia al no hacer obligatoria la prueba en los procesos regidos por el principio dispositivo⁴¹⁹. Sin embargo, téngase en cuenta que estos instrumentos supranacionales no versan en sentido estricto sobre la presunción de inocencia, sino sobre una de sus manifestaciones como es la necesidad de prueba para proceder a la realización de un despido disciplinario. Y en todo caso, la normativa

⁴¹⁶ STC 37/1985, de 8 de marzo, FJ 2.

⁴¹⁷ ATC 262/1988, de 29 de febrero, FJ 2; STC 81/1988, de 28 de abril, FJ 2. Críticamente en relación a este aspecto, es forzosa la cita de ALONSO OLEA, M. *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, Civitas, tomo VI, 1988, p. 301.

⁴¹⁸ PEDRAJAS MORENO, A. *Op.cit.*, p. 265. En el mismo sentido, MOLINA NAVARRETE, C. “Imputabilidad del incumplimiento resolutorio, carga de la prueba y de presunción de inocencia; en especial el juicio de culpabilidad por el ilícito laboral *ex* artículo 54, del Estatuto de los Trabajadores (reflexiones críticas sobre una ambigua e incierta jurisprudencia constitucional)”, *Revista General de Derecho*, Augusto Vicente y Almela, nº 604-605, 1995, p. 80.

⁴¹⁹ STC 81/1988, de 28 de abril, FJ 2. Doctrinalmente, recogiendo esta argumentación, SEMPERE NAVARRO, A.V. *Op.cit.*, p. 64.

nacional puede elevar el rango de protección mediante la aplicación de esta garantía a toda sanción y no a las que estrictamente sean consecuencia de del ejercicio del *ius puniendi* estatal⁴²⁰, por lo que el uso de instrumentos internacionales, si bien sirve como parámetro interpretativo por mandato de los artículos 10.2 y 93 CE, no resulta totalmente definitivo.

Es más, incluso podemos afirmar que los textos supranacionales citados tampoco se pronuncian en tal sentido. Así, el propio párrafo primero de la Recomendación 119 de la OIT reconoce que los fallos de los Tribunales nacionales resultan idóneos a fin de dar efecto a la existencia de una causa justificada para proceder a la extinción de la relación contractual, garantía que contiene (a efectos no vinculantes) el propio texto supranacional. Para ello, se remite a la práctica nacional siempre que no contradiga su literalidad. Por tanto, si la práctica nacional se basa en la atribución al acto de despido de ciertas garantías derivadas de la presunción de inocencia, deberán respetarse, como consecuencia de tal remisión.

En el mismo sentido, el artículo 7 del Convenio 158 OIT que establece el principio de causalidad en el despido debe ser estudiado en relación al artículo 9 de la misma norma, que para despedir disciplinariamente requiere una mínima actividad probatoria de las partes en atención a la práctica nacional. Por tanto, si la práctica nacional (plasmada en las resoluciones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional) anclaba esa exigencia probatoria en el principio de presunción de inocencia, esta construcción debería haberse respetado, sin resultar procedente la revisión a la baja de las garantías sancionadoras en los procesos laborales a la que sirve de pretexto la propia rúbrica de estos textos internacionales.

Más allá de estos instrumentos internacionales que se pronuncian sobre la necesidad de prueba en el proceso laboral, conviene analizar el resto de los textos supranacionales que inciden sobre esta concreta garantía. En ellos podemos encontrar menciones al concepto *delito*, tal como figura en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; así como conjuntamente a *delito* y *culpabilidad*, en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Estos incisos dan idea de una restricción del ámbito de aplicación al ejercicio del *ius puniendi* estatal. Pero no sigue la misma línea el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en cuyo artículo 6.2 se hace

⁴²⁰ PEDRAJAS MORENO, A. *Op.cit.*, p. 265.

referencia al principio de presunción de inocencia frente a *infracciones*, concepto que no coincide totalmente con una pena *stricto sensu*. Si bien el TEDH ha entendido que *infracción* debe tener el mismo alcance que el concepto autónomo de sanción penal que utiliza el propio Tribunal⁴²¹, sus ámbitos de actuación no resultan plenamente coincidentes, habida cuenta de que la presunción de inocencia también se extienden a todas las medidas que, sin ser estrictamente penas, tengan una conexión directa con ellas, tomando en consideración la naturaleza de las labores desempeñadas por el órgano judicial y el contexto de la decisión adoptada⁴²².

Pero más allá de este artificial proceder, la consolidación de la doctrina del Tribunal Constitucional vino apoyada por otro argumento con una importante fuerza de convicción: la ausencia de inocencia o culpabilidad del trabajador. Así, se afirma que en el procedimiento laboral únicamente se discute sobre la infracción de los deberes laborales que motivan la sanción del trabajador⁴²³, posicionándose en favor de la concepción estricta del concepto *culpabilidad e inocencia* y restringiendo su ámbito de aplicación. Por ello, el Tribunal afirma que el principio de presunción de inocencia no puede desnaturalizarse aplicándose a procedimientos que no suponen el ejercicio del *ius puniendi* estatal⁴²⁴.

⁴²¹ Marcado por los “criterios Engel”, surgidos a partir de la importante STEDH *Engel y otros c. Holanda*, de 8 de junio de 1976, parágrafo 82. La aplicación de estos criterios al artículo 6.2 CEDH se puede ver, por todas, en las SSTEDH *Phillips c. Reino Unido*, de 5 de julio de 2001, parágrafo 35; *Ringvold c. Noruega*, de 11 de febrero de 2003, parágrafo 36; *Allen c. Reino Unido*, de 12 de julio de 2013, parágrafo 95; *Vella c. Malta*, de 11 de febrero de 2014, parágrafo 40. Haciendo referencia a esta doctrina, véase GODÍNEZ VARGAS, A. “El principio de presunción de inocencia y el proceso de despido disciplinario”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, nº 64, 1994, p. 345.

⁴²² SSTEDH *Ringvold c. Noruega*, de 11 de febrero de 2003, parágrafo 36; *Allen c. Reino Unido*, de 12 de julio de 2013, párrafos 99 y ss. (especialmente, parágrafo 104); *N.A c. Noruega*, de 20 de abril de 2015, párrafos 41 y 51; *Dicle y Sadak c. Turquía*, de 16 de junio de 2015, parágrafo 54; *Alkasi c. Turquía*, de 18 de octubre de 2016, párrafos 23 a 25; *Kemal Coskun c. Turquía*, de 28 de marzo de 2017, párrafos 41 y 43; *Seven c. Turquía*, de 23 de enero de 2018, parágrafo 43.

⁴²³ AATC 213/1982, de 9 de junio, FJ Único; ATC 262/1988, de 29 de febrero, FJ 2; STC 81/1988, de 28 de abril, FJ 2. En el mismo sentido, SEMPERE NAVARRO, A.V. *Op.cit.*, p. 64.

⁴²⁴ STC 81/1988, de 28 de abril, FJ 2. En el mismo sentido, SEMPERE NAVARRO, A.V. *Op.cit.*, p. 64. Esta argumentación ya se ofrecía en la STC 6/1988, si bien su traslación a la STC 81/1988 resulta más que dudosa, puesto que en el primer caso el recurrente afirmaba que había sido el propio empleador quien había vulnerado su presunción de inocencia en el momento de imposición de la sanción, y no así el Tribunal sentenciador en el procedimiento judicial de revisión de la sanción. Esta judicialización del conflicto marca una diferencia fundamental en los supuestos de hecho que impide una asunción doctrinal automática, sin ulterior justificación.

Finalmente, téngase en cuenta que los argumentos ofrecidos por el Tribunal Constitucional vienen siendo reiterados a lo largo del tiempo⁴²⁵. Así, descartados los argumentos relativos a la influencia de la normativa supranacional y a la aplicación de la garantía por parte de los tribunales ordinarios, podemos concluir (tal como anticipamos) que este principio resulta inaplicable únicamente desde una visión conceptual, por entender que su ámbito de aplicación se centra exclusivamente en el ejercicio del *ius puniendi* sin poder extenderse al ejercicio de las facultades disciplinarias que se susciten en el ámbito privado, alineándose con la concepción estricta de *culpabilidad e inocencia*. Posición jurisprudencial apoyada doctrinalmente, al entender que no resulta posible derivar lesiones de Derechos fundamentales a situaciones donde únicamente concurren infracciones procesales sin mayor trascendencia⁴²⁶. Pero a esta interpretación se puede oponer la concepción amplia, lo que nos sitúa de lleno ante el siguiente epígrafe.

II.2.- La necesidad de conocer el contenido de la presunción de inocencia para analizar su titularidad, o la concepción amplia (remisión).

Frente a esta concepción estricta que restringe el alcance de la presunción de inocencia al ámbito penal y administrativo sancionador, una acepción amplia lo aplica a toda medida sancionadora. Y sanción, en línea con lo sostenido en este trabajo⁴²⁷ se define como todo acto inmediatamente ejecutable dictado por un órgano competente que imponga un mal como consecuencia del incumplimiento de una orden dictada bajo amenaza. Para pronunciarnos en favor de esta acepción, debemos atender al contenido concreto de tal garantía y estudiar si resulta aplicable a toda sanción o únicamente a las estrictamente penales y administrativas, por más que tradicionalmente la práctica judicial

⁴²⁵ AATC 315/1989, de 5 de junio, FJ 2; 351/1989, de 19 de junio, FJ 2; SSTC 30/1992, de 18 de marzo, FJ 7; 27/1993, de 25 de enero, FJ 3; 158/1994, de 9 de mayo, FJ 1; 6/1995, de 10 de enero, FJ 1; 53/1995, de 23 de febrero, FJ 3; 153/2000, de 12 de junio, FJ 3.

⁴²⁶ SEMPERE NAVARRO, A.V. *Op.cit*, p. 63.

⁴²⁷ *Vid.* Cap. I.III.

se haya decantado por esta última opción⁴²⁸. Este análisis nos situará ante el siguiente epígrafe, donde se analiza el contenido objetivo de la presunción de inocencia⁴²⁹.

Baste ahora señalar que la traslación de la presunción de inocencia al ámbito laboral no implica, como ha desarrollado cierta doctrina proponiendo una modificación de la normativa laboral, que de forma ineludible la ejecución de la sanción no se pueda producir hasta su declaración judicial⁴³⁰, sino que ésta debe imponerse respetando el contenido material de la garantía, adecuándola a la relación jurídica en la que se desarrolla.

Por lo demás, esta tesis es coherente con la estructura del artículo 24 CE. Obsérvese que en este artículo se consagran unas garantías aplicables con vocación de generalidad a todo tipo de procesos (como el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley o el derecho de defensa), junto con otras únicamente verificables en relación con aquéllos en los que se analiza el uso del *ius puniendi* (como el derecho a ser informados de la acusación, no declarar contra sí mismos y no confesarse culpables)⁴³¹. Consecuentemente, existiendo dudas sobre el alcance del precepto a la luz de su ubicación sistemática, la garantía de equilibrio de todas las posiciones desiguales, consagrada en el artículo 9.2 CE, ofrece un argumento decisivo para pronunciarse en favor de la extensión al ámbito laboral de la presunción de inocencia⁴³².

III. Contenido de la presunción de inocencia. Una garantía sancionadora tanto procesal como materialmente

⁴²⁸ En una línea argumentativa similar, doctrinalmente se ha afirmado que resultaría aconsejable tal traslación al ámbito laboral en una manifestación muy concreta del principio de presunción de inocencia: el despliegue de una mínima actividad probatoria convincente para la imposición de la sanción. Véase SEMPERE NAVARRO, A.V. *Op.cit*, p. 60.

⁴²⁹ En un sentido similar, PEDRAJAS MORENO, A. *Op.cit*, pp. 264 y 265; MOLINA NAVARRETE, C. *Op.cit*, pp. 60-79; CHACÁRTEGUI JÁVEGA, C. “Cuestiones prejudiciales penales y presunción de inocencia en el proceso laboral” en AAVV (coords. ALARCÓN CARACUEL, M.R; MIRÓN HERNÁNDEZ, M.M). *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar (aspectos laborales, fiscales, penales y procesales)*, Marcial Pons, 2000, pp. 172-183.

⁴³⁰ O, subsidiariamente, una suspensión cautelar del despido hasta que recaiga sentencia firme. Véase PEDRAJAS MORENO, A. *Op.cit*, pp. 278 y ss.

⁴³¹ SEMPERE NAVARRO, A.V. *Op.cit*, p. 59.

⁴³² *Ídem*, nota al pie número 6. El autor afirma que no existe la duda sobre el alcance del precepto a la luz de su ubicación sistemática, entendiéndose que se ciñe al ámbito público. Pero entiende que si no existieran tales dudas, cabría acogerse al principio *pro operario* para apoyar la concepción amplia del ámbito subjetivo. Sin embargo, el principio *pro operario* opera en el ámbito de la fijación de los datos fácticos en el procedimiento laboral, sin que sea posible afirmar la virtualidad de tal principio en valoraciones jurídicas (*Vid.* Cap. IV.V).

La presunción de inocencia se configura como una garantía que contiene múltiples vertientes, abarcando un elenco de manifestaciones plurales y complejas que hacen su estudio laborioso. La primera distinción que se traza en el contenido de esta garantía es la de su contenido sustantivo y su contenido procesal⁴³³.

III.1.- Nuevas fronteras que apoyan la vertiente material de presunción de inocencia. El influjo del Convenio Europeo de Derechos Humanos

En el ámbito jurídico-público, el contenido sustantivo se define como el derecho del particular a no recibir el trato de culpable mientras no se demuestre tal circunstancia; esto es, a que no se apliquen las consecuencias jurídicas propias de la culpabilidad mientras el procedimiento judicial esté pendiente de resolución⁴³⁴. En el ámbito social, la manifestación más clara de esta vertiente la podemos encontrar en la figura de la suspensión contractual por privación de libertad del trabajador hasta que recaiga sentencia condenatoria (45.1.g ET), que se configura como una garantía añadida por el legislador ordinario en cumplimiento de este principio⁴³⁵.

Pero más allá de esta indiscutida manifestación, el contenido extraprocesal de la presunción de inocencia ha sido objeto de debate incluso en el ámbito sancionador público, ya que cuando se ha entendido aplicable, el Tribunal Constitucional lo ha reconducido a los artículos 10 y 18.1 CE (derecho al honor) afirmando que no tiene un contenido autónomo⁴³⁶. Aun dejando de lado estos pronunciamientos concretos, reflejo

⁴³³ MOLINA NAVARRETE, C; OLARTE ENCABO, S. “Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, La Ley, nº 2, 1999, p. 381. En un sentido similar al que se seguirá en este estudio, si bien sin hacer referencia a la totalidad del contenido procesal que apuntaremos, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. “Carga de la prueba y presunción de inocencia en el proceso de despido”, *Relaciones laborales*, La Ley, nº 1, 1990, p. 47.

⁴³⁴ SSTC 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 1; 166/1995, de 20 de noviembre, FJ 3; 244/2007, de 10 de diciembre, FJ 2. En el ámbito doctrinal, SEMPERE NAVARRO, A.V. *Op.cit.*, p. 59; MONTAÑÉS PARDO, M.A. *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Aranzadi, 1999, pp. 39-41. Dudando de la verdadera existencia de esta vertiente material, véase PEDRAJAS MORENO, A. *Op.cit.*, p. 273. Directamente, negando tal vertiente, entendiendo que es una garantía estrictamente procesal, véase FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, 2005, pp. 108 y ss, donde la autora afirma que se trata de una terminología coloquial, habida cuenta de que la culpabilidad o inocencia únicamente se puede mostrar en el marco de un procedimiento, y su lesión únicamente puede producirse por actuaciones procesales que presupongan la culpabilidad del particular. En un sentido similar, ciñendo la presunción de inocencia a un estricto plano procedimental, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. *Op.cit.*, p. 48.

⁴³⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V. *Op.cit.*, p. 66.

⁴³⁶ SSTC 166/1995, de 20 de noviembre, FJ 3; 244/2007, de 10 de diciembre, FJ 2.

de los supuestos de hecho que se encontraban en su origen, el debate se ha centrado en un nivel conceptual, discutiéndose si fuera del marco de un proceso judicial esta garantía resulta aplicable. Profundizando en esta cuestión, podemos efectivamente comprobar cómo la presunción de inocencia tiene un cierto contenido que trasciende el mero marco judicial, toda vez que determinadas actuaciones producidas fuera del procedimiento son susceptibles de lesionar la presunción de inocencia al atribuir al particular la condición de culpable antes de que su culpabilidad haya sido probada en el procedimiento judicial oportuno.

Conectando esta cuestión con el proceso laboral, el TEDH ha reconocido que cuando sobre un mismo acto de un particular se inician actuaciones en el orden jurisdiccional social y en el penal de forma cumulativa, el principio de presunción de inocencia no resulta únicamente aplicable a este último. Muy al contrario, también lo es respecto a determinados actos que tengan relación con él⁴³⁷. De esta forma, se genera un enlace entre los eventuales procedimientos penal y laboral, porque si no consta una condena firme en el ámbito penal, el resto de los tribunales deben respetar la presunción de inocencia que emana de este procedimiento, incluyendo el ámbito disciplinario social⁴³⁸. Esta presunción se vulnerará cuando los tribunales, a través de su comportamiento, lenguaje o motivación, introduzcan una sospecha o sugieran que el trabajador es culpable de la comisión del delito si no ha sido así resuelto por el orden jurisdiccional penal⁴³⁹.

⁴³⁷ SSTEDH *Vanjak c. Croacia*, de 14 de enero de 2010, párrafo 67; *Sikic c. Croacia*, de 15 de julio de 2010, párrafos 44 y 52; *Teodor c. Rumanía*, de 4 de junio de 2013, párrafos 36 y 37; *Gogitizde c. Croacia*, de 12 de mayo de 2015, párrafo 124. Esta línea doctrinal ha tenido influencia a la hora de analizar las reclamaciones por prisión provisional subsiguientes a la absolución de los condenados al introducir una sombra de sospecha sobre su culpabilidad cuando se deniega la indemnización porque la absolución lo fue por falta de pruebas, tal como se puede ver en las SSTEDH *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni contra España*, de 16 febrero 2016, párrafo 39 y ss; *Tendam contra España*, de 13 julio 2010, párrafos 36 y ss. Doctrina, esta última, asumida por el Tribunal Constitucional español en sus sentencias 8/2017, de 19 de enero, FFJJ 6 y 7; y 10/2017, de 30 de enero, FJ 4. Haciendo referencia a la vertiente extraprocesal de la presunción de inocencia, si bien reconduciéndola posteriormente a los conflictos que suscita en relación con la libertad de información, véase OVEJERO PUENTE, A.M. “Artículo 24.2” en AAVV (dirs. PÉREZ TREMS, P; SAIZ ARNAIZ, A). *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario 1978-2018. Tomo I (preámbulo a artículo 96)*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 573-576.

⁴³⁸ SSTEDH *Vanjak c. Croacia*, de 14 de enero de 2010, párrafos 41 y 67; *Sikic c. Croacia*, de 15 de julio de 2010, párrafos 47 y 52; *Erkol c. Turquía*, de 19 de abril de 2011, párrafos 33 y 37; *Teodor c. Rumanía*, de 4 de junio de 2013, párrafo 36; *Kemal Coskun c. Turquía*, de 28 de marzo de 2017, párrafo 52; *Seven c. Turquía*, de 23 de enero de 2018, párrafo 51.

⁴³⁹ SSTEDH *Erkol c. Turquía*, de 19 de abril de 2011, párrafos 34 y ss; *Fazli Diri c. Turquía*, de 28 de agosto de 2012, párrafos 35 a 37; *Teodor c. Rumanía*, de 4 de junio de 2013, párrafo 40. En línea

Sin embargo, tenemos que tener en cuenta que tanto el orden jurisdiccional penal como el laboral actúan con sus propios principios y garantías, por lo que pueden establecer estándares probatorios y consecuencias jurídicas diferentes de un mismo hecho⁴⁴⁰; por ello, cuando en virtud de esta independencia, el posterior proceso laboral concluya sancionando al trabajador por apreciar la concurrencia una conducta sancionable (como indisciplina o conducta inapropiada) aunque no haya existido condena en el previo procedimiento penal, no se vulnerará el principio de presunción de inocencia con esta sanción, aunque ambos pronunciamientos sean consecuencia de la comisión de unos mismos hechos⁴⁴¹.

Como podemos verificar, estas resoluciones suponen una ampliación del ámbito del principio de presunción de inocencia más allá del estricto procedimiento penal. En efecto, al tratarse de una garantía sancionadora (y no estrictamente punitiva), se extiende a todos los procesos, sin quedar vinculada de forma necesaria al ejercicio del *ius puniendi* estatal, lo que sucedería acogiendo una concepción estricta de su ámbito subjetivo.

Pero lo más importante de estos pronunciamientos es que permiten trasladar la garantía al ámbito privado, donde la imposición de la sanción se realiza sin procedimiento judicial alguno, como consecuencia de la propia raíz sancionadora que comparte con las medidas penales. Es decir, también debe aplicarse a las situaciones en las que una conducta es susceptible de sancionarse en vía penal y laboral de forma simultánea, de tal forma que deba respetarse por el empleador al imponer la que le corresponde. Ahora bien, nótese que el TEDH no puede pronunciarse sobre esta vigencia *inter privatos*, porque este

con esta doctrina, la Unión Europea ha afirmado que los Estados miembros deben adoptar las medidas oportunas para evitar las referencias al particular como culpable mientras no se demuestre tal culpabilidad por resolución judicial firme, por parte de las resoluciones judiciales y autoridades públicas mediante declaraciones, tal como puede verse en el artículo 4.1 de la Directiva 2016/343, de 9 de marzo. Ahora bien, en función del Considerando 17 de la misma Directiva, debe entenderse por “declaración de la autoridad pública” toda autoridad que esté relacionada con el concreto proceso penal, sin poder extenderse a toda autoridad judicial. Ello hace pensar que el inciso “las resoluciones judiciales que no sean de condena” también hace referencia a aquellas que ordenan el mismo proceso penal, sin que pueda entenderse referido a otras, como puede ser la resolución del proceso por despido con anterioridad a la resolución judicial firme que resuelve el procedimiento penal por los mismos hechos. Sin perjuicio de ello, obsérvese que el estándar de protección derivado del CEDH es superior y, consecuentemente, al que deberemos atender como consecuencia de su carácter mínimo a respetar.

⁴⁴⁰ SSTEDH *Vanjak c. Croacia*, de 14 de enero de 2010, párrafo 68; *Sikic c. Croacia*, de 15 de julio de 2010, párrafos 53 y 54; *Erkol c. Turquía*, de 19 de abril de 2011, párrafo 33; *Teodor c. Rumanía*, de 4 de junio de 2013, párrafos 39 y 40; *Alkasi c. Turquía*, de 18 de octubre de 2016, párrafo 30.

⁴⁴¹ SSTEDH *Vanjak c. Croacia*, de 14 de enero de 2010, párrafos 69 a 71; *Sikic c. Croacia*, de 15 de julio de 2010, párrafos 54 y 55.

órgano únicamente resuelve asuntos en los que haya intervenido el Estado firmante a través de sus órganos judiciales como consecuencia de la naturaleza del CEDH, al ser una obligación internacional asumida por el propio Estado⁴⁴². Pero ello no obsta a que la propia doctrina constitucional española asuma la posición del TEDH eliminando los obstáculos propios de la articulación supranacional de este Tribunal, y de esta forma pueda extender la presunción de inocencia a las sanciones laborales cuando se simultanean con la imposición de una pena⁴⁴³.

III.2.- La vertiente procesal de la presunción de inocencia. Más allá de parciales y fragmentadas presunciones legales

Además del contenido sustantivo, la presunción de inocencia tiene una vertiente estrictamente procesal, siendo hasta ahora la más relevante y desarrollada tanto doctrinal como jurisprudencialmente. Pero paradójicamente, lo primero que hay que señalar es que la presunción de inocencia en su sentido clásico no es una auténtica presunción. Ciertamente, a pesar de que su vertiente procesal de forma insistente se ha considerado una presunción *iuris tantum*⁴⁴⁴, no lo es. Las presunciones infieren un hecho a partir de otro, pero éste no es el operar de la presunción de inocencia, ya que en realidad se configura como una *verdad interina* (la inocencia) en tanto en cuanto no queda acreditado un hecho que la contradiga. Tampoco es posible justificar que la inocencia opere como el hecho previo sobre el que se sustenta la relación de inferencia propia de la presunción, porque a partir de una calificación de inocencia nunca se podrá deducir una culpabilidad⁴⁴⁵.

⁴⁴² Por ello, el artículo 34 CEDH hace referencia a la competencia del TEDH en caso de lesiones individuales producidas por *las Altas Partes Contratantes*.

⁴⁴³ En sentido contrario, entendiendo que la presunción de inocencia entra en juego únicamente en el procedimiento de revisión de la sanción, véase SEMPERE NAVARRO, A.V. *Op.cit.*, p. 61. Según este autor, su concurrencia en este trámite conduciría a que el acto sancionador ejecutado sin actividad probatoria interna de la empresa, sin haberle permitido realizar alegaciones, o sin llegar a la convicción de la gravedad de las imputaciones, no se reputaría contrario a la presunción de inocencia. Ello sin perjuicio de que la prueba pudiera practicarse en el posterior procedimiento judicial, existiendo una mínima actividad probatoria suficiente y de cargo con las garantías legales, que de no verificarse en este momento, conduciría a la declaración de nulidad de las sanciones.

⁴⁴⁴ SSTC 36/1983, de 11 de mayo, FJ 2; 107/1983, de 29 de noviembre, FJ 2; 17/1984, de 7 de febrero, FJ 3; 17/2002, de 28 de enero, FJ 2. Doctrinalmente, en el ámbito laboral, véase TERRADILLOS ORMAETXEA, E. *El poder disciplinario empresarial. Principios y garantías*, Tirant lo Blanch, 2004, p. 109.

⁴⁴⁵ VÁZQUEZ SOTELO, J.L. *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal (estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español)*, Bosch,

Dentro de la particular figura jurídica que es la presunción de inocencia podemos encontrar varias manifestaciones acuñadas en el ámbito jurídico-público: la presunción de inocencia como principio informador de la normativa procesal y como regla probatoria. Además, junto a ella se sitúa el principio *in dubio pro reo*, que opera en relación a la valoración probatoria y también analizaremos por su especial conexión con esta garantía.

Ante todo, el principio de presunción de inocencia es un criterio informador del ordenamiento procesal⁴⁴⁶, lo que implica que condiciona la interpretación de las normas vigentes en el equilibrio que se manifiesta entre el interés estatal en la represión de los actos antijurídicos y el interés individual del encausado⁴⁴⁷. Esta manifestación tendrá cierta importancia a la hora de analizar su contenido y trasladarlo al ámbito laboral, como consecuencia de la escasa regulación jurídico-positiva. Pero la mayor parte de la problemática procesal de la presunción de inocencia se concentra en su operatividad como regla probatoria. Antes de entrar en su análisis pormenorizado conviene precisar que la implantación del principio de presunción de inocencia en la relación de trabajo hace que esta garantía pierda su calificativo de *procesal*, como consecuencia del diferente *iter* que se debe seguir en cada sector del ordenamiento jurídico para la imposición de la sanción. En las sanciones públicas, donde tradicionalmente se vienen aplicando, la sanción es impuesta en el propio proceso judicial (procesal), mientras que en las sanciones de ámbito privado la sanción se impone por voluntad unilateral de la parte situada en posición de supremacía (en nuestro caso, el empleador) y el procedimiento judicial entra en juego en una fase posterior, en la fase de revisión de esa sanción. Por tanto, las garantías que rodean la posición jurídica del particular en el momento del juicio deberán trasladarse, con las

1984, pp. 273 y ss; MONTAÑÉS PARDO, M.A. *Op.cit.*, p. 44; PEDRAJAS MORENO, A. *Op.cit.*, p. 315; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. *Op.cit.*, p. 44. En el mismo sentido, resaltando la falta de necesidad de acreditación de un hecho base, reconduciéndolas a simples alteraciones en la carga de la prueba, ROMERO ARIAS, E. *La presunción de inocencia. Estudio de alguna de las consecuencias de la constitucionalización de este Derecho fundamental*, Aranzadi, 1985, p. 46; ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P. *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*, Comares, 2007, pp. 52 y ss. En un sentido similar, aunque calificándolo como “presunción constitucional” y únicamente alejándolo de las presunciones civiles, véase BELDA PÉREZ-PEDRERO, E. *Op.cit.*, p. 182.

⁴⁴⁶ SSTC 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 1; 137/1988, de 7 de julio, FJ 1; 51/1995, de 23 de febrero, FJ 2; 68/2002, de 21 de marzo, FJ 6; 25/2003, de 10 de febrero, FJ 3.

⁴⁴⁷ SSTC 56/1982, de 26 de julio, FJ 3; 201/2012, de 12 de noviembre, FJ 4. Refiriendo al conflicto de intereses, véase FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. *Op.cit.*, p. 120.

adecuadas matizaciones, a una fase prejudicial, al momento de imposición de la sanción por la parte empresarial que no es estrictamente procedimental.

Expuestas estas precisiones, procedemos a continuación a exponer el contenido de la presunción de inocencia como regla probatoria en el Derecho público, para después hacer el ejercicio de adaptación de su contenido a la relación laboral.

III.2.A.- La presunción de inocencia como regla probatoria en Derecho público. Una mirada a su plena operatividad

La presunción de inocencia como regla probatoria implica que el particular no puede ser condenado sin la existencia de pruebas de cargo válidas. Esto es, *prima facie* se presume la inocencia del particular (verdad interina), y posteriormente esta presunción puede desvirtuarse mediante una verdadera actividad probatoria a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones⁴⁴⁸, estableciendo su culpabilidad más allá de toda duda razonable⁴⁴⁹. Muy relevante es señalar que el estándar probatorio no debe considerarse *mínimo* o *suficiente*, sino que se requiere la presencia de verdaderos actos de prueba⁴⁵⁰, lo que nos aleja de una valoración cuantitativa de la prueba practicada situándonos ante el modo en que se ha practicado, al exigirse que el verdadero acto probatorio respete la legalidad vigente, sea practicados en el acto de juicio oral⁴⁵¹, y valorada conforme a las reglas de la lógica y la experiencia⁴⁵².

Estas rígidas exigencias probatorias se matizan al ser trasladadas al ámbito administrativo sancionador, donde se flexibilizan parcialmente ya que el contenido

⁴⁴⁸ Sobre la aportación de la prueba por la parte acusadora, SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 8; 138/1992, de 13 de octubre, FJ 1; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3.

⁴⁴⁹ STC 124/2000, de 16 de mayo, FJ 9; 124/2001, de 4 de junio, FJ 9; 17/2002, de 28 de enero, FJ 2.

⁴⁵⁰ SSTC 111/1999, de 14 de junio, FJ 2; 171/2000, de 26 de junio, FJ 2; 17/2002, de 28 de enero, FJ 2.

⁴⁵¹ Salvo algunas excepciones como la prueba anticipada y preconstituida, tal como señala, a efectos ilustrativos, la STC 303/1993, de 25 de octubre, en su FJ 3.

⁴⁵² SSTC 124/2000, de 16 de mayo, FJ 9; 126/2000, de 16 de mayo, FJ 12; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 9; 124/2001, de 4 de junio, FJ 9; 222/2001, de 5 de noviembre, FJ 3; 17/2002, de 28 de enero, FJ 2; 123/2002, de 20 de mayo, FJ 9; 137/2002, de 3 de junio, FJ 5; 147/2002, de 15 de julio, FJ 5; 180/2002, de 14 de octubre, FJ 3; 219/2002, de 25 de noviembre, FJ 2; 43/2003, de 3 de marzo, FJ 4; 56/2003, de 24 de marzo, FJ 5; 347/2006, de 11 de diciembre, FJ 4; 108/2009, de 11 de mayo, FJ 4; 125/2017, de 13 de noviembre, FJ 9. En el ámbito doctrinal, el contenido de la presunción de inocencia tratado hasta este momento se suele tratar de forma conjunta, tal como puede verse en JAÉN VALLEJO, M. *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, Akal/Iure, 1987, pp. 23 y ss; MONTAÑÉS PARDO, M.A. *Op.cit*, pp. 41-43.

material debe adaptarse a la relación jurídica administrativa⁴⁵³. Así, basta que la prueba sea viable tanto por sus condiciones subjetivas (imparcialidad del sujeto que practica la prueba) y objetivas (credibilidad a la luz de su forma y contenido) para permitir la adecuada contradicción del particular, de tal suerte que la prueba acceda de forma constitucionalmente válida al procedimiento sancionador⁴⁵⁴.

Especialmente reseñable es que, tanto en el ámbito penal como en el administrativo sancionador, la prueba deba ser considerada *de cargo*, lo que implica que deben ser objeto de prueba todas las circunstancias de la conducta sancionable, tanto en sus elementos objetivos como los subjetivos⁴⁵⁵. Dada la dificultad de la prueba de estos elementos (especialmente los subjetivos), la jurisprudencia constitucional ha afirmado que tales circunstancias deben probarse indiciariamente a partir de un elenco de datos objetivos desde los que se desprendan, mediante una argumentación lógica y razonable⁴⁵⁶. Ahora bien, ello no implica que el acusado se encuentre libre de toda prueba. Muy al contrario, una vez que la parte acusadora ha introducido indicios de su culpabilidad, corresponderá al acusado alegar y probar todo lo que a su derecho convenga, llevando a cabo una actitud activa en su defensa. Esta defensa activa se puede llevar a cabo introduciendo hechos alternativos que desvirtúen lo probado por la contraparte, o bien introduciendo nueva prueba que niegue tales acusaciones⁴⁵⁷.

Para finalizar este breve estudio de la presunción de inocencia en el ámbito jurídico-público, conviene señalar que resulta admisible la prueba de indicios, si bien se encuentra sometida a ciertas exigencias y requisitos que son parcialmente reiterativos respecto a los

⁴⁵³ STC 45/1997, de 11 de marzo, FJ 4. Véase también MONTAÑÉS PARDO, M.A. *Op.cit.*, p. 53.

⁴⁵⁴ STC 161/2016, de 3 de octubre, FJ 4.

⁴⁵⁵ SSTC 127/1990, de 5 de julio, FJ 4; 222/2001, de 5 de noviembre, FJ 3; 108/2009, de 11 de mayo, FJ 4.

⁴⁵⁶ STC 340/2006, de 11 de diciembre, FJ 2. En un sentido similar, exigiendo que la prueba respete las garantías probatorias, que la inferencia mediante la que se declara probado el hecho sea razonable, y que se motive el resultado de la valoración probatoria, véanse las SSTC 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 340/2006, de 11 de diciembre, FJ 2; 43/2007, de 26 de febrero, FJ 7; 196/2007, de 11 de septiembre, FJ 5; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3; 109/2009, de 11 de mayo, FJ 3; 143/2009, de 15 de junio, FJ 3; 26/2010, de 27 de abril, FJ 6; 68/2010, de 18 de octubre, FJ 4; 107/2011, de 20 de junio, FJ 4; 111/2011, de 4 de julio, FJ 6; 22/2013, de 31 de enero, FJ 5; 112/2015, de 8 de junio, FJ 7; 138/2016, de 18 de julio, FJ 4.

⁴⁵⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. *Op.cit.*, pp. 283 y 284.

generales para entender acreditada la prueba directa⁴⁵⁸. Estas exigencias pueden ir dirigidas a valorar la veracidad del hecho a partir del cual se entiende indiciariamente acreditada la conducta sancionable; o bien, a versar sobre la suficiencia probatoria para su válida consideración como prueba de cargo. En lo que respecta a la veracidad del hecho base, jurisprudencialmente se requiere que el indicio se encuentre plenamente probado, evitando que se construya sobre meras sospechas, así como que exista una pluralidad de ellos. Del mismo modo, se exige que todos los indicios aportados se encuentren interrelacionados y relacionados con el resto de los hechos objeto de prueba, de tal forma que pueda realizarse una deducción lógica de la existencia de la conducta punible a partir de ellos⁴⁵⁹.

Sobre la suficiencia probatoria necesaria para considerar la prueba de indicios como una prueba de cargo también concurren varios requisitos: el primero de ellos es que medie una máxima de experiencia entre la conclusión alcanzada y el hecho base de la inferencia, de tal forma que con una máxima de experiencia basada en conocimientos generales o científicos y con indicios tenidos por ciertos, la inferencia probatoria será positiva. A pesar de lo llamativo de esta exigencia, no aporta novedad alguna respecto a la prueba directa, porque también allí se requiere una necesaria conexión entre la prueba y la conclusión alcanzada, siendo evidentes las similitudes entre los dos sistemas⁴⁶⁰. En todo caso, también será necesario que no existan máximas de experiencia igualmente fundadas que apunten en sentido contrario permitiendo inferir hipótesis alternativas. Y finalmente, será preciso que la conclusión obtenida no contradiga otros hechos probados por medios de prueba alternativos con suficiente fuerza de convicción⁴⁶¹.

Rodeada de todas estas exigencias es donde la presunción de inocencia despliega su efecto, teniendo en cuenta la trascendental importancia que tiene en el marco del

⁴⁵⁸ Estos requisitos se encuentran brillantemente sistematizados y analizados en PASTOR ALCOY, F. *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Tirant lo Blanch, 2003. Véanse también, amén de la jurisprudencia constitucional citada, JAÉN VALLEJO, M. *Op.cit*, pp. 53 y ss; MONTAÑÉS PARDO, M.A. *Op.cit*, pp. 105 y ss; CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. *La garantía constitucional de la inocencia*, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 241-242; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. *Op.cit*, p. 257.

⁴⁵⁹ Por todas, SSTS de 29 de enero de 2003 (rec. 2148/2001), FJ 6; de 16 de marzo de 2004 (rec. 1421/2002), FJ 6; de 24 de mayo de 2017 (rec. 2336/2016), FJ 1.

⁴⁶⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. *Op.cit*, p. 261.

⁴⁶¹ *Ídem*. Véanse también las pp. 262 y 263.

procedimiento penal. Precisamente por ello, cuando se considere que la sentencia debe ser condenatoria será preciso que el juez despliegue un especial esfuerzo argumentativo, una motivación reforzada en lo relativo a la prueba. Si bien con carácter ordinario la falta de motivación puede conducir a la vulneración del Derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), este simple estándar de motivación no nos sirve ante la presunción de inocencia. En estas situaciones se exige una explicación reforzada de los fundamentos probatorios del relato fáctico para individualizar el caso y posibilitar la subsunción en la norma jurídica⁴⁶².

III.2.B.- La presunción de inocencia como regla probatoria en el ámbito privado. La ineludible procedimentalización adicional de la sanción y otras garantías conexas

Algunas manifestaciones de la presunción de inocencia han sido adecuadamente recogidas en la ley, lo que ha dificultado su anclaje y adecuado tratamiento, ya que el mismo contenido ha sido ofrecido desde un punto de vista estrictamente legal interfiriendo con la directa aplicación del Derecho fundamental⁴⁶³. Estas manifestaciones legales versan sobre la procedimentalización judicial a la hora de la impugnación de la sanción, y más concretamente, sobre el tratamiento de los hechos y la carga de la prueba que se produce en este momento.

Así, podemos encontrar un cierto sustrato de la presunción de inocencia interrelacionada en dos momentos diferentes: tanto en el momento de imposición de la sanción, como en el momento de su revisión judicial, en virtud de los artículos 55.1 ET y 104.b LRJS (para el caso de despido disciplinario), y 58.2 ET y 114.3 LRJS (para el resto de sanciones). Según estos preceptos, en el acto del juicio oral el trabajador únicamente debe defenderse ante incumplimientos que hayan sido previamente alegados y probados por la parte empresarial al momento de imponer la sanción⁴⁶⁴, hechos que centrarán el

⁴⁶² STC 22/2013, de 31 de enero, FJ 5. Si bien esta resolución hace referencia también a otros Derechos fundamentales que también pueden verse vulnerados por la falta de motivación, que son los lesionados con la imposición de la pena (en el caso de la pena de prisión, el Derecho fundamental a la libertad ex art. 17 CE), esta argumentación se hace a mayor abundamiento, sin que la restricción a la libertad personal o a otro Derecho fundamental justifique el canon (aún más) reforzado de motivación, bastando la vulneración de la presunción de inocencia.

⁴⁶³ Así se pronuncia GODÍNEZ VARGAS, A. *Op.cit*, p. 347. Una apreciación similar se puede encontrar en ELÍAS MONDEJA, A. “La presunción de inocencia en el Derecho laboral”, *Revista General de Derecho*, Augusto Vicente y Almela, nº 576, 1992, p. 8168.

⁴⁶⁴ En virtud de los artículos 105.1 LRJS (para despidos disciplinarios), y 114.3 LRJS (para el resto de sanciones). En este sentido, por todos, TERRADILLOS ORMAETXEA, E. *Op.cit*, p. 109; FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. *Poder disciplinario empresarial y proceso especial de*

objeto del debate del juicio oral en caso de que la misma sea impugnada. De esta forma, en el posterior proceso judicial al trabajador le bastará negar la imputación fáctica contenida en la carta, trasladando la obligación probatoria al empleador⁴⁶⁵.

Del mismo modo, también en el proceso judicial nos encontramos con una inversión de las posiciones procesales de las partes, donde podemos hallar otra plasmación (siquiera parcial) del principio de presunción de inocencia. Quien primero alega sobre el fondo será siempre quien ha impuesto la sanción: la parte demandada. Nótese que esta inversión no queda contradicha por la necesidad de ratificación inicial de la demanda, porque la ratificación se entenderá cumplida indicando, únicamente, que se mantiene procesalmente el contenido del escrito de demanda⁴⁶⁶. Pero podemos ir incluso un paso más allá, dudando de que en realidad nos encontremos ante una auténtica inversión de las posiciones procesales. Y es que lo que la normativa procesal plasma no es más que una adecuación a la naturaleza del objeto del procedimiento, una adaptación del juicio a la naturaleza sancionadora de su objeto, de tal forma que corresponde a quien pretende lograr su imposición llevar a cabo un papel activo en él⁴⁶⁷, en línea con el carácter de *verdad interina* que reviste la presunción de inocencia.

Precisamente, el hecho de operar con este *iter* implica un alejamiento del mecanismo de rescisión contractual para entrar en el ámbito estrictamente sancionador⁴⁶⁸,

impugnación de sanciones, Consejo Económico y Social del Principado de Asturias, 2005, pp. 115 y 116; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. *Op.cit*, p. 46. Nótese que la desconexión de estos preceptos respecto al Derecho fundamental a la presunción de inocencia supone una desconstitucionalización injustificada, tal como se pone de manifiesto en MOLINA NAVARRETE, C; OLARTE ENCABO, S. *Op.cit*, p. 382.

⁴⁶⁵ Esta carga probatoria no operará cuando la alegación del trabajador se aleja del foco de la propia carta, como ocurre cuando se alega, por ejemplo, la prescripción de la sanción. En tal sentido, GODÍNEZ VARGAS, A. *Op.cit*, p. 344. Véase también PEDRAJAS MORENO, A. *Op.cit*, p. 338.

⁴⁶⁶ PEDRAJAS MORENO, A. *Op.cit*, p. 339.

⁴⁶⁷ *Ídem*, p. 341. En las pp. 246 y 247, el autor achaca a estas normas cierta confusión judicial a la hora de analizar el principio de presunción de inocencia en el ámbito social. A la luz del análisis jurisprudencial que lleva a cabo, concluye que las normas sobre distribución de la carga de la prueba son consecuencia de la previa jurisprudencia que aplicaba previamente estas normas como una manifestación de tal principio que, sin embargo, dejaba sin aplicar el resto de sus posibles manifestaciones. Posteriormente, cuando el Tribunal Constitucional inicia la línea jurisprudencial restrictiva de la aplicación del principio de presunción de inocencia y el Tribunal Supremo la asume, afirma con carácter reiterado que su contenido queda ya salvaguardado por estas normas, dejando de lado el resto de vertientes del principio de presunción de inocencia que nunca llegaron a consagrarse en una norma legal.

⁴⁶⁸ PEDRAJAS MORENO, A. *Op.cit*, p. 267; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. *Op.cit*, p. 47.

ya que este proceder no se adecúa a los mecanismos propios del régimen jurídico civil⁴⁶⁹. En efecto, mientras el régimen probatorio civil no se ocupa más que de una forma mínima de la distribución de los riesgos de errores probatorios en el momento en que todas las hipótesis tienen la misma probabilidad de reputarse válidas o falsas, el régimen sancionador otorga un régimen de distribución de los riesgos más desarrollado al exigir a la parte más fuerte en la relación la satisfacción de alguna exigencia probatoria adicional, sin limitarse a confirmar la hipótesis más plausible⁴⁷⁰. Por ello, conviene rechazar las posiciones doctrinales que sostienen la innecesariedad de la (así denominada) inversión de las posiciones procesales de las partes en el ámbito laboral, innecesariedad que se sustentaría en el hecho de que ya el régimen civil cuenta con las reglas de distribución de la carga de la prueba que tienen un contenido similar. Pero el artículo 217.1 CC no se adecúa al carácter sancionador del despido al tener como fundamento el principio de *non liquet*⁴⁷¹; esto es, una regla cuyo objetivo reside simplemente en verificar a quién le debe perjudicar la inexistencia de un hecho⁴⁷² sin ofrecer un mecanismo reforzado de distribución del error probatorio a la parte más débil de la relación. En pocas palabras, el artículo 217.1 LEC no consagra un mecanismo sancionador sino un sistema de distribución civil, por más que en ocasiones el resultado práctico pueda ser el mismo en ambos casos.

Por otro lado, este mecanismo de imputación de los hechos (junto con la carga de su adecuada prueba) tiene reflejo en el mismo momento de la imposición de la sanción, porque la posibilidad de revocación judicial en un trámite posterior hace que la carga que

⁴⁶⁹ Véase SEMPERE NAVARRO, A.V. *Op.cit.*, p. 65, haciendo referencia a que tampoco se adecúa de forma completa al mecanismo sancionador público.

⁴⁷⁰ Diferenciando ambos sistemas, véase BAYÓN MOHÍNO, J.C. “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, *Análisi e Diritto*, Marcial Pons, 2008, pp. 23 y 24.

⁴⁷¹ Haciendo mención al ya derogado artículo 1214 CC, véanse PEDRAJAS MORENO, A. *Op.cit.*, pp. 343 y 344; MOLINA NAVARRETE, C. *Op.cit.*, p. 121.

⁴⁷² Por todas, SSTS de 9 de mayo de 2013 (rec. 485/2012), FJ 4.2; de 3 de noviembre de 2016 (rec. 725/2014), FJ 3; de 10 de enero de 2017 (rec. 1760/2013), FJ 5; de 13 de marzo de 2017 (rec. 778/2014), FJ 2; de 21 de marzo de 2017 (rec. 2391/2014), FJ 3. En líneas generales, la falta de acreditación de un hecho perjudicará a la parte que haya sustentado sus pretensiones sobre él, si bien esta afirmación debe ser objeto de matización, habida cuenta de que el tribunal, en atención a la facilidad probatoria de la que disponga cada parte, puede decidir que la parte perjudicada será la contraria (art. 217.7 LEC). Esta flexibilización de las reglas tradicionales sobre distribución de la carga de la prueba no son más que la consagración legal de la jurisprudencia que aplicaba el artículo 1214 del Código Civil con anterioridad a la promulgación de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, que deroga aquél precepto. En tal sentido, véase SALAS CARCELLER, A. “La carga de la prueba en el nuevo proceso civil. La derogación del artículo 1214 del Código Civil”, *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, Aranzadi, nº 27/2001 (versión online), p. 3.

el empleador sufre en el momento del juicio oral se origine en el momento inicial de sancionar. La imputación de los hechos, por tanto, tiene una importancia central porque su inicial delimitación determinará el éxito o el fracaso de la sanción en caso de impugnación judicial. Sin embargo, su contenido no se agota en estas manifestaciones legales, sino que engloba un espacio autónomo que irradia directamente del Derecho fundamental, si bien matizándose en atención a la relación jurídica a la que se pretende aplicar. Y ello tendrá efectos a la hora de estudiar su adecuada salvaguarda en el interior del ámbito empresarial.

Así es. También en el seno de la empresa se debe salvaguardar la presunción de inocencia, teniendo en cuenta que su contenido debe ser similar al que se aplica en el ejercicio más leve del *ius puniendi*: el ámbito administrativo sancionador. Ahora bien, este contenido debe adaptarse a la propia relación jurídica privada, lo que hace que en el momento de imposición de la sanción por el empleador se practique una mínima prueba viable únicamente desde un punto de vista objetivo, esto es, creíble en su forma y contenido como para permitir la adecuada contradicción y que sirva de base a la sanción impuesta, motivándose adecuadamente. La viabilidad subjetiva no resulta admisible porque no se ajusta a la relación privada. Tal como vimos, se trata de un requisito que hace referencia a la imparcialidad del sujeto que impone la sanción, y en el ámbito privado éste será siempre una de las partes de la propia relación laboral.

La exigencia de práctica de una mínima prueba pasa ineludiblemente por una procedimentalización adicional del despido⁴⁷³, porque es la única forma de reforzar la garantía de los trabajadores en el ámbito del poder disciplinario del empleador, caracterizado por la unilateralidad en su imposición. Esta procedimentalización difiere de la exigencia formal de entrega de la notificación escrita expresando la causa -requisito que, como es sabido, es el previsto por nuestra normativa laboral con carácter general (arts. 55.1 y 58.2 ET)-, habida cuenta de que en esta situación la decisión sancionadora ya se ha adoptado, sirviendo únicamente para que el trabajador pueda defenderse, pero sin que el empleador pueda reconsiderar su decisión una vez haya oído al trabajador⁴⁷⁴.

⁴⁷³ Procedimentalización reducida en la normativa española que desemboca en una alta judicialización, habida cuenta de que estos dos fenómenos se comportan como vasos comunicantes. En este sentido, PEDRAJAS MORENO, A. *Op.cit.*, pp. 279 y 280.

⁴⁷⁴ PEDRAJAS MORENO, A. *Op.cit.*, p. 281.

La procedimentalización propuesta consistiría, pues, en una exigencia de llamar a audiencia al trabajador con anterioridad a la imposición de la sanción, tal como ocurre en la normativa italiana mediante el trámite de la *contestazione*⁴⁷⁵. A través de este sistema se garantizaría el derecho a ser oído y la contradicción del trabajador⁴⁷⁶, exigencias que entroncan con el derecho de defensa del empleado⁴⁷⁷. Nótese que no estamos hablando de una audiencia previa, sino simplemente de la concesión de una oportunidad para que el trabajador pueda explicarse, de tal forma que si éste omite el requerimiento siendo su elección aceptar la sanción o supeditar el litigio al posterior procedimiento judicial, pueda hacerlo. Pero si el trabajador acepta el sometimiento a este trámite, en él deberá practicarse la prueba de la que se pretenda valer el empleador, lo que conecta de forma directa con la presunción de inocencia en su vertiente de una exigencia probatoria con carácter mínimo.

De hecho, una modificación legislativa análoga a la aquí planteada resulta obligatoria por los acuerdos internacionales suscritos por España, habida cuenta de su valor suprallegal (aunque infraconstitucional) que ostentan por virtud del último inciso del artículo 96.1 CE⁴⁷⁸. Más concretamente, dado lo previsto en el artículo 7 del Convenio 158 OIT, que establece la necesidad de que el trabajador pueda defenderse de los motivos

⁴⁷⁵ Artículo 7 *Statuto dei lavoratori*, segundo párrafo. En el quinto párrafo del mismo artículo se reafirma la finalidad pacificadora y conciliadora de este trámite, tendente a no adoptar decisiones “en caliente”, sino tras un periodo reflexivo habiendo oído al trabajador, afirmando que la imposición de la sanción (siempre que sea más grave que la amonestación verbal) deberá realizarse en el plazo de cinco días desde la llamada a audiencia. Aun así, es posible despedir antes del transcurso de este plazo de cinco días siempre que al trabajador se le haya dado la oportunidad de defenderse, ya que el plazo tiene como objetivo principal posibilitar la defensa del trabajador, siendo su objetivo conciliador de carácter tangencial. En este sentido, MAINARDI, S. “Vecchie e nuove questioni in materia di procedimento disciplinare, titolarità del potere e termini a difesa”, *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, Giuffrè, nº 1, 2003, p. 96.

⁴⁷⁶ Compartiendo los mismos objetivos, si bien en relación a su propuesta de imposibilidad de imposición de la sanción sin ser declarada judicialmente, véase PEDRAJAS MORENO, A. *Op.cit.*, p. 282.

⁴⁷⁷ Tal como se ha puesto de manifiesto en el Derecho comparado. Véase MAINARDI, S. “Vecchie e nuove questioni...” *Op.cit.*, p. 93.

⁴⁷⁸ Se trata de una posición ya consagrada por virtud del artículo 31 Ley 25/2014, de 27 de noviembre. Sin embargo, se puede llegar a ella interpretando el propio texto constitucional. Y ello porque el artículo 96.1 CE establece que la normativa internacional incorporada al ordenamiento nacional no puede ser derogada sino de conformidad con el Derecho internacional, sin que pueda hacerlo de forma unilateral una disposición nacional, de donde cabe afirmar la primacía de los acuerdos internacionales. Así, ACOSTA ESTÉVEZ, J.B. *El sistema jurídico de la Organización Internacional del Trabajo y el Derecho español*, CEDECS, 1997, p. 222; ARIAS DOMÍNGUEZ, Á. *La acción normativa de la Organización Internacional del Trabajo*, Laborum, 2002, pp. 131-134.

del despido antes de que se produzca⁴⁷⁹. Ciertamente, al ser un acuerdo internacional suscrito por España y publicado en el BOE tiene plena vigencia en nuestro ordenamiento jurídico⁴⁸⁰, si bien su eficacia ha sido puesta en entredicho (e incluso negada jurisprudencialmente) por entender que carece de eficacia directa (carácter *self-executing*), tanto por cuestiones formales como materiales⁴⁸¹. Formalmente, porque el Convenio recoge una exigencia a la que debe darse efecto por medio de la legislación nacional, a no ser que se aplique por vía de contratos colectivos u otros medios en atención a la práctica nacional; y materialmente, porque su flexibilidad y carácter abierto permiten que se pueda desarrollar y concretar en sentidos diferentes, sin que se pueda entender que recoge una exigencia lo suficientemente precisa como para configurar un Derecho de los particulares⁴⁸².

La problemática formal viene muy marcada por el propio artículo 1 del Convenio, que consagra la necesidad de que el contenido del texto se lleve a efecto por instrumentos

⁴⁷⁹ Dejaremos de lado lo previsto en los artículos 6 a 13 de la Recomendación 166 OIT, porque si bien son normas que complementan las previstas en el Convenio 158, no crean obligaciones de forma directa sino que consagran de criterios orientativos y pautas interpretativas de los derechos una vez éstos han sido reconocidos, sin vincular directamente a los Estados parte, tal como establece el artículo 19.6.d de la Constitución de la OIT. Véanse ACOSTA ESTÉVEZ, J.B. *Op.cit*, p. 107; ARIAS DOMÍNGUEZ, Á. *Op.cit*, pp. 76-80.

⁴⁸⁰ Artículo 23 Ley 25/2014, de 27 de noviembre. En efecto, una vez ha sido publicado, el Convenio de la OIT forma parte del ordenamiento jurídico, en virtud del sistema monista de recepción automática previsto en los artículos 96 CE y 1.5 CC. Con todo, hay que señalar que la basta la ratificación del tratado internacional para entender válida su incorporación al ámbito nacional, porque el acto de publicación es un acto administrativo interno que únicamente hace que el Tratado sea aplicable de forma directa, de oficio, por parte del órgano judicial. Véanse ACOSTA ESTÉVEZ, J.B. *Op.cit*, p. 219; ARIAS DOMÍNGUEZ, Á. *Op.cit*, p. 98.

⁴⁸¹ Distinción trazada en ALONSO OLEA, M. “Sobre la forma del despido en relación con el Convenio (de la OIT, núm. 158, Ginebra, 1982), sobre la terminación de la relación de trabajo”, *Documentación Laboral*, ACARL, nº 20, 1986, p. 45. La falta de aplicabilidad directa por estos motivos se establece como excepción a la regla general contenida en el artículo 30.1 Ley 25/2014, de 27 de noviembre.

⁴⁸² Ambas problemáticas tratadas conjuntamente se pueden encontrar en la jurisprudencia nacional. Por todas, SSTs de 4 de noviembre de 1987, Pte. Excmo. Sr. D. José Lorca García, FJ 3; de 5 de noviembre de 1987, Pte. Excmo. Sr. D. José Díaz Buisén, FJ 2; de 31 de enero de 1990, Pte. Excmo. Sr. D. José María Álvarez de Miranda y Torres, FJ 3. Véanse también MIÑAMBRES PUIG, C. “El despido disciplinario verbal y el Convenio número 158 de la OIT” en AAVV. (coord. GÁRATE CASTRO, J). *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor honoris causa por la Universidad Santiago de Compostela*, Universidad Santiago de Compostela, 1997, pp. 99-103; FALGUERA BARÓ, M.Á. “La normativa de la OIT y su translación en el ordenamiento interno por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Algunas reflexiones de futuro tras la última reforma laboral”, *Lex Social: revista de los Derechos sociales*, Universidad Pablo de Olavide, vol. 6, nº 1, 2016, pp. 59 y 60.

jurídicos nacionales⁴⁸³. Pero al contrario de lo que se ha entendido de forma mayoritaria, este precepto no exige que las garantías contenidas en el Convenio sean expresamente recogidas por la legislación nacional, sino que se configura como una reiteración de la obligación subsidiaria que tiene el Estado por virtud del artículo 19.5.d de la Constitución de la OIT, consistente en regular todos los Convenios de la OIT vía legislativa si no se hace por otros medios. En fin, el artículo 1 del Convenio 158 no condiciona la validez del texto a la formal consagración de cada garantía en el ordenamiento jurídico interno. El propio derecho, la garantía material, se reconoce por virtud del texto supranacional, pero su desarrollo y concreción queda en manos del ordenamiento nacional, que deberá establecerlos legislativamente si no revisten operatividad por otras vías como consecuencia de la flexibilidad de la que deben disfrutar estos instrumentos al ser aplicados a países de tan diferentes culturas jurídicas⁴⁸⁴.

La problemática material tiene que ver con la redacción del propio artículo 7 del Convenio. Y ello porque condición indispensable para que el Convenio tenga aplicabilidad directa es que reconozca un derecho a los ciudadanos, que les ofrezca una garantía sin necesidad de que el Estado la concrete. Ello ha llevado a doctrina y jurisprudencia a entender que el texto del controvertido artículo 7, tal como está redactado, necesita de concreción en el ámbito nacional y en consecuencia resulta inviable

⁴⁸³ Además de las fuentes contenidas en la anterior nota al pie, puede verse este argumento en ALONSO OLEA, M. *Op.cit.*, p. 45; SAN PEDRO CORRAL, M. “Convenio 158 de la OIT: comentario a los artículos 1 y 7”, *Actualidad Laboral*, La Ley, nº 5, 1987, pp. 243-244. SEMPERE NAVARRO, A.V. “Sobre la OIT y su acción normativa”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Aranzadi, nº 15, 2002 (versión online), p. 3.

⁴⁸⁴ Así queda expresamente previsto en los trabajos preparatorios del Convenio 158; más concretamente, en la respuesta de la Oficina Internacional del Trabajo a las observaciones de los diferentes gobiernos, tal como se puede consultar en CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe V (2) Terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1982, pp. 11-12. De este informe se hace eco la doctrina en GALIANA MORENO, J.M. “El Convenio nº 158 de la OIT y su incidencia en los despidos individuales”, *Revista jurídica de la Región de Murcia*, nº 4, 1986, p. 104. Pero incluso podemos afirmar que en idéntico sentido se pronuncian los diversos informes interpretativos del Convenio 158 OIT, pudiendo citarse CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Protección contra el despido injustificado*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1995, pp. 3, y 10 y ss (parágrafos, 5, 23 y ss); ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Nota sobre el Convenio número 158 y la Recomendación número 166 sobre la terminación de la relación de trabajo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009, p. 4. Téngase en cuenta que estos instrumentos interpretativos, si bien quedan supeditados al pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia, introducen interpretaciones de valor reforzado que suelen tomar en consideración los tribunales internacionales, habida cuenta de su experiencia e imparcialidad. Así se afirma en GONZÁLEZ DE RIVERA I SERRA, X. “Conversaciones entre la norma internacional y la norma interna: la aplicación por los órganos judiciales” en FARGAS FERNÁNDEZ, J (coord.) *Los derechos laborales desde la perspectiva de la teoría general del contrato y de la normativa internacional*, Huygens, 2016, p. 98.

sostener que crea un derecho para los particulares⁴⁸⁵. Sin embargo, el tenor literal del precepto es claro al sostener la *llamada a audiencia* del trabajador (sin necesidad de establecer un trámite de audiencia en sentido estricto) con carácter previo al despido, que será llevado a efecto en función del sistema jurídico nacional que en cada caso resulte aplicable. De forma similar a lo que acontece en la problemática formal, la garantía supranacional queda correctamente establecida, pero dada la flexibilidad necesaria de todo instrumento internacional los pormenores de este instituto quedan a cargo de cada Estado. No sólo se pronuncian en este sentido los trabajos preparatorios⁴⁸⁶ y demás instrumentos internacionales de interpretación del Convenio⁴⁸⁷, sino que también podemos llegar a la misma conclusión a la luz del informe sobre la reclamación por incumplimiento del Convenio interpuesta contra Francia⁴⁸⁸.

Por lo demás, independientemente de la problemática sobre el carácter *self-executing* del Convenio, existe otro argumento que utilizan la doctrina y jurisprudencia para afirmar que nuestro ordenamiento es plenamente respetuoso con los estándares internacionales. Este argumento hace referencia a que la normativa procesal ya concede

⁴⁸⁵ Véase la doctrina y jurisprudencia ya citada. Además, ocupándose de este problema por separado, pueden verse ALONSO OLEA, M. *Op.cit.*, p. 48; SAN PEDRO CORRAL, M. *Op.cit.*, p. 244; GARCÍA BECEDAS, G. “Los requisitos del despido disciplinario y el Convenio 158 de la OIT”, *Revista de Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, nº 85, 1987, pp. 87-88.

⁴⁸⁶ CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe V (2)*... *Op.cit.*, p. 28; ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Nota sobre*... *Op.cit.*, p. 10.

⁴⁸⁷ CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Protección contra*... *Op.cit.*, pp. 83 y ss.

⁴⁸⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Sexto informe complementario: informe del Comité encargado de examinar la reclamación por la que se alega el incumplimiento por Francia de los Convenios sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), y la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confédération générale du travail-Force ouvrière*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2007, p. 17. En este asunto, la CGT denunció a Francia por incumplir el artículo 4 del Convenio (terminación por justa causa) como consecuencia de la publicación de una norma que eliminaba algunas garantías inherentes al despido de forma temporal, incluyendo entre otras la entrevista previa al despido y la indicación de los motivos del despido en la notificación escrita. A la luz de esta norma, el Comité de expertos encargado de resolver la cuestión entendió que, efectivamente, la norma francesa infringía el artículo 4 del Convenio en relación con su artículo 7, al permitir (entre otras cuestiones) los trabajadores se ven privados de un procedimiento contradictorio previo al despido y pueden verse obligados a interponer acciones judiciales simplemente para saber por qué se les despide. Si bien el valor de esta resolución es mínimo, habida cuenta de las insalvables diferencias entre regímenes jurídicos, la resolución del Comité de expertos pone de manifiesto que el artículo 7 del Convenio reconoce una garantía directamente aplicable que no puede ser transgredida en el ámbito nacional, sin perjuicio de poder concretar sus pormenores y detalles con la flexibilidad necesaria en el ámbito interno.

adecuadas opciones de defensa al trabajador cuando impone un doble trámite de conciliación antes del juicio: el primero de carácter extrajudicial, y el segundo de naturaleza judicial⁴⁸⁹. Pero esta argumentación deja de lado el momento cronológico en que entra en juego la garantía supranacional. En efecto, el artículo 7 del Convenio es claro al afirmar que el trabajador debe tener oportunidad de defenderse *antes* del despido, y no después. Y poner el foco el momento en que tal exigencia entra en juego es importante, porque precisamente el objetivo de esta garantía es ofrecer la oportunidad de defensa con carácter previo al acto extintivo, a fin de que exista un diálogo entre las partes que ayude a clarificar los motivos en los que se sustenta el despido⁴⁹⁰.

En pocas palabras, podemos concluir que el artículo 7 del Convenio 158 OIT obliga a que el trabajador pueda ser oído con anterioridad a su despido, consagrando una garantía de aplicación directa que nuestro ordenamiento jurídico no respeta sin razón justificada para ello. En consecuencia, se hace ineludible una modificación en nuestra normativa laboral que la haga respetuosa con el contenido de la presunción de inocencia que opera en la relación de trabajo y, de paso, con los estándares internacionales en materia de extinción contractual. Y esta modificación consiste en la introducción del trámite de la *contestazione*, una llamada a audiencia del trabajador para que pueda defenderse. Con todo, para que podamos afirmar que esta garantía tiene una plena operatividad en el régimen disciplinario laboral hay que trazar dos precisiones importantes: de un lado, la posibilidad de que esta prueba sea de carácter indiciario; y de otro, la exigencia de que la

⁴⁸⁹ Además de las citadas fuentes, véase GALIANA MORENO, J.M. *Op.cit.*, pp. 106-108. Esta argumentación incluso aparece en la intervención de D. Roberto Suárez Santos en la reunión de expertos sobre el Convenio 158, donde intervenía como representante español de la parte patronal, en ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) y de la Recomendación correspondiente (núm. 166)*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2011, p. 20.

⁴⁹⁰ De nuevo, debemos traer a colación los trabajos preparatorios del Convenio 158, especialmente ilustrativos porque el Gobierno de Turquía pretendió suprimir el artículo precisamente por la posibilidad de defensa posterior con la que contaba el trabajador, siendo su alegación expresamente desestimada por la Oficina. Véase CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe V (2)...* *Op.cit.*, p. 27. Asimismo (y de nuevo) los instrumentos interpretativos del Convenio resultan muy clarificadores, toda vez que estudian la garantía en conexión a su finalidad, tal como puede verse en CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Protección contra...* *Op.cit.*, pp. 72-73 (parágrafos 148 y 150); ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Nota...* *Op.cit.*, p. 10. Asimismo, desde una perspectiva doctrinal pero con cierto valor reforzado por tratarse de una publicación de la propia OIT, véase SIMS, E. “Seguridad del empleo (terminación de la relación de trabajo)” en AAVV (dir. JAVILLIER, J.C). *Las normas internacionales del trabajo. Un enfoque global*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2002, p. 243. La misma apreciación doctrinal puede encontrarse en SAN PEDRO CORRAL, M. *Op.cit.*, p. 246; GIL Y GIL, J.L. *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 110-111.

prueba practicada sea conforme a la legalidad, que no se obtenga vulnerando un Derecho fundamental del trabajador.

III.2.B.1.- Admisibilidad de la prueba de indicios

Resulta discutible la posibilidad de que en el ámbito privado se admita la prueba de indicios, prueba que, tal como hemos sostenido en el epígrafe anterior, tiene plena operatividad en el ámbito jurídico-público. Pero en realidad estas pruebas no constituyen una suerte de modalidad probatoria independiente, sino que guardan evidentes similitudes con la prueba directa, diferenciándose de ellas únicamente en el número de inferencias a realizar, sin presentar diferencias cualitativas⁴⁹¹. Por ello, resulta evidente que estas pruebas también deben admitirse, si bien precisamente por la naturaleza privada de la relación, no puede justificarse que su admisibilidad derive de la prueba de indicios propia del ámbito penal, sino que encuentra su anclaje directo en el artículo 386.1 LEC, en relación a la exigencia de motivación prevista en los artículos 120.3 CE y 97.2 LRJS⁴⁹².

De esta forma, el empleador podrá imponer la sanción empresarial basándose en hechos indiciarios que sean pacíficos y objetivos, cuya certeza sea indiscutible, pero siempre que a partir de ellos se pueda inferir el incumplimiento del trabajador a través de un *enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano*, en palabras del propio artículo 386.1 LEC⁴⁹³. Este razonamiento nos permite abandonar los rígidos estándares probatorios propios del ejercicio del *ius puniendi* estatal, encaminándonos a otros más flexibles y acordes a la naturaleza privada de la sanción.

De nuevo, en este apartado del trabajo estamos aplicando un estándar pensado inicialmente para un proceso judicial a un particular, como es el empresario en el momento de imponer la sanción. Por eso conviene reiterar en este punto que este proceder

⁴⁹¹ BAYÓN MOHÍNO, J.C. *Op.cit.*, p. 18, tercera nota al pie. En un sentido similar, afirmando que ambas modalidades probatorias se expresan en términos probabilísticos, véase GASCÓN ABELLÁN, M. *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, 3ª edición, 2010, pp. 88 y ss. Por ello, la STS de 16 de marzo de 2004 (rec. 1421/2002), niega en su FJ 6 que la prueba directa per se otorgue un mayor grado de fiabilidad, contradiciendo lo señalado por la añeja STC 174/1985, de 17 de diciembre.

⁴⁹² Únicamente planteando la posibilidad de acudir a estos mecanismos, PEDRAJAS MORENO, A. *Op.cit.*, p. 351. El autor se muestra partidario de trasladar el estándar de admisibilidad propio del ámbito civil.

⁴⁹³ La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo también se acoge a este precepto a la hora de desarrollar la prueba indiciaria, pero junto a sus exigencias consagra otras, tal como expusimos anteriormente. Así se puede ver, por todas, en las SSTS (2ª) de 4 de junio de 2014 (rec. 2089/2013), FJ 1; de 31 de marzo de 2016 (rec. 1996/2015), FJ 3.

es plenamente consciente y voluntario, tanto por la posición prevalente del Derecho fundamental a la presunción de inocencia como por la intervención judicial que, en su caso, entra en juego con posterioridad a la imposición de la sanción. La presunción de inocencia como garantía constitucional obliga a que el empleador sancione con garantías probatorias, y éstas deben ser las que harían inválida la sanción en caso de impugnación judicial. Nada obsta, por tanto, a que se puedan cohonstar ambas exigencias trasladando el estándar judicial a quien, desde un principio, impone la sanción.

III.2.B.2.- La ineludible exigencia de legalidad probatoria

El mismo fenómeno de traslación a la relación jurídica privada se puede apreciar a la hora de estudiar la exigencia de que la prueba idónea para despedir respete la legalidad vigente. Este requisito viene previsto legalmente en el artículo 11.1 LOPJ⁴⁹⁴, que consagra la inadmisibilidad de toda prueba que lesione los Derechos fundamentales, como manifestación de su posición prevalente en nuestro ordenamiento jurídico⁴⁹⁵. Y precisamente debido a esa *ratio*, la inadmisibilidad de la prueba únicamente se produce cuando vulnera en sentido estricto un Derecho fundamental, y no ante otras vulneraciones de legalidad ordinaria, por más que pudieran anclarse al Derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)⁴⁹⁶.

Precisamente este anclaje con el Derecho fundamental es el que ha permitido al TEDH conocer de la invalidez de este tipo de pruebas a la luz de la garantía prevista en el artículo 6.1 CEDH. El TEDH entiende que la admisibilidad de la prueba es una cuestión de derecho interno que no le compete, motivo por el cual ciñe su análisis a una valoración global donde se analiza si el proceso judicial, en su conjunto, puede ser considerado *justo*, en cumplimiento del tenor literal del CEDH⁴⁹⁷. Con todo, a pesar de la aparente

⁴⁹⁴ Que tiene como antecedente directo la STC 114/1984, de 29 de noviembre.

⁴⁹⁵ Aunque se duda del anclaje constitucional de esta garantía, se entiende que es una manifestación procesal del principio de presunción de inocencia. En tal sentido, DÍAZ CABIALE, J.A; MARTÍN MORALES, R. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, 2001, p. 29.

⁴⁹⁶ STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 4. Doctrinalmente, DÍAZ CABIALE, J.A; MARTÍN MORALES, R. *Op.cit*, p. 70.

⁴⁹⁷ SSTDH *Schenk c. Suiza*, de 12 de julio de 1988, párrafo 46; *Mantovanelli c. Francia*, de 18 de marzo de 1997, párrafo 34; *Khan c. Reino Unido*, de 12 de mayo de 2000, párrafo 34; *Jalloh c. Alemania*, de 11 de julio de 2006, párrafos 94 y 95; *Heglas c. República Checa*, de 1 de marzo de 2007, párrafos 84 y 85; *Satik (II) c. Turquía*, de 8 de julio de 2008, párrafos 53 y 54; *Schatschaschwili c. Alemania*, de 15 de diciembre de 2015, párrafo 154.

flexibilidad con la que el TEDH valora la admisibilidad de la prueba lesiva de Derechos fundamentales, debe tenerse en cuenta que este estándar probatorio es un estándar *mínimo*, tal como consagra el artículo 53 CEDH y tal como establece expresamente la doctrina citada del TEDH, al reconducir la competencia de la admisibilidad de la prueba al Derecho nacional. Por ello, estos pronunciamientos no obstan a aplicar el estándar más garantista que rige en el ámbito interno.

Por tanto, habremos de acudir a la doctrina constitucional nacional para valorar cuándo una prueba puede ser considerada inválida por lesionar los Derechos fundamentales. Para ello, en obligada síntesis, se requiere una conexión de antijuridicidad entre la diligencia probatoria y la lesión del Derecho fundamental. Esta conexión es importante en los casos de prueba derivada (es decir, las pruebas obtenidas a partir de otra originaria, teniendo en cuenta que ésta se ha obtenido lesionando el derecho fundamental). En estos casos hay que valorar si la prueba derivada tiene cierto grado de independencia, o si depende de la principal por ser su única fuente de generación; esto es, si entre ambas existe una vinculación de modo directo e inmediato, valorado de acuerdo a dos parámetros complementarios: el primero de ellos, desde el punto de vista interno, que tiene en cuenta las características de la vulneración originaria, así como su resultado; y el segundo, desde un punto de vista externo, la necesidad de tutela en función del concreto derecho fundamental lesionado. Únicamente cuando ambos queden excluidos, a partir de una valoración concreta de la transgresión, ésta podrá considerarse legítima⁴⁹⁸.

IV.- Efectos de la vulneración del principio de presunción de inocencia y procedimentalización del conflicto

Las exigencias probatorias descritas hasta este punto tienen como finalidad dar por ciertos los hechos que justifican la sanción. Por ello, la infracción de la presunción de inocencia en el ámbito empresarial va directamente conectada a las exigencias formales de imposición de la sanción, y más concretamente, a la consagración de los hechos que la motivan⁴⁹⁹. En consecuencia, el estudio de las situaciones que pueden desembocar en una lesión de la presunción de inocencia resulta complejo, al mezclar cuestiones de

⁴⁹⁸ Por todas, véanse las SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 4; 49/1999, de 5 de abril, FJ 14; 8/2000, de 17 de enero, FJ 2.

⁴⁹⁹ Tal como se indicó en el capítulo anterior, toda sanción debe ser impuesta a través de una notificación escrita donde se indiquen los hechos de los que trae causa, salvo la sanción de carácter leve, ya que ésta es más una amenaza de sanción que una sanción en sí misma (*Vid.* Cap. III.III.4).

aportación probatoria con exigencias formales y con los Derechos fundamentales que subyacen a estas últimas.

Así, la primera situación que nos podemos encontrar es la falta absoluta de indicación de los hechos en la notificación sancionadora (o incluso, la total ausencia de tal notificación), y una descripción vaga e imprecisa de los mismos de tal magnitud que impida al trabajador tener un conocimiento concreto y completo de la conducta que se le atribuye⁵⁰⁰. Estos vicios son susceptibles de nulidad (art. 115.1.d LRJS), porque resulta imposible consolidar la sanción cuando ni siquiera se permite el debate de fondo de las imputaciones realizadas, afectando incluso al derecho de defensa (art. 24.2 CE) y a la tutela judicial efectiva por indefensión (art. 24.1 CE)⁵⁰¹. Sin embargo, en el caso de los despidos disciplinarios ha tenido lugar una reducción de la garantía legal a partir del año 1994⁵⁰², como consecuencia de la importancia de estas sanciones y su papel central en la estructura económico-empresarial, de tal forma que actualmente estos defectos formales conducen a la improcedencia del despido (arts. 55.4 ET y 108.1 LRJS).

Pero ésto no es siempre así. En efecto, aunque jurisprudencialmente no encontramos pronunciamientos que apoyen esta argumentación⁵⁰³, en ocasiones los

⁵⁰⁰ Sobre la falta de concreción de la carta de despido determinante de nulidad de la sanción por defectos formales, téngase en cuenta que la normativa procesal impide que existan resoluciones del Tribunal Supremo, si bien se pueden hallar pronunciamientos en tal sentido en la doctrina de suplicación. Así, aplicando el estándar de la carta de despido emanado del TS que requiere ofrecer al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de las imputaciones, pueden consultarse las SSTSJ Cataluña, de 15 de julio de 1997 (Pte. Excmo. Sr. D. José César Álvarez Martínez), FJ 2; Cataluña, de 29 de octubre de 1998 (rec. 4041/1998), FJ 2; Galicia, de 5 de marzo de 1999 (rec. 88/1999), FJ 3; Islas Baleares, de 30 de junio de 2000 (rec. 192/2000), FJ 7; Castilla y León, de 17 de diciembre de 2004 (rec. 2248/2004), FJ Único; Madrid, de 30 de marzo de 2007 (rec. 5808/2006), FFJJ 7 a 11; Cataluña, de 10 de diciembre de 2012 (rec. 4807/2011), FJ 2. Flexibilizando la exigencia de tipicidad precisamente por concurrir un relato de hechos claro y preciso, STSJ Comunidad Valenciana, de 29 de mayo de 2003 (rec. 735/2003), FJ 2.

⁵⁰¹ PEDRAJAS MORENO, A. *Op.cit.*, pp. 338 y 339.

⁵⁰² En efecto, en el año 1994 se modificó el Estatuto de los Trabajadores, pasándose de la nulidad del despido por defectos formales (art. 55.3.2 ET/1980) a su improcedencia (art. 55.4 ET/1994).

⁵⁰³ El único supuesto que se aproxima es el caso del despido colectivo de *Bankia*, si bien guarda diferencias sustanciales con el aquí planteado, que hacen inviable considerarlo. La primera de estas diferencias es que en el caso *Bankia* se analizaba un despido objetivo, que sitúa al margen de la decisión extintiva toda consideración sancionadora que centra este trabajo. Además, el caso *Bankia* venía precedido de un despido colectivo, de tal forma que la discusión se centraba en valorar si el contenido de la carta de despido se satisfacía con una simple referencia al periodo de consultas previo, cuestión de imposible traslación al despido disciplinario por motivos evidentes. El caso *Bankia* puede verse en múltiples resoluciones del Tribunal Supremo, si bien citaremos la *leading case*: STS de 15 de marzo de 2016 (rec. 2507/2014).

defectos formales determinan la nulidad del despido disciplinario. Así sucederá cuando el vicio formal es de tal gravedad que impide al trabajador defenderse. Cuando le impide articular una adecuada defensa de sus intereses, rechazando la conducta que el empresario alega. En fin, ante una omisión total de remitir la carta de despido, o si se remite prescindiendo totalmente de los hechos, o bien si los contiene pero de forma superflua impidiendo toda alegación de contrario, no nos hallamos ante una simple omisión de un requisito formal que prevé la ley. El vicio va más allá, y se sitúa en un plano constitucional. En una lesión, al igual que antes, del derecho de defensa y de la tutela judicial efectiva sin indefensión (arts. 24.1 y 24.2 CE)⁵⁰⁴. Y ello porque se impide que el trabajador acceda a los tribunales de justicia articulando con unas mínimas garantías sus alegaciones.

Otra cuestión será que la carta de despido describa los hechos de forma imprecisa, pero sin que tal imprecisión alcance tachas de inconstitucionalidad. Si el vicio se sitúa simplemente en el ámbito de la legalidad ordinaria, entonces podremos hablar de una simple improcedencia de la acción extintiva de conformidad con la letra de la ley. Sin perjuicio, por supuesto, de que incluso así (o incluso con una correcta y adecuada descripción de los hechos), éstos no se pudieran probar o bien ni siquiera se hubiera intentado. Situaciones que nos colocan de lleno ante la problemática de la valoración probatoria que será estudiada en el siguiente epígrafe.

La doctrina laboral no se ha pronunciado precisamente en este sentido, sino que ha considerado que la insuficiencia probatoria no conduciría a la nulidad de la sanción⁵⁰⁵ puesto que supondría que un defecto procesal en una fase revisora condenaría a la nulidad a un acto meramente improcedente conforme al Estatuto de los Trabajadores⁵⁰⁶. Pero

⁵⁰⁴ Así se pronunciaba la doctrina al interpretar el cambio legal operado en 1994. Véase CASAS BAAMONDE, M.E. “La calificación jurídica del despido. Despidos improcedentes y nulos” en APARICIO TOVAR, J; BAYLOS GRAU, A (eds.) *El régimen del despido tras la reforma laboral*, IBIDEM, 1995, p. 72 y ss; MOLINA NAVARRETE, C. “Formalismo jurídico, democracia en la empresa y tutela de la persona: la nueva configuración legal del despido disciplinario sin forma”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, nº 70, 1995, pp. 210-213.

⁵⁰⁵ Aceptando la posibilidad de que la presunción de inocencia jugara en el ámbito interno empresarial únicamente a efectos dialécticos, véase SEMPERE NAVARRO, A.V. “Problemas particulares...” *Op.cit.*, p. 62.

⁵⁰⁶ Recordemos que el despido disciplinario será considerado improcedente *cuando no quede acreditado el incumplimiento* del trabajador (arts. 55.4 ET y 108.1 LRJS). Lo mismo puede decirse del resto de sanciones, que serán revocadas totalmente *cuando no sea probada la realidad de los hechos imputados*, o no sean constitutivos de falta (art. 115.1.b LRJS).

conviene diferenciar la situación de *insuficiencia probatoria*, que aboca a la nulidad del despido conforme hemos expuesto, de la *falta de acreditación del incumplimiento* (art. 55.4 ET *a sensu contrario*). En efecto, la invalidez de la sanción es consecuencia de no haber podido acreditar la conducta del trabajador, pero esta falta de acreditación puede producirse por haber desplegado una actividad probatoria adecuada de acuerdo a los parámetros exigibles sin que, a pesar de ello, pudiera entenderse como acreditado el incumplimiento; o, por el contrario, por no haberse desplegado tal actividad. En el primer caso, entrará en juego la cláusula de la improcedencia o revocación de la sanción, en línea con la desconexión total entre el principio *in dubio pro reo* y la presunción de inocencia que se produce en el momento de la valoración probatoria. Se habría intentado probar, pero la actividad desempeñada no habría sido suficiente. Y ante la duda, se declara la improcedencia o la revocación por falta de adecuada acreditación. Por el contrario, si se impone una sanción sin siquiera intentar probar los hechos que la justifican deberá entenderse que la medida empresarial se ha impuesto vulnerando un Derecho fundamental como es la presunción de inocencia⁵⁰⁷ de acuerdo al contenido estudiado y, consecuentemente, declarando su nulidad.

Esta argumentación resulta plenamente respetuosa con los efectos de la presunción de inocencia en el ámbito jurídico-público, donde la lesión de la presunción de inocencia únicamente se puede reparar -en línea con el carácter prevalente de todo Derecho fundamental- anulando la pena por la invalidez total de su imposición, sin que quepa la retroacción de actuaciones pudiendo volver a iniciar de nuevo todo el proceso⁵⁰⁸.

V.- *Excursus* acerca de la valoración de la prueba y la ausencia de un principio similar al *in dubio pro reo*.

Aportada la prueba al proceso, con las garantías antedichas emanadas directamente de la presunción de inocencia, entramos en el terreno de su valoración. Así, se puede diferenciar claramente entre la garantía constitucional de la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, porque mientras la primera finaliza con la aportación

⁵⁰⁷ En sentido contrario, SEMPERE NAVARRO, A.V. “Problemas particulares...” *Op.cit*, p. 62. Este autor entiende que no resulta posible justificar que la falta de prueba suponga la vulneración de un Derecho fundamental, porque se vulnera simplemente una garantía constitucional en sede procesal. Por ello, afirma que debe mantenerse la garantía reparadora en el mismo nivel procesal, pasando por la revocación de la sentencia.

⁵⁰⁸ SSTC 245/2007, de 10 de diciembre, FJ 5; 22/2013, de 31 de enero, FJ 5; 125/2017, de 13 de noviembre, FJ 9.

probatoria, la valoración de la misma queda fuera de toda consideración constitucional, entrando en juego cuando el órgano judicial alberga dudas sobre la existencia del hecho⁵⁰⁹.

Téngase en cuenta que esta diferenciación ha sido altamente discutida desde un punto de vista doctrinal⁵¹⁰, lo que ha tenido reflejo incluso en la jurisprudencia del TEDH, que afirma que el principio *in dubio pro reo* es una manifestación del principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 6.2 CEDH⁵¹¹, lo que puede abocar a que el Tribunal Supremo modifique su doctrina. A pesar de todo, conceptualmente conviene mantener esta distinción, ya que el *in dubio pro reo* es una regla de distribución del riesgo de error en materia probatoria que exige un mayor esfuerzo en el despliegue de la prueba a la parte que se considera más fuerte en la relación sancionadora, como manifestación de un sistema procesal altamente involucrado en la distribución del riesgo de error en la práctica de la prueba⁵¹². Así, si tenemos en cuenta que toda valoración

⁵⁰⁹ Según reiteradísima doctrina jurisprudencial. Véanse, por todas, SSTS (2ª) de 19 de enero de 2018 (rec. 876/2017), FJ 7; de 14 de febrero de 2018 (rec. 981/2017), FJ 5; de 19 de febrero de 2018 (rec. 538/2017), FJ 7. Asumiendo la distinción que traza el Tribunal Supremo, véanse MESTRE DELGADO, E. “Desarrollo jurisprudencial del Derecho constitucional a la presunción de inocencia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia/BOE, tomo 38, nº 3, p. 729; CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. *Op.cit.*, p. 222; MONTAÑÉS PARDO, M.A. *Op.cit.*, p. 47. En el mismo sentido, PEDRAJAS MORENO, A. *Op.cit.*, p. 314.

⁵¹⁰ Se ha considerado que la presunción de inocencia tiene una vertiente de valoración de la suficiencia probatoria aportada al proceso (presunción de inocencia como regla de juicio) cuyo contenido se identifica plenamente con el del principio *in dubio pro reo*. De esta forma, la presunción de inocencia operaría siempre en fase probatoria, bien por falta de aportación de toda prueba, en cuyo caso jugaría como regla procesal, bien por falta de suficiencia probatoria, en cuyo caso entraría en juego como regla de juicio. En tal sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. *Op.cit.*, pp. 189 y 190. En el mismo sentido, BACIGALUPO ZAPATER, E. “Presunción de inocencia, *in dubio pro reo* y recurso de casación”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia/BOE, tomo 41, nº 2, 1988, p. 365.

⁵¹¹ SSTEDH *Vassilios Stavropoulos c. Grecia*, de 27 de septiembre de 2007, parágrafo 39; *Tendam c. España*, de 13 de julio de 2010, parágrafo 37; *Melo Tadeu c. Portugal*, de 23 de octubre de 2014, parágrafo 60, *Cleve c. Alemania*, de 15 de enero de 2015, parágrafo 52; *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España*, de 16 de febrero de 2016, parágrafo 40; *Tsalkitzis (II) c. Grecia*, de 19 de octubre de 2017, parágrafo 60. Téngase en cuenta que en otros asuntos el TEDH deriva esta garantía del derecho fundamental a un proceso justo (art. 6.1 CEDH), no de la presunción de inocencia. En este sentido, SSTEDH *Ajdaric c. Croacia*, de 13 de diciembre de 2011, parágrafo 51; *Navalny y Yashin c. Rusia*, de 4 de diciembre de 2014, párrafos 83 a 85; *Frumkin c. Rusia*, de 5 de enero de 2016, parágrafo 166; *Navalny c. Rusia*, de 2 de febrero de 2017, párrafos 72 y 74. En todo caso, la presunción de inocencia no es más que una manifestación del genérico derecho fundamental a un proceso justo, tal como se afirma en STEDH *Caraian c. Rumanía*, de 23 de junio de 2015, parágrafo 74.

⁵¹² Sobre la distribución de error y los tipos de sistemas probatorios, véase BAYÓN MOHÍNO, J.C. *Op.cit.*, p. 24.

probatoria se expresa en términos probabilísticos⁵¹³, su contenido no puede vincularse en modo alguno a un derecho subjetivo⁵¹⁴. Con todo, a pesar de quedar fuera del contenido de la presunción de inocencia, las cuestiones valorativas sobre la prueba serán tratadas en este momento como consecuencia de su estrecha conexión con ella.

Comenzaremos señalando que a pesar de la similitud nominativa, no es posible trazar una analogía entre los ámbitos penal y social reconduciendo el contenido del *in dubio pro reo* al tradicional principio *in dubio pro operario*⁵¹⁵. En efecto, este principio no es el reflejo laboral de aquél⁵¹⁶, sino que deriva de la naturaleza tuitiva de la norma laboral⁵¹⁷, configurando una garantía totalmente independiente con un contenido propio. Así, podemos afirmar que el *in dubio pro operario* no es un principio general del Derecho (art. 1.4 CC), sino un principio de aplicación de la norma laboral porque no tiene una función de integración de lagunas jurídicas, sino que consagra una regla interpretativa de la norma aplicable al caso⁵¹⁸.

Como consecuencia de su origen, el principio *in dubio pro operario* tiene un contenido autónomo totalmente desconectado del ámbito fáctico⁵¹⁹. Su contenido se ciñe

⁵¹³ *Ídem*, pp. 25 y 26, señalando que la probabilidad se manifiesta en virtud del soporte inductivo con el que cuenta cada una de las hipótesis.

⁵¹⁴ Los derechos fundamentales en cuanto derechos subjetivos consagran posiciones jurídicas del particular que tienen un contenido contundente, expresado como tener la facultad de solicitar frente al destinatario el objeto de la norma. En este sentido, ALEXY, R. *Teoría de los Derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 177 y 178. Pues bien, si las normas consagran este contenido en estos términos, no resulta posible hacerlo depender de una valoración probatoria subjetiva por parte del juez que se expresa en términos probabilísticos.

⁵¹⁵ En sentido contrario, entendiendo que entramos en el terreno de la valoración probatoria donde resulta aplicable este principio, véase PEDRAJAS MORENO, A. *Op.cit*, pp. 365 y ss.

⁵¹⁶ DESDENTADO BONETE, A. “El principio *pro operario*” en VILLA GIL, L.E; LÓPEZ CUMBRE, L (dirs.) *Los principios del Derecho del trabajo*, Centro de Estudios Financieros, 2003, pp. 82 y 83. En el mismo sentido, resaltando la inaplicabilidad del principio de presunción de inocencia al ámbito laboral de acuerdo a la concepción estricta de su ámbito subjetivo, véase MERCADER UGUINA, J.R. *Los principios de aplicación del Derecho del trabajo. Formación, decadencia y crisis*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 62 y 63.

⁵¹⁷ Aceptando este origen pero identificándolo con el contenido del principio *in dubio pro reo*, véase SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. *Los principios de aplicación del Derecho del trabajo*, ACARL, 1989, p. 24.

⁵¹⁸ DESDENTADO BONETE, A. *Op.cit*, p. 104. En sentido contrario, reivindicando su naturaleza de principio general del Derecho y, por ello, afirmando que entra en juego únicamente en interpretación de normas dejando de lado datos fácticos, véase QUIRÓS LOBO, J.M. *Los principios generales del derecho en la doctrina laboral*, Aranzadi, 1984, p. 32.

⁵¹⁹ DESDENTADO BONETE, A. *Op.cit*, pp. 88 y ss. En sentido contrario, PEDRAJAS MORENO, A. *Op.cit*, p. 313.

a la interpretación de las normas laborales, de tal suerte que, entre varias interpretaciones posibles de la norma, se elegirá la más favorable al trabajador⁵²⁰. Es más, relacionándolo con los criterios generales de interpretación de normas previstos en los artículos 3.1 CC y 5.1 LOPJ, podemos afirmar que forma parte del criterio teleológico que atiende a la finalidad normativa, como manifestación del principio de favor de la norma laboral⁵²¹. En apoyo de esta conclusión, se ha afirmado que la eventual aplicación de este principio al ámbito fáctico lesionaría una parte fundamental del proceso social, que son las reglas de la carga de la prueba basadas en el principio de aportación de parte (art. 217.1 LEC), derivado a su vez del principio dispositivo⁵²², que en el ámbito sancionador laboral serían reglas especiales de distribución de carga de la prueba⁵²³. Sin embargo, tal como ya indicamos, la diferencia entre ambos regímenes (civil y sancionador) estriba en una mayor distribución del riesgo de error probatorio en este último, lo que impide compartir este argumento de apoyo.

Con todo, el hecho de que el contenido del *in dubio pro reo* no pueda trasladarse *per se* al Derecho laboral integrándolo en el principio *in dubio pro operario* no implica que el elenco de casos que abarca se encuentre desprotegido en esta sede, habida cuenta de que la normativa social introduce la improcedencia del despido y la revocación del resto de sanciones como consecuencias jurídicas inherentes a la sanción impuesta adoleciendo de este vicio, lo que nos sitúa de lleno ante el siguiente epígrafe.

VI.- Sanciones penales y sanciones laborales. Régimen conexo en el ordenamiento jurídico social.

⁵²⁰ Así se ha pronunciado la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo (si bien se suele utilizar el principio como argumento de apoyo y con una eficacia *obiter dicta*), entre las que podemos destacar las SSTs de 13 de octubre de 2015 (rec. 241/2014), FJ 3; de 17 de junio de 2014 (rec. 1315/2013), FJ 4; de 1 de abril de 2014 (rec. 65/2013), FJ 3; de 12 de marzo de 2013 (rec. 1531/2012), FJ 5; de 23 de enero de 2013 (rec. 1119/2012), FJ 2; de 10 de noviembre de 2010 (rec. 3693/2009), FJ 4; de 30 de junio de 2010 (rec. 4123/2008), FJ 6. A pesar de ello, aún se puede encontrar en las resoluciones recientes alguna resolución que reconduce el principio al ámbito fáctico, como puede verse en la STS de 24 de febrero de 2014 (rec. 145/2013), FJ 3. En el ámbito doctrinal, véanse DESDENTADO BONETE, A. *Op.cit.*, pp. 95 y ss; QUIRÓS LOBO, J.M. *Op.cit.*, p. 32; SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. *Op.cit.*, p. 26; MERCADER UGUINA, J.R. *Op.cit.*, p. 65.

⁵²¹ DESDENTADO BONETE, A. *Op.cit.*, p. 98; MERCADER UGUINA, J.R. *Op.cit.*, p. 67.

⁵²² DESDENTADO BONETE, A. *Op.cit.*, pp. 88 y 89; QUIRÓS LOBO, J.M. *Op.cit.*, p. 32; MERCADER UGUINA, J.R. *Op.cit.*, pp. 63 y 64.

⁵²³ DESDENTADO BONETE, A. *Op.cit.*, pp. 91 y 92.

Delimitado el alcance de la presunción de inocencia en el ámbito disciplinario laboral, resulta imprescindible estudiar su papel ante la concurrencia de una sanción penal y otra laboral, ya que en las situaciones en las que se puede reaccionar de ambas formas ante una misma conducta del empleador puede desempeñar un rol capital.

El Derecho penal y la vertiente disciplinaria del Derecho del trabajo no operan de forma independiente, sino que se solapan, de tal suerte que, si bien existen conductas disvaliosas emanadas del ámbito laboral que únicamente pueden ser punibles desde el punto de vista laboral o penal, existen también determinadas conductas que pueden obtener una respuesta desde los dos ámbitos de forma simultánea. Las conductas que pueden incluirse en este grupo de supuestos (susceptibles de una doble sanción) no son arbitrarias, sino que deben responder a la finalidad de cada régimen de solución de controversias. Así, la comisión de un determinado hecho no merecerá respuesta penal si no ha afectado a un bien jurídico merecedor de protección social (esto es, lo suficientemente relevante) mediante una lesión lo suficientemente grave del mismo, de acuerdo a los principios de fragmentariedad, subsidiariedad y *ultima ratio* del ordenamiento penal⁵²⁴. Por el contrario, si la conducta merece una respuesta por haber lesionado el interés empresarial al que se somete el trabajador, se podrá imponer una sanción laboral. Únicamente cuando estos dos objetivos se vean conculcados de forma cumulativa entramos en el terreno de la eventual imposición conjunta de las sanciones.

Las resoluciones del Tribunal Supremo se han ocupado de forma tangencial del régimen de compatibilidad entre ambos sistemas sancionadores desde una doble perspectiva que analizaremos a continuación: (a) analizando la trascendencia laboral de la imposición de una sanción penal; y (b) verificando las diferentes situaciones que se pueden dar en supuestos en los que ambas sanciones se impongan, de tal suerte que se tramiten en paralelo dos procedimientos judiciales.

VI.1.- ¿Qué pasa con mi puesto de trabajo? Consecuencias laborales de la comisión de un ilícito penal, o la necesidad de salvaguardar la presunción de inocencia en el conjunto del ordenamiento jurídico

⁵²⁴ STS (2ª) de 10 de mayo de 1993 (rec. 954/1991), FJ 7. Véase, en el ámbito doctrinal, RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Derecho penal. Parte general*, Civitas, 1977, pp. 18 a 20.

El primer aspecto de este régimen de compatibilidad nos lo ofrece la trascendencia laboral del ejercicio de acciones penales. Se trata de una línea jurisprudencial emanada cronológicamente a partir del artículo 45.1.g ET, que prevé la suspensión del contrato laboral cuando el trabajador haya sido privado de libertad sin existir sentencia condenatoria (es decir, que se encuentre detenido, en situación de prisión provisional, o bien que se le haya impuesto otra medida cautelar privativa de libertad)⁵²⁵. Sirva anticipar que el hecho de abordar las situaciones estudiadas a partir de la perspectiva de este precepto ha supuesto perder de vista el núcleo del debate sobre la incursión en el ámbito penal de las conductas laborales.

El artículo 45.1.g ET tiene como finalidad salvaguardar el interés del trabajador que sufre la privación de libertad, puesto que subyace un valor fundamental del sistema de garantías penales como es la presunción de inocencia⁵²⁶: el trabajador no puede asistir a su puesto de trabajo por haber sido privado de libertad, pero aún no se le ha declarado culpable del delito cometido, por lo que su relación laboral no debe sufrir mayores consecuencias que la suspensión⁵²⁷. Suspensión que finalizará con la condena penal

⁵²⁵ La suspensión del contrato es la situación anormal por la que atraviesa el contrato de trabajo, que se caracteriza por la continuidad del vínculo jurídico mientras las principales prestaciones derivadas del contrato se encuentran interrumpidas. Para su estudio, resulta fundamental el recurso a CARRO IGUELMO, A.J. *La suspensión del contrato de trabajo*, Bosch, 1959; ALONSO OLEA, M. “Suspensión e interrupción del contrato de trabajo”, *Rivista di Diritto Internazionale e Comparato del Lavoro*, CEDAM, nº 1, 1970, pp. 101 y ss; VIDA SORIA, J. *La suspensión del contrato de trabajo. Estudio de las causas que afectan a la prestación del trabajador*, Instituto de Estudios Políticos, 1965. Finalmente, dada su influencia en nuestro país, es referencia obligada YAMAGUCHI, T. *La theorie de la suspension du contrat de travail et ses applications pratiques dans le droit des pays membres de la communauté européenne*, LGDJ, 1963.

⁵²⁶ SSTs 29 de abril de 1985, Pte. Excmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo, primer considerando apartados 3º y 4º; de 9 de marzo de 1994 (rec. 1501/1993, FJ 3); de 14 de febrero de 2013 (rec. 979/2012, FJ 3); de 11 de marzo de 2014 (rec. 1203/2013, FJ 2); de 24 de abril de 2018 (rec. 1351/2016), FJ 1. Expuesto de forma más desarrolla, y haciendo un análisis de la naturaleza de la prisión provisional, véase la STS de 16 de junio de 2006 (rec. 5306/2004, FJ 2). En el ámbito doctrinal, véase MARÍN RICO, A. “Las causas de suspensión del contrato de trabajo descritas en los apartados g) y h) del art. 45 del Estatuto de los trabajadores” en AAVV (dir. MARÍN CORREA, J.M). *La suspensión del contrato de trabajo*, Consejo General del Poder Judicial, 1994, p. 145; SÁNCHEZ ICART, F.J.; TORRES GOSÁLBEZ, L. “Privación de libertad y despido disciplinario”, *Actualidad Laboral*, Wolters Kluwer, nº 4, 1999, p. 83. Más profusamente, negando que la prisión provisional o la detención supongan una conducta negligente del trabajador en tanto en cuanto estas circunstancias no entrañan juicio alguno sobre la culpabilidad del sujeto, debiendo respetarse la presunción de inocencia, véase BARREIRO GONZÁLEZ, G. *Diligencia y negligencia en el cumplimiento. Estudio sobre la prestación del trabajo debida por el trabajador*, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, pp. 389 a 391.

⁵²⁷ En relación a esta cuestión, antes de la actual normativa que prevé la suspensión contractual por privación de libertad del trabajador, pueden verse los trabajos de RODRÍGUEZ DEVESA, C., La privación de libertad del trabajador como causa de suspensiva de la relación de trabajo, *Revista de Política Social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 95, 1972, pp. 121 y ss; MORAIS

firme, que habilita para el despido del trabajador porque -ahora sí- la presunción de inocencia ha quedado revertida⁵²⁸. Como consecuencia de esta disociación entre efectiva privación de libertad y estado del procedimiento penal, el artículo 45.1.g ET entra en juego en el momento de la privación efectiva de libertad, sin tomar en consideración cuestiones de índole procesal penal como la fase de instrucción o auto de procesamiento⁵²⁹.

A modo de inciso, sirva destacar que no es únicamente el artículo 45.1.g ET el que puede prever la suspensión de la relación laboral en una situación susceptible de revestir trascendencia penal, sino que también esa situación se puede dar mediante la inclusión en el contrato de trabajo de cláusulas similares, tal como permite el artículo 45.1.b ET⁵³⁰. Ahora bien, esta validez resulta criticable, puesto que el artículo 45.1.b ET debe interpretarse sistemáticamente de acuerdo al artículo 49.1.b ET, que prevé la extinción contractual de acuerdo a los términos pactados en el contrato de trabajo. En relación a este último precepto, el Tribunal Supremo ha entendido que si la inclusión de una cláusula contractual tiene como finalidad eludir la naturaleza de la relación laboral al permitir de forma artificiosa la extinción del contrato sin derecho a indemnización alguna, revirtiendo los principios básicos del Derecho laboral, la cláusula controvertida será nula⁵³¹. Si bien el artículo 45.1.b ET (al contrario que el artículo 49.1.b ET) no contiene la coletilla *salvo que las mismas [cláusulas] constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario*, esta omisión no debe ser óbice para realizar una interpretación sistemática

VALLEJO, C. “La privación de libertad del trabajador como causa suspensiva de la relación de trabajo”, *Revista de Política Social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 93, 1973, pp. 107 y ss.

⁵²⁸ SSTs de 28 de febrero de 1990, Pte. Excmo Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, FJ 2; de 9 de marzo de 1994 (rec. 1501/1993), FJ 3; de 16 de junio de 2006 (rec. 5306/2004), FJ 2. Como antecedente de esta jurisprudencia, VIDA SORIA, J. *Op.cit*, p. 208.

⁵²⁹ STS 29 de abril de 1985, Pte. Excmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo, primer considerando apartado 7º. En el mismo sentido, rechazando el criterio temporal como idóneo para suspender el contrato, VIDA SORIA, J. *Op.cit*, p. 209.

⁵³⁰ Véase la STS de 15 de julio de 1986, Pte. Excmo Sr. D. Luis Santos Jiménez Asenjo. En esta sentencia el contrato de trabajo incluía, con base en el artículo 45.1.b ET, una cláusula de suspensión contractual por la condena penal del trabajador, aunque no hubiera sido privado de libertad ni la condena sea firme por haber sido recurrida. El Tribunal estimó la validez de tal cláusula.

⁵³¹ Véase la STS de 3 de febrero de 2010 (rec. 1715/2009), en cuyo FJ 2 se afirma que “[...] La previsión en el contrato indefinido de un descenso del volumen de actividad de la empresa [...] se hace en la cláusula en cuestión con la finalidad de eludir los efectos económicos previstos en la ley, sustituyendo aquéllos por una indemnización de parámetros cuantificadores completamente distintos y notoriamente inferiores. Se desnaturaliza así el contrato de trabajo de duración indeterminada y, por ello, la cláusula resulta abusiva, como declara la sentencia de instancia”.

de ambos preceptos que permita aplicar la doctrina emanada del artículo 49 ET, reivindicando la doctrina general del abuso de derecho (art. 7.2 CC) en esta figura jurídica, con base en la supletoriedad de la normativa civil que consagra el artículo 4.3 CC. De esta forma, la admisibilidad -admitida jurisprudencialmente- de cláusulas contractuales que permitan la suspensión del contrato de trabajo ante la comisión de un ilícito penal yendo más allá del artículo 45.1.g ET debe reputarse inválida por oponerse a las garantías inherentes a la relación laboral. Si el ordenamiento ya prevé cuándo y en qué condiciones se suspende el contrato de trabajo para respetar la presunción de inocencia, no resulta válida una previsión contractual que vaya más allá, ya que una sobreprotección de la presunción de inocencia puede afectar negativamente al acervo jurídico del trabajador.

En resumen, ante la comisión de un ilícito penal, el trabajador verá suspendido el contrato de trabajo hasta que se revierta la presunción de inocencia o hasta que exista causa hábil para su despido. Pues bien, estudiaremos a continuación cuáles son las diferentes figuras jurídicas con las que cuenta el empleador para extinguir el contrato laboral que le une con el trabajador en tales circunstancias.

VI.1.A.- El discutido despido disciplinario por ausencias reiteradas e injustificadas al puesto de trabajo, y por transgresión de la buena fe contractual

La primera de estas figuras jurídicas viene reconocida en el artículo 54.2.a ET, relativa a las ausencias reiteradas e injustificadas al puesto de trabajo. Esta causa de despido guarda íntima relación con la causa de suspensión *ex art. 45.1.g ET* -de ahí que, de forma cronológica, se haya ido configurando el cuerpo doctrinal analizado en torno a este último precepto-, puesto que mientras se mantiene vigente el respeto a la presunción de inocencia que trasluce a este artículo, las ausencias al trabajo como consecuencia de la privación de libertad no constituirán causa de despido, sino únicamente de suspensión. Por ello, a pesar de ser privado de su retribución, se lleva a efecto la consecuencia menos lesiva posible contra el acervo patrimonial del trabajador y respetuosa con el procedimiento penal, al no extinguir su relación laboral. Sin embargo, cuando recae sentencia firme y, consecuentemente, decae la presunción de inocencia, las ausencias del

trabajador a su puesto de trabajo no tienen cobertura legal y, al resultar injustificadas, son merecedoras de despido disciplinario⁵³².

Aunque no se explicita en las resoluciones del Tribunal Supremo, la condena penal tiene una importancia relativa en cuanto al acto de despido, puesto que si bien la condena supone la reversión del principio de presunción de inocencia, no debemos perder de vista que el elemento determinante del despido son las *ausencias injustificadas* al puesto de trabajo, por lo que mientras no se produzca el efectivo ingreso en prisión (bien porque aún no se ha ejecutado, bien porque el trabajador ha sido condenado a una pena distinta como es la de multa) no existirá causa de despido. Ello tiene extraordinaria importancia puesto que existen situaciones conexas que pueden dar lugar a confusión: de un lado, la imposición del despido mientras concurre la causa de suspensión prevista en el artículo 45.1.g ET, que debe reputarse nulo por la íntima conexión existente entre la causa de suspensión y los Derechos fundamentales a la libertad personal y a la presunción de inocencia del trabajador⁵³³. De otro, el despido tras condena penal firme pero sin que aún se entre en prisión, ya que pueden resultar diferentes los momentos de adquisición de firmeza de la condena y el efectivo encarcelamiento mediante personación en la secretaría del Juzgado en cumplimiento del mandamiento de prisión remitido por el Tribunal sentenciador, o mediante presentación voluntaria en el centro penitenciario (art. 16.1 RP). Por tanto, en estas situaciones el despido carecerá de causa.

Con todo, la figura del despido disciplinario por ausencias reiteradas e injustificadas tras la condena penal resulta discutible, ya que el carácter sancionador que reviste el despido disciplinario hace que para su imposición sea precisa la concurrencia de una acción u omisión *grave y culpable* en atención a las circunstancias concurrentes del caso.

⁵³² SSTS de 28 de febrero de 1990, Pte. Excmo Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, FFJJ 2 y 3; de 9 de marzo de 1994 (rec. 1501/1993), FJ 3. Véase también la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina por no revestir contenido casacional operada por AATS de 18 de junio de 2015 (rec. 2746/2014, FJ 2) y 9 de febrero de 2016 (rec. 944/2015, FJ 2), que hacen referencia a una resolución en la que el despido del trabajador no se lleva a cabo por ausencias injustificadas al puesto de trabajo, sino por dimisión (STS de 14 de febrero de 2013, rec. 979/2012, FJ 3) únicamente con el fin de reivindicar la actualidad de la doctrina de despido por ausencias al puesto de trabajo.

⁵³³ STSJ La Rioja, de 4 de febrero de 2010 (rec. 36/2010), FJ 2. Esta sentencia rehúsa resolver en este sentido porque en el caso concreto el empleador no era consciente de la situación de privación de libertad del trabajador, careciendo de intencionalidad la lesión del Derecho fundamental. Sin embargo, según reiterada jurisprudencia constitucional, toda lesión de un Derecho fundamental tiene carácter objetivo, por lo que se puede cometer sin necesidad de intencionalidad por la parte empresarial (por todas, SSTC 80/2005, de 4 de abril, FJ 5; 6/2011, de 14 de febrero, FJ 2). Este matiz debería haber conducido, en este caso, a apreciar la nulidad del despido.

Gravedad y culpabilidad que, en el caso de despido por ausencias injustificadas, no acontecerían cuando exista *una realidad impeditiva de la comparecencia en el trabajo* que haga que la inasistencia sea involuntaria⁵³⁴. En nuestro caso, podemos afirmar que concurre una realidad impeditiva de la comparecencia en el trabajo como es la privación de libertad, que hace que la inasistencia resulte involuntaria excluyendo las notas de gravedad y culpabilidad, necesarias para poder aplicar la sanción de despido disciplinario. Podría pensarse que el hecho de que el trabajador no haya avisado previamente a su empresa de su posterior ingreso en prisión revierte esta situación⁵³⁵, pero en ese caso el despido traería otra causa inmediata, como pudiera ser la transgresión de la buena fe contractual al no poner en conocimiento de la empresa una causa de extinción de la relación laboral que tiene una influencia directa en el contrato de trabajo. Es decir, la falta de comunicación que motivaría el despido no forma parte del concepto *injustificada* de la ausencia al trabajo que se imputa, sino que se configura como un acto autónomo, y en su caso sancionable.

Por tanto, debemos poner el foco sobre la causa de extinción prevista en el artículo 54.2.d ET, que requiere que el trabajador tenga un pleno conocimiento de la conducta lesiva; conocimiento que, si bien no se identifica con un dolo similar al del ámbito penal, sí debe incluir un elemento culposo o negligente⁵³⁶. Y este comportamiento culposo o negligente no concurre ante la falta de aviso al empleador de su situación de privación de libertad, puesto que el inminente ingreso en prisión supone una situación de angustia tal en el trabajador que le impide actuar conforme a las pautas ordinarias de conducta⁵³⁷, por lo cual debería considerarse que la ausencia de comunicación al empleador no supone una

⁵³⁴ Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo en un caso de incapacidad laboral transitoria por enfermedad común que impedía al trabajador prestar servicios. Véase la STS de 18 de julio de 1988, Pte. Excmo. Sr. D. Juan Muñoz Campos, FJ 2.

⁵³⁵ Se trata de un elemento que ya sido tenido en cuenta en doctrina de suplicación como integrante de la conducta sancionada por ausencias injustificadas (SSTSJ Cataluña de 17 de mayo de 2006, rec. 1064/2006, FJ 3; Andalucía de 24 de mayo de 2012, rec. 3195/2011, FJ 4) y en trámite casacional como dato fáctico relevante para inadmitir un recurso de casación para la unificación de doctrina por falta de contradicción (ATS de 11 de diciembre de 2012, rec. 1574/2012, FJ 1).

⁵³⁶ *Vid.* Cap. VI.V.

⁵³⁷ RÍOS MARTÍN, J.C; CABRERA CABRERA, P.J. *Mil voces presas*, Universidad Pontificia de Comillas, 1998, p. 25.

transgresión de la buena fe contractual al igual que no concurre cuando el trabajador se ausenta de su puesto de trabajo por sufrir una depresión y un cuadro de ansiedad⁵³⁸.

Pero no es ésta la opinión que se ha sostenido doctrinalmente. Al contrario, se ha considerado que cuando el trabajador sufre una condena penal que conlleva privación de libertad, concurre una conducta culpable sancionable⁵³⁹, al conculcar la *diligencia exigible del trabajador en su esfera privada tendente a posibilitar el posterior cumplimiento de sus deberes laborales*⁵⁴⁰. Por ello, el trabajador sería considerado culpable de su conducta, siendo justificado su despido disciplinario por aplicación de los principios *versari in re illicita* (el autor de un acto ilícito responde penalmente de todas las consecuencias causadas por dicho acto, aunque no fueran queridas, previstas ni previsibles) y *causa causae est causa causati* (la causa de la causa es la causa del mal causado)⁵⁴¹. Así, la combinación de estos dos principios arrojaría el resultado de poder afirmar que la comisión del delito es la causa del despido, previa privación de libertad acordada por el órgano judicial competente. Y en tanto en cuanto la acción del trabajador es un acto ilícito y el despido una consecuencia de él, resultaría que debe ser considerada una conducta culpable idónea para el ejercicio de la acción extintiva por parte del empleador.

Sin embargo, el principio *versari in re illicita* sirve a la búsqueda de la causa del delito con el fin de imputar el daño socialmente reprochable al sujeto. Así, las *consecuencias* a las que hace referencia este principio son aquellas estrictamente penales⁵⁴², sin poder trasladarse a otros ámbitos que queden fuera de esta perspectiva. Del mismo modo, este tradicional principio se encuentra ampliamente superado, ya que a él se contraponen el principio de culpabilidad⁵⁴³. De hecho, este principio fue desterrado -si

⁵³⁸ STS de 1 de julio de 1988, Pte. Excmo. Sr. D. José Moreno Moreno, FJ 4.

⁵³⁹ Puesto que éste es el elemento determinante de cara a la justificación del despido. BARREIRO GONZÁLEZ, G. *Op. cit.*, p. 400.

⁵⁴⁰ *Ídem*, p. 399. En las pp. 358 y ss. de la misma obra, el autor expone que la conducta que el trabajador lleva a cabo en su esfera privada puede tener relevancia laboral si no se encuadra en lo socialmente usual, o bien existe una reiteración en la conducta negligente, siempre que tal conducta sea lo suficientemente grave como para incidir en la prestación laboral y no resultar subsumible en la conducta social que cabe esperar en este ámbito, teniendo en cuenta las particularidades que se pueden dar en cada caso concreto.

⁵⁴¹ *Ídem*, pp. 393 a 395.

⁵⁴² CERESO MIR, J. "El *versari in re illicita* en el Código Penal español", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1962, tomo 15, fascículo 1, p. 47.

⁵⁴³ *Ídem*.

bien no totalmente- del Código Penal a través de la Reforma Urgente y Parcial del Código Penal de 1983. La reforma, que introdujo la responsabilidad subjetiva en nuestro ordenamiento jurídico, supuso la eliminación de la más que criticada responsabilidad penal objetiva que se consagraba en esta añeja locución⁵⁴⁴.

Por otro lado, el principio *causa causae est causa causati* se trata de un mecanismo jurídico propio de la causalidad en el ámbito civil ya superado⁵⁴⁵ y que, en todo caso, no puede aplicarse al ámbito laboral de forma automática. En efecto, al tratarse de una figura jurídica sancionadora, a la imputación objetiva que se plasma en el principio antedicho debe acompañarse una imputación subjetiva, es decir, la culpa o negligencia del trabajador, lo que nos permite apoyar la imposibilidad de imponer un despido tras la comisión de un hecho delictivo, con carácter general.

Finalmente, incluso aceptando a efectos dialécticos la posición sostenida por la doctrina, la conducta que el trabajador lleva a cabo fuera de su condición de tal no puede tener relevancia social, por lo que su conducta en aquel ámbito no será relevante a efectos laborales salvo que la comisión del delito haya tenido que ver con su condición de trabajador. Un pronunciamiento contrario resultaría incompatible con el Derecho fundamental a la intimidad personal consagrado en el artículo 18.1 CE, que resulta aplicable a las relaciones laborales pero no a las relaciones sociales o profesionales que se desempeñen en el seno de la actividad laboral⁵⁴⁶. Existe un reducto de intimidad del trabajador, que se identifica con todas aquellas circunstancias que -a los efectos estrictamente laborales- se encuentran extramuros de su condición de trabajador, por lo que las circunstancias que allí acontezcan resultarán subsumibles en este Derecho fundamental, resultando inviable el recurso a ellas para justificar el despido.

VI.1.B.- Otras posibilidades: inidoneidad de la dimisión del trabajador, y necesidad de acoger la causa de extinción por fuerza mayor (*factum principis*)

La condena penal firme a privación de libertad también puede ocasionar la ruptura definitiva del vínculo contractual a través de la figura de la dimisión del trabajador (art.

⁵⁴⁴ MIR PUIG, S. *Derecho penal, parte general*, Reppertor, 10ª edición, 2015, pp. 310 a 312.

⁵⁴⁵ *Vid.* Cap. VI.III.

⁵⁴⁶ Véase, *a sensu contrario*, la STC 186/2000, de 10 de julio, FJ 6.

49.1.d ET), siempre que a través de sus actos el trabajador no dé muestras de su voluntad de mantener vigente el vínculo contractual durante su privación de libertad⁵⁴⁷. Sin embargo, la aplicabilidad de la figura de la dimisión que la jurisprudencia admite no casa con los presupuestos genéricos de la dimisión. En efecto, el hecho de verse privado de libertad no puede considerarse, siquiera de forma tácita, como una voluntad inequívoca de extinción del contrato de trabajo por parte del trabajador cuando no mantiene contacto con su empleador durante la privación de libertad⁵⁴⁸. La dimisión implica una voluntad del trabajador de extinguir la relación de trabajo, voluntad que únicamente se puede hallar a través de indicios fácticos. Sin perjuicio de otros que pudieran existir, si el trabajador incurre en ausencias reiteradas e injustificadas a su puesto de trabajo durante un largo periodo de tiempo, el empleador contará con un indicio relevante de tal voluntad extintiva, si bien debería reforzar constatando la falta de respuesta ante un requerimiento de reincorporación al trabajo⁵⁴⁹. En caso de privación de libertad del trabajador no podemos encontrar tal elemento intencional, y el posible indicio en tal sentido que podría hallar el empleador (las reiteradas ausencias injustificadas) quedaría automáticamente desvirtuado una vez conociera la situación del trabajador al intentar requerirle para su reincorporación.

⁵⁴⁷ Esta posibilidad fue apreciada por primera vez en el ATS de 29 de marzo de 2005 (rec. 1788/2004, FJ 1), que inadmite el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto al entender que no concurre contradicción puesto que no existe una actuación disciplinaria del empleador cuando éste entiende extinguido el contrato de trabajo por dimisión (posiblemente, con el fin de eludir la tramitación del oportuno expediente disciplinario), actuación que sí concurría en la sentencia de contraste al ejecutar el despido disciplinario por ausencias injustificadas al puesto de trabajo. Posteriormente, la misma doctrina fue aplicada en el ATS de 8 de junio de 2009 (rec. 1216/2008, FJ 3) con idéntico resultado y, finalmente, supone una posibilidad admitida por SSTs de 14 de febrero de 2013 (rec. 979/2012, FJ 3), citando la doctrina previa sobre ausencias injustificadas al puesto de trabajo, trasladándola a esta nueva situación, y de 24 de abril de 2018 (rec. 1351/2016), FJ 2.

⁵⁴⁸ Tal como se exige para apreciar la existencia de dimisión. Véase, por todas, la STS de 17 de mayo de 2005, (rec. 2219/2004), FJ 1. En el mismo sentido se ha apuntado doctrinalmente, al afirmar que la dimisión implica una voluntad del trabajador de extinguir la relación de trabajo, voluntad que únicamente se puede hallar a través de indicios fácticos. Sin perjuicio de otros que pudieran existir, si el trabajador incurre en ausencias reiteradas e injustificadas a su puesto de trabajo durante un largo periodo de tiempo, el empleador contará con un indicio relevante, si bien debería reforzar constatando la falta de respuesta ante un requerimiento de reincorporación al trabajo. Así, RODRÍGUEZ SANTOS, E. *La extinción de la relación laboral por dimisión del trabajador*, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 205-210. En caso de privación de libertad del trabajador no podemos encontrar tal elemento intencional, y el posible indicio en tal sentido que podría hallar el empleador quedaría automáticamente desvirtuado una vez conociera la situación del trabajador. Es más, por el mismo motivo no se puede considerar que la falta de notificación de la privación de libertad al empleador impida que surta efecto la suspensión prevista en el artículo 45.1.g ET, tal como se sostiene en MARÍN RICO, A. *Op.cit.*, pp. 150 y ss; TEBA PINTO, M. “Privación de libertad del trabajador. Efectos sobre el contrato de trabajo” en AAVV. (dir. MARÍN CORREA, J.M). *La suspensión...* *Op.cit.*, p. 326; SÁNCHEZ ICART, F.J; TORRES GOSÁLBEZ, L. *Op.cit.*, p. 86.

⁵⁴⁹ RODRÍGUEZ SANTOS, E. *Op.cit.*, pp. 205-210.

Pero aunque la privación de libertad del trabajador no conduzca a una dimisión o a un despido disciplinario por ausencias reiteradas e injustificadas al puesto de trabajo, el interés empresarial no queda desprotegido, ya que sí concurre una particular causa extintiva. En efecto, la privación de libertad impide el desempeño efectivo de la prestación de trabajo, pero ese impedimento no es consecuencia de la voluntad del trabajador ni de una falta laboral cometida por él. Muy al contrario, aunque el impedimento traiga una causa *mediata* en el delito cometido por el trabajador, en última instancia es una resolución judicial penal la que de forma *inmediata* impide que el contrato de trabajo surta sus plenos efectos al ordenar el ingreso en prisión del trabajador. Estamos, en definitiva, ante una causa de extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor con base en el artículo 49.1.h ET, puesto que el *factum principis* (esto es, el carácter sobrevenido de una resolución judicial -o administrativa- que impide la prestación del trabajo) se ha considerado equiparable a tal situación⁵⁵⁰. Consecuentemente, en caso de privación de libertad del trabajador deberá acudirse a lo previsto en el artículo 49.1.h ET que, en relación con la remisión que efectúa al artículo 51.7 del mismo cuerpo legal⁵⁵¹, dispone que la causa deberá ser constatada por la autoridad laboral aunque sea solamente uno el trabajador incurso en dicha causa de extinción contractual.

VI.2.- Imposición conjunta de una sanción penal y otra laboral por la comisión del mismo hecho. Tramitación paralela de procedimientos

La presunción de inocencia conectando conductas susceptibles de sanción penal y laboral no tiene incidencia únicamente a la hora de estudiar la trascendencia laboral de una acción penal. También puede entrar en juego cuando tras la comisión de un delito por

⁵⁵⁰ Acerca del *factum principis* como causa de extinción de la relación de trabajo por fuerza mayor, véanse las SSTs de 10 de marzo de 1999 (rec. 2138/1998), FJ 4; de 5 de octubre de 1999 (rec. 2773/1999), FJ 2; de 18 de diciembre de 2007 (rec. 4998/2006), FJ 6; de 21 de enero de 2008 (rec. 454/2007), FJ 3. Doctrinalmente, VILLA GIL, L.E de la. “El factum principis” en PALOMEQUE LÓPEZ, M.C; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN (coords.) *Derecho del trabajo y seguridad social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, CEF, 2006, pp. 1115 y ss (originalmente publicado en AAVV. *Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo*, Universidad Complutense de Madrid, 1970). Asimismo, la doctrina ya ha indicado que la privación de libertad del trabajador (si bien haciendo referencia únicamente a la detención) debe subsumirse en esta causa extintiva y no en el despido por ausencias injustificadas, tal como puede verse en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, Civitas, 1993, p. 126. Además, con esta solución se adoptaría una solución análoga a la suspensión del contrato de trabajo por privación de libertad del trabajador, ya que esta figura puede considerarse una derivación de la fuerza mayor temporal. Así lo reconoce VIDA SORIA, J. *Op.cit*, p. 201

⁵⁵¹ Y como reitera el artículo 31 RD 1483/2012.

parte del trabajador se interponen simultáneamente un procedimiento penal y un procedimiento sancionador laboral. No es que uno pueda conducir al otro, sino que ambas respuestas del ordenamiento jurídico se activan de forma simultánea. Si bien algunas cuestiones relativas a esta situación serán analizadas al tratar el principio *non bis in idem*⁵⁵², conviene realizar ahora ciertas consideraciones dada su conexión con el principio de presunción de inocencia.

Lo primero que hay que reseñar en caso de duplicidad procedimental es que los documentos aportados al procedimiento penal carecen de todo valor probatorio a efectos laborales (diligencias policiales previas, testimonios prestados ante el juez...) ⁵⁵³. Sin embargo, no podemos llegar a la misma conclusión en lo que hace al pronunciamiento judicial, pudiendo distinguir sus efectos en función de que hablemos del contenido del fallo (la declaración de culpabilidad) o de los hechos declarados probados que, valorados judicialmente, dan lugar a ese fallo. En lo que respecta a la condena penal propiamente dicha, el fallo hará que en el ordenamiento jurídico laboral el trabajador deba ser también considerado culpable de la conducta cometida, porque en la jurisdicción especializada se ha acreditado la comisión punible del hecho y esto debe causar efectos en la jurisdicción que, aunque sancionatoria, lo es en un grado menor por no aplicar el *ius puniendi*⁵⁵⁴. Pero si la sentencia es absolutoria, no habrá quedado acreditada tal culpabilidad y por tanto el fallo no trascenderá al ámbito laboral, pudiendo apreciarse en esta sede con total libertad de criterio si, de conformidad con los estándares probatorios exigibles en esta rama del ordenamiento jurídico, el hecho ha sido cometido por el trabajador, y de ser así, si esta comisión debe considerarse culpable⁵⁵⁵.

⁵⁵² Vid. Cap. V.IV.2.

⁵⁵³ PEDRAJAS MORENO, A. *Op.cit*, pp. 356 y 357.

⁵⁵⁴ Esta eventual conexión entre ambos órdenes irá, por supuesto, referida únicamente a los elementos probados que tengan relevancia en el ámbito social, sin poder predicarse de otros como atenuantes, eximentes y agravantes. En tal sentido, véase TERRADILLOS ORMAETXEA, E. *Op.cit*, p. 112.

⁵⁵⁵ PEDRAJAS MORENO, A. *Op.cit*, p. 358. En sentido contrario, entendiendo que la fijación de los hechos en sede penal no repercute sobre lo enjuiciado en sede laboral (a excepción de lo previsto en el artículo 86 LRJS sobre prejudicialidad penal), véase TERRADILLOS ORMAETXEA, E. *Op.cit*, p. 112. Contrasta esta solución con la que podemos ver en Italia, donde el artículo 653.1-bis *Codice di Procedura Penale* afirma que la condena penal vincula únicamente al empleador público, excluyendo al empresario privado. Véase CORSO, S.M. “I confini applicativi dell’art. 7 St.Lav. tra ontologia disciplinare e sentenza di patteggiamento”, *Rivista Giuridica del Lavoro e Della Previdenza Sociale*, EDIESSE, n° 3, 2017, p. 423.

Por otro lado, en lo relativo a los hechos probados de la sentencia (obsérvese que el matiz es importante en caso de sentencias absolutorias), el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes derivado de la garantía de seguridad jurídica consagrada en el artículo 9.3 CE exige que se respeten los hechos declarados probados en un procedimiento judicial siempre que puedan tener influencia en otro posterior. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en desarrollo del citado principio, ha reconocido la posibilidad de que varíe la valoración jurídica extraída a partir de esos hechos, o bien que se valoren de forma distinta las pruebas, llegando a conclusiones diferentes sobre las circunstancias fácticas que dan origen al procedimiento, lo que puede dar lugar a pronunciamientos contradictorios; variaciones que, en todo caso, deberán ser siempre motivadas⁵⁵⁶.

Y es que *resultaría impropio del más elemental sentido jurídico que unos mismos hechos que guarden una relación estrecha en ambos órdenes puedan existir en uno de ellos y no en el otro*, por lo que, cuando conste al Tribunal posterior la firmeza de una previa resolución judicial⁵⁵⁷, deberá atenerse a ella, justificando de forma expresa las razones que le llevan, en su caso, a apartarse del criterio expuesto en la resolución penal o a valorar la prueba de una forma distinta llegando a un resultado contradictorio, puesto que, en caso contrario, la resolución incurriría en una vulneración de la tutela judicial efectiva en su vertiente de proscripción de indefensión (art. 24.1 CE)⁵⁵⁸. Para apreciar la trascendencia constitucional de la eventual lesión a la tutela judicial efectiva, dicha lesión deberá ser directamente imputable al órgano judicial, sin que sea consecuencia de una actitud de la propia parte que la alega. Situación que puede ocurrir, por ejemplo, cuando sea el propio litigante quien no haya puesto de manifiesto al Tribunal laboral la existencia

⁵⁵⁶ SSTC 34/2003, de 25 de febrero, FJ 4; 190/1999, de 25 de octubre, FJ 4.

⁵⁵⁷ Resolución que sea idónea para apreciar la firmeza de su contenido y no se trate, por ejemplo, de un Auto de sobreseimiento provisional que permita reabrir el procedimiento penal cuando aparezcan nuevas pruebas que permitan reabrir el proceso.

⁵⁵⁸ SSTC 24/1984, de 23 de febrero, FFJJ 1 y 3; 62/1984, de 21 de mayo, FFJJ 4 y 5; 204/1991, de 30 de octubre, FJ 4, aplicando la doctrina que ha tenido posteriormente más desarrollo en el ámbito contencioso-administrativo: por todas, SSTC 158/1995, de 26 de noviembre, FFJJ 3 y 4; 16/2008, de 31 de enero, FJ 2; 21/2011, de 14 de marzo, FJ 2.

del procedimiento penal previo que reviste carácter firme, puesto que sobre él recae la carga de llamar la atención al Tribunal acerca de su existencia⁵⁵⁹.

Sin embargo, esta doctrina resulta aplicable únicamente cuando es el Tribunal laboral el que debe quedar vinculado a un previo pronunciamiento penal firme. Cuando se da la situación inversa, y es el Tribunal penal quien debe atenerse a la resolución firme de la jurisdicción social, el Tribunal Constitucional ha matizado su doctrina, otorgando prevalencia al ámbito penal y, consecuentemente, concediéndole la facultad de apartarse de los hechos declarados probados en el previo procedimiento⁵⁶⁰.

Estos pronunciamientos han sido adecuadamente asumidos por parte de la jurisdicción ordinaria, pronunciándose sobre algunas cuestiones relevantes que han surgido en la práctica de nuestros tribunales de justicia. La primera de ellas se da cuando, en trámite de recurso del procedimiento laboral adquiere firmeza la sentencia penal, presentándose la duda sobre si es posible incorporar los hechos declarados probados en el proceso penal al social. En este sentido, el artículo 233 LRJS permite la incorporación de resoluciones firmes al proceso, siempre que su contenido sea decisivo para la resolución del recurso y que no hubiera podido aportarse al proceso con anterioridad por causa no imputable a quien lo pretende aportar⁵⁶¹. Téngase en cuenta que será la Sala *ad quem* la competente para verificar los requisitos de admisión del documento⁵⁶², previa audiencia de la parte contraria por un plazo de tres días, que desembocará -en caso de admisión- en un nuevo plazo común de cinco días a cada parte para que complementen sus alegaciones teniendo en cuenta la modificación que se produce en los autos judiciales, a fin de evitar situaciones de indefensión.

⁵⁵⁹ STC 204/1991, de 30 de octubre, FJ 4, citando la doctrina contenida en la STC 158/1985, de 26 de noviembre, FJ 6, que versa sobre un asunto en el que concurrían la jurisdicción social y la contencioso-administrativa.

⁵⁶⁰ STC 209/1999, de 29 de noviembre, FJ 3. En apoyo de su argumentación, el Tribunal cita el FJ 1 de la STC 24/1984, de 23 de febrero, donde se reconoce la independencia de los órdenes jurisdiccionales penal y laboral, pero pasa por alto el contenido del FJ 3 de la misma resolución, donde se expone que la contradicción entre las sentencias de ambos órdenes jurisdiccionales, en ciertas ocasiones, pueda vulnerar la proscripción de indefensión derivada del genérico derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

⁵⁶¹ La LRJS amplía esta facultad excepcional a aquellas situaciones en las que “pudiera darse lugar a posterior recurso de revisión por tal motivo o fuera necesario para evitar la vulneración de un derecho fundamental”, para evitar que la descripción anterior, tan restrictiva, pueda ocasionar perjuicios de muy difícil reparación.

⁵⁶² STS de 28 de enero de 2015 (rec. 35/2014), FJ 3.

Este trámite de incorporación puede resultar decisivo cuando se pretende interponer un recurso de casación para la unificación de doctrina y los hechos declarados probados en la resolución penal resultan determinantes a efectos de superar el juicio de contradicción necesario para la admisión del recurso (art. 219.1 LRJS)⁵⁶³. En estos casos, incorporado el documento por la vía del artículo 233 LRJS, procedería modificar los hechos probados y, a continuación, declarar superado el juicio de contradicción para pasar a resolver el fondo del asunto. Sin embargo, la Sala de casación tiene prohibida la revisión de hechos probados, y si accediera a ello en trámite casacional podría ocasionar indefensión a la parte en el procedimiento, por lo que en estos casos la Sala declarará la nulidad de actuaciones (art. 240.2 LOPJ) a fin de que el Juzgado de instancia dicte nueva sentencia valorando el nuevo documento incorporado a los autos⁵⁶⁴.

Esta situación no podrá tener lugar en trámite de suplicación, puesto que el artículo 193.b LRJS permite al Tribunal Superior de Justicia revisar los hechos probados; ni en trámite de casación ordinaria, puesto que el artículo 207.d LRJS también otorga facultades revisoras de los hechos declarados probados. Téngase en cuenta que en ambos casos las facultades revisoras son excepcionales, sometándose a límites muy estrictos, pero teniendo en cuenta el carácter excepcional que también reviste la inclusión de una sentencia firme (puesto que su contenido debe, a juicio de la Sala, resultar decisivo para la resolución del procedimiento), debe entenderse que estas situaciones habilitan al ejercicio excepcional de la facultad de alterar los hechos declarados probados que tienen las Salas *ad quem*.

La segunda situación problemática acontece cuando el procedimiento laboral alcanza firmeza y también sobreviene la firmeza de una sentencia penal por los mismos hechos, en cuyo caso nos podríamos preguntar sobre si es posible que tenga alguna influencia en el -ya finalizado- proceso social. En estos casos entra en juego el recurso de revisión de las sentencias firmes, previsto en los artículos 509 y ss. LEC, y 236.1 LRJS.

En principio, salvo los motivos tasados previstos en el artículo 510.1 LEC, resulta inviable rescindir una sentencia judicial que ha adquirido firmeza, por lo que el mero hecho de que recaiga con posterioridad una sentencia penal que apunte en sentido

⁵⁶³ Juicio de elevada complejidad, tal como ya justificamos. *Vid.* Cap. II.III.1.

⁵⁶⁴ STS de 21 de diciembre de 2012 (rec. 1165/2011), FJ 3.

contrario no nos permite abrir la vía del recurso de revisión⁵⁶⁵. La dualidad de resoluciones que se produce en esta situación, por tanto, será consecuencia de la independencia de ambos órdenes jurisdiccionales, cada uno de los cuales opera con sus propios principios y garantías, lo que en ocasiones puede dar lugar a pronunciamientos contradictorios. Y además, debe tenerse en cuenta que no le es imputable al orden jurisdiccional social una eventual vulneración de la garantía de seguridad jurídica consagrada en el artículo 9.3 CE, al tratarse de la sentencia que se dicta en primer lugar⁵⁶⁶.

Sin embargo, de forma excepcional el artículo 86.3 LRJS sí prevé -en relación con el art. 236.1 LRJS- la posibilidad de instar el recurso de revisión previsto en los artículos 509 y ss. LEC cuando concurren ciertas circunstancias que el legislador ha entendido como suficientemente atentatorias contra el principio de seguridad jurídica, como son la inexistencia de hecho o la falta de participación del sujeto en él. La normativa laboral, en fin, abre la posibilidad de que supuestos inicialmente no contemplados en la LEC puedan seguir la misma suerte que los inicialmente allí previstos.

Este precepto ha sido interpretado de forma muy restrictiva en la jurisprudencia social, como consecuencia de la excepcionalísima posibilidad de abrir el recurso de revisión por un motivo que queda fuera de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁵⁶⁷; máxime cuando, de conformidad con lo previsto en el artículo 236.1 LRJS, la naturaleza de esta vía de impugnación se configura de forma tan particular que se equipara al incidente de nulidad de actuaciones (arts. 241 LOPJ y 228 LEC) y a la audiencia al demandado rebelde (arts. 185 LRJS y 501 y ss. LEC). Es decir, si el motivo que se alega para revisar la sentencia laboral firme podría haber sido susceptible de nulidad de actuaciones o audiencia al demandado rebelde y no se han instado dichas vías impugnatorias, no procederá la interposición del excepcionalísimo recurso de revisión; tampoco, por

⁵⁶⁵ En especial, no se trata de una situación susceptible de incurrir en “maquinación fraudulenta”, de acuerdo a la última causa de revisión de sentencias firmes prevista en el artículo 510.1 LEC (STS de 21 de diciembre de 1990, rec. 3310/1989, FJ 1).

⁵⁶⁶ STS de 21 de diciembre de 1990 (rec. 3310/1989), FJ 1.

⁵⁶⁷ Obsérvese que el artículo 236.1 LRJS, que de forma genérica en el ámbito social permite abrir la vía del recurso de revisión de sentencias firmes, únicamente contempla en esta rama del ordenamiento jurídico el acceso a dicha vía de impugnación por “*los motivos de su artículo 510 y por el regulado en el apartado 3 del artículo 86, de la presente Ley*”.

supuesto, cuando estas vías hayan sido previamente desestimadas, toda vez que el recurso de revisión no se configura como un recurso subsidiario de aquéllas.

Como consecuencia de la extraordinaria importancia y del carácter inaudito de la posibilidad que abre el artículo 86.3 LRJS, se ha llevado a cabo una interpretación muy rigorista y literal del precepto⁵⁶⁸, de tal suerte que *a sensu contrario* no procede la revisión de la sentencia firme cuando la posterior sentencia penal resulta condenatoria⁵⁶⁹. Asimismo, resultará inviable la revisión de la sentencia laboral por la posterior resolución penal cuando exista autonomía entre las conductas enjuiciadas en cada uno de los dos procedimientos⁵⁷⁰.

El carácter restrictivo de la revisión de la sentencia laboral también se deja ver en lo que respecta a las formas por las que se puede acreditar la inexistencia del hecho o la falta de participación del trabajador, ya que el régimen variará en función de si estas circunstancias se reconocen por sentencia o por auto de sobreseimiento, que deberá ser libre (no provisional)⁵⁷¹. Y es que habrá que estar al concreto contenido de estas resoluciones, y no a su forma, para ver si cabe la revisión de la sentencia laboral. No por estar ante una sentencia o un auto de sobreseimiento libre podremos acudir automáticamente a la vía revisoria, sino que esta sentencia o este auto deberá reconocer de forma inequívoca que el hecho discutido no se ha cometido o bien que el trabajador no ha participado en él. Y ello porque también cabe dictar auto de sobreseimiento libre si el hecho indiciariamente probado no fuera constitutivo de delito (art. 637 LECrim), en cuyo caso no procederá la vía de revisión⁵⁷². Y tampoco procederá si mediante sentencia

⁵⁶⁸ Tal como dejó indicado SEMPERE NAVARRO, A.V. “Problemas particulares...” *Op.cit.*, pp. 67 y 68.

⁵⁶⁹ STS de 24 de abril de 2014 (rec. 8/2013), FJ 3; ATS de 24 de enero de 2013 (rec. 33/2012), FJ 4.

⁵⁷⁰ SSTS de 21 de octubre de 1998 (rec. 679/1997), FJ 2; de 28 de septiembre de 2011 (rec. 26/2010).

⁵⁷¹ No cabe la revisión frente a autos de sobreseimiento provisional porque se trata de una figura jurídica que se aplica únicamente para sobreseer el asunto por falta de pruebas, tanto de la comisión del hecho como de la participación del sujeto, de acuerdo a lo previsto en el artículo 641 LECrim. Por tanto, se deja abierta la posibilidad de que, si posteriormente aparecen nuevas pruebas en las que sustentar la acusación, se pueda reabrir el procedimiento penal. En este sentido, SSTS de 17 de junio de 1996 (rec. 1611/1995, FJ 4); de 18 de julio de 2012 (rec. 42/2011), FJ 2; de 8 de mayo de 2014 (rec. 12/2013, FJ 3); de 29 de abril de 2016 (rec. 10/2015), FJ 3.

⁵⁷² SSTS de 26 de junio de 1995 (rec. 2568/1993); de 27 de mayo de 1999 (rec. 298/1998).

se absuelve al sujeto por motivos como prescripción de la responsabilidad penal o inexistencia de pruebas de cargo idóneas para desvirtuar la presunción de inocencia⁵⁷³.

A pesar de todo, este carácter restrictivo que viene aplicando el Tribunal Supremo debe ser objeto de revisión⁵⁷⁴, teniendo en cuenta los últimos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos referentes al principio de presunción de inocencia, anteriormente expuestos en este capítulo⁵⁷⁵. Y es que, si bien es correcto que no se permita la revisión de una sentencia laboral firme cuando ambos procedimientos han sido enjuiciados sobre la base de conductas diferentes, como consecuencia del carácter independiente de ambos órdenes jurisdiccionales⁵⁷⁶, existen ciertas restricciones que no resultan acordes a la doctrina del TEDH. En concreto, nos referimos a la falta de eficacia revisora que se otorga al auto de sobreseimiento (libre o provisional) con el que se archiva el procedimiento penal, y el carácter restrictivo que se otorga a las causas de revisión, circunscribiéndolas únicamente a la inexistencia de hecho o la falta de participación en el mismo.

Así, de acuerdo a la doctrina del TEDH, cuando un procedimiento penal finalice antes de la acusación formal, sea cual sea la causa, se genera una situación de presunción de inocencia que debe ser respetada en el resto de los procedimientos que se puedan suscitar por los mismos hechos⁵⁷⁷. Por tanto, cuando una resolución penal sobresea el procedimiento por cualquier motivo, de forma libre o provisional, incluyendo falta de prueba de cargo suficiente como para enervar la presunción de inocencia o falta de trascendencia penal del hecho, se podrá interponer un recurso de revisión para rescindir la sentencia laboral firme que haya impuesto una sanción como consecuencia de la

⁵⁷³ SSTs de 20 de abril de 2009 (rec. 1/2008), FJ 5; de 31 de marzo de 2016 (rec. 3/2015), FJ 4.

⁵⁷⁴ El carácter restrictivo con que opera el artículo 86.3 LRJS, en el caso de dualidad sancionadora, haciendo referencia a la problemática planteada, ha sido objeto de crítica doctrinal, tal como puede verse en CHACÁRTEGUI JÁVEGA, C. *Op.cit.*, pp. 169-170.

⁵⁷⁵ *Vid.* Cap. IV.III.1.

⁵⁷⁶ Si queda acreditada la existencia de hecho y la participación del trabajador, aunque posteriormente no se le condene penalmente, el Tribunal laboral puede entender que estos hechos son constitutivos de una sanción disciplinaria, de acuerdo a los propios principios, garantías y consecuencias jurídicas del orden jurisdiccional social, de acuerdo a las SSTEDH *Vanjak c. Croacia*, de 14 de enero de 2010, párrafos 69 a 71; y *Sikic c. Croacia*, de 15 de julio de 2010, párrafos 54 y 55.

⁵⁷⁷ STEDH *Vanjak c. Croacia*, de 14 de enero de 2010, párrafo 41. En el mismo sentido, STEDH *Sikic c. Croacia*, de 15 de julio de 2010, párrafo 47.

comisión del delito por parte del trabajador (no así cuando la sanción sea consecuencia de un enjuiciamiento independiente de cada orden jurisdiccional)⁵⁷⁸.

Podría pensarse que dicha revisión no es procedente, habida cuenta de que el procedimiento laboral ha sido resuelto en primer lugar y, posteriormente, ha sido el proceso penal el que ha llegado a su fin, sin que se pueda achacar a los Tribunales laborales una eventual vulneración de la presunción de inocencia. Siendo el orden cronológico cierto, el hecho de que recaiga resolución penal que sobresea el procedimiento hace que la presunción de inocencia deba ser respetada en todo procedimiento judicial posterior, como el resultante de la interposición del recurso de revisión. Admitir la posibilidad de que la resolución laboral firme no se rescinda supondría admitir la posibilidad de que el Tribunal Supremo en el recurso de revisión pueda vulnerar el citado Derecho fundamental a la presunción de inocencia, desconociendo la doctrina emanada del TEDH.

⁵⁷⁸ Muy ilustrativa y contundente es la jurisprudencia del TEDH que deriva esta garantía del principio *in dubio pro reo* anclado a la presunción de inocencia, al afirmar que “no debe existir ninguna diferencia cualitativa entre una absolución por falta de pruebas y una absolución resultante de una constatación indudable de la inocencia del particular” (STEDH *Tendam c. España*, de 13 de julio de 2010, parágrafo 37, si bien se puede encontrar la misma fórmula estandarizada en las resoluciones anteriormente citadas). El hecho de que el TEDH dote de este contenido al principio *in dubio pro reo* apuntala aún más la conclusión a la que llegábamos anteriormente. El TEDH utiliza este principio alejándolo del terreno de la valoración probatoria (que es su contenido tradicional, tal como vimos en este capítulo) para trasladarlo a la situación en la que se siembran dudas sobre la inocencia del particular de forma totalmente improcedente a la luz del propio proceso penal.

CAPÍTULO V.- EL PAPEL DE LA PROPORCIONALIDAD EN LAS SANCIONES LABORALES: PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, REINCIDENCIA Y *NON BIS IN ÍDEM*

I. Planteamiento

En este capítulo, estudiaremos la proporcionalidad de la sanción laboral, entendida en sentido amplio. Esto es, no únicamente el principio de proporcionalidad en cuanto tal, sino todas sus manifestaciones, incluyendo la reincidencia y el principio *non bis in ídem*. La ubicación de este último principio en este capítulo puede resultar problemática, habida cuenta de su estrecha conexión con los principios de legalidad y tipicidad, pero la configuración de su contenido a la luz de la jurisprudencia supranacional permite afirmar que encuentra un fundamento prevalente en el principio de proporcionalidad, fundamento que justifica la ubicación elegida en este trabajo.

El análisis de cada una de las manifestaciones se realizará de la misma forma con la que venimos operando a lo largo de este trabajo. Se estudiará el contenido de cada figura jurídica para después adecuar su tratamiento a las sanciones laborales. Ahora bien, de este proceder queda exceptuada la reincidencia, toda vez que resulta más conveniente pronunciarse directamente sobre su contenido jurídico-laboral haciendo constar en unidad de acto sus diferencias respecto al contenido tradicional, como consecuencia de las diferentes acepciones y de los diferentes conceptos manejados en cada ámbito.

Con este proceder, comenzaremos analizando el principio de proporcionalidad en sentido estricto, estudiando su fundamento y el diferente contenido que ha tenido en el ámbito laboral respecto al ámbito público. Esta diferencia de tratamiento no resulta justificada por la naturaleza privada de las sanciones de trabajo, por lo que conviene reelaborar su contenido considerando que con ello no invadimos las competencias empresariales en la imposición de la sanción ni las alteramos sustancialmente, por el carácter palmario que debe revestir toda desproporción jurídicamente reprobable. En relación a este principio, consideraremos la figura de la reincidencia como una manifestación especialmente relevante del principio de proporcionalidad, yendo más allá del contenido con el que se le ha configurado tradicionalmente, es decir, un parámetro fáctico que da lugar a una sanción mayor.

Llegados a este punto, nos centraremos en el estudio del principio *non bis in ídem* como manifestación de la proporcionalidad sancionadora. Para ello, comenzaremos calificando el principio como manifestación constitucional, en línea con el

replanteamiento doctrinal que centra este trabajo. Este carácter cambia el sentido del principio y le dota de un contenido más amplio, que debe ponerse en conexión con los principales grupos de casos en los que se manifiesta el principio de proporcionalidad.

Así, trataremos la conexión que se puede dar entre las sanciones penal y laboral, que aunque ya fueron parcialmente analizadas en el capítulo dedicado a la presunción de inocencia, traer a colación este contenido y conectarlo con el principio *non bis in ídem* nos dará una visión completa de las complejas y diversas situaciones que se pueden dar en tales casos. Asimismo, analizaremos su incidencia ante la concurrencia de dos sanciones laborales, pero teniendo en cuenta que la mayor problemática suscitada en este aspecto reside en la posibilidad de que la propia normativa laboral infrinja el principio *non bis in ídem* en dos supuestos diferentes: cuando establece que, tras la declaración judicial de improcedencia o revocación total de la sanción por ser desproporcionada, el juez puede autorizar a que el empleador imponga una nueva sanción que resulte proporcional a la falta cometida; y en segundo lugar, cuando introduce la posibilidad de que el despido disciplinario que adolece de defectos formales puede ser subsanado una vez tales defectos son advertidos después del propio despido, o bien cuando judicialmente se aprecian.

II. El principio de proporcionalidad en sentido estricto

II.1.- Las garantías constitucionales de proporcionalidad y su contenido en el ámbito jurídico-penal

La exigencia de proporcionalidad es una garantía inherente al sistema sancionador. Todo sector del ordenamiento jurídico que coaccione a sus ciudadanos debe encontrarse legitimado por parte del Estado de Derecho, legitimación que impone la necesidad de que las restricciones sobre la libertad de los particulares tengan como límite la proporcionalidad al hecho cometido. Si se cumple este condicionante, un sistema punitivo proporcional contribuye a maximizar la libertad del conjunto de la sociedad a través de una sanción adecuada impuesta al ciudadano que delinque⁵⁷⁹.

⁵⁷⁹ LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. “La proporcionalidad de la norma penal” en *Cuadernos de Derecho público*, Instituto Nacional de Administración Pública, nº 5, 1998, pp. 159-160; LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. “Proporcionalidad penal” en MAQUEDA ABREU, M.L.; MARTÍN LORENZO, M.; VENTURA PÜSCHEL, A (coords.) *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho*, Universidad Complutense de Madrid, 2016, p. 175. En este estudio dejaremos de lado, por su desconexión con el objeto del trabajo, lo que se ha denominado *dimensión formal* del principio de proporcionalidad; esto es, la exigencia de que se motive la adopción de la medida restrictiva. Esta

La proporcionalidad implícita a todo sistema sancionador se ha constitucionalizado en nuestro ordenamiento jurídico. Así, si bien en un primer momento se hablaba de que tal garantía derivaba de los principios de Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), de dignidad de la persona (art. 10.1 CE), y de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE)⁵⁸⁰, esta línea doctrinal fue matizada posteriormente, entendiéndose que si la medida restrictiva incidía sobre un Derecho fundamental, la emanación constitucional del principio de proporcionalidad debe encontrarse en el propio Derecho fundamental afectado⁵⁸¹. Si bien es esta última vertiente del principio de proporcionalidad la que ha adquirido un mayor desarrollo en el Derecho penal, habida cuenta de la conexión de su objeto con los Derechos fundamentales, su importancia cuantitativa no puede pasar por alto la primera de estas vertientes, toda vez que existen penas que no afectan a ningún Derecho fundamental⁵⁸², en cuyo caso la exigencia de proporcionalidad deberá encontrarse en los preceptos constitucionales antedichos⁵⁸³.

La principal característica del principio de proporcionalidad es el hecho de que conecta una medida restrictiva de derechos individuales con su finalidad, sin estudiarla aisladamente. Y ello sin perjuicio de que cuando la medida se considera desproporcionada

dimensión se desarrolla en GONZÁLEZ BEILFUSS, M. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, 2ª edición, 2015, pp. 94-97.

⁵⁸⁰ SSTC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 9 (si bien refiriendo únicamente al Estado de Derecho); 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3. La STC 160/1987, de 27 de octubre, en su FJ 6, ya asumía implícitamente esta conexión al afirmar, en relación al control constitucional de la desproporción de una pena, que existirá tal desproporción si la irrazonabilidad alegada llega hasta una lesión del propio Estado de Derecho, del valor justicia, y del principio de dignidad de la persona, en una línea jurisprudencial que posteriormente ha sido concretada, tal como puede verse en la STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 12. En el ámbito doctrinal, AGUADO CORREA, T. *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, EDERSA, 1999, p. 49.

⁵⁸¹ STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 12, a la que se remite expresamente la STC 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 4; 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8. Muy ilustrativas, al dejar sentada tal distinción de forma explícita, resultan las SSTC 65/1986, de 22 de mayo, en cuyo FJ 2 se afirma que con carácter general el principio de proporcionalidad deriva de la cláusula de Estado de Derecho, si bien el análisis se centrará en la desproporción en relación al Derecho fundamental afectado porque así lo ha planteado el recurrente; y 55/1996, de 28 de marzo, en cuyo FJ 3 se hace referencia al análisis genérico (lo que justifica su inclusión en la anterior nota al pie de página) para posteriormente contraponerlo al aplicable cuando se afecta a un Derecho fundamental. Véase también GONZÁLEZ BEILFUSS, M. *Op.cit.*, p. 77.

⁵⁸² Piénsese, por ejemplo, en la pena de privación de permiso de conducción de vehículos a motor, prevista en los artículos 33.2.f, 33.3.d, y 33.4.a CP.

⁵⁸³ En sentido contrario, LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. “¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional”, *InDret*, nº 3, 2012, p. 15. Reconociendo la dificultad de aplicar el principio de proporcionalidad a las medidas que no afecten a Derechos fundamentales, si bien reconduciendo esta problemática en caso de las penas a una restricción del artículo 25.1 CE, GONZÁLEZ BEILFUSS, M. *Op.cit.*, p. 77.

se declara inconstitucional la medida en cuestión, y no así su finalidad ni su relación medio-fin⁵⁸⁴. Precisamente esta necesaria relación con su finalidad nos permite entrar a valorar el contenido⁵⁸⁵ del principio de proporcionalidad, ya que el primero de los elementos que lo integran es la verificación de un *fin legítimo* al que tienda la medida restrictiva. En efecto, si lo que pretende el principio de proporcionalidad es maximizar la libertad para el conjunto de la sociedad, ésto sólo será posible si se sanciona el atentado a un bien jurídico que la sociedad considere como relevante, esté constitucionalizado o no lo esté⁵⁸⁶, si bien será imprescindible que sea constitucionalmente legítimo⁵⁸⁷. Además, una vez ha quedado sentado que la medida en cuestión persigue un fin legítimo, para que se considere proporcional se requiere que la medida en cuestión resulte *idónea* para tal fin. Es decir, que sea funcionalmente apta para lograrlo, que objetivamente tienda hacia su consecución, puesto que sin esta idoneidad no hay beneficio alguno para la libertad de la sociedad al no compensar los efectos adversos contra ella que se producen simplemente con el hecho de aplicarse a un ciudadano⁵⁸⁸.

A partir de este punto, nos encontramos con los dos elementos más importantes del principio de proporcionalidad, ya que introducen ciertas precisiones que lo dotan de un cariz bastante más complejo. En efecto, la exigencia de proporcionalidad no queda satisfecha si contribuye de cualquier forma a la maximización del bienestar social, sino que precisa una maximización extraordinaria, una contribución beneficiosa a la sociedad que esté fuera de toda duda⁵⁸⁹. Por ello, la proporcionalidad de una pena exige que ésta

⁵⁸⁴ GONZÁLEZ BEILFUSS, M. *Op.cit.*, p. 81.

⁵⁸⁵ Contenido que, tal como se ha señalado doctrinalmente, en los últimos tiempos ha sufrido una excesiva relajación en su aplicación y apenas se ha ahondado en una profundización dogmática. Así, GONZÁLEZ BEILFUSS, M. *Op.cit.*, pp. 70-71.

⁵⁸⁶ LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. “La proporcionalidad de la norma penal” *Op.cit.*, pp. 164-165; LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. “Proporcionalidad penal” *Op.cit.*, p. 177. La jurisprudencia constitucional habla de bienes constitucionalmente protegidos y también socialmente relevantes. Véanse las SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 7; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 10; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23; 60/2010, de 7 de octubre, FFJJ 10 y 11.

⁵⁸⁷ GONZÁLEZ BEILFUSS, M. *Op.cit.*, p. 100.

⁵⁸⁸ LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. “La proporcionalidad de la norma penal” *Op.cit.*, p. 165; LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. “Proporcionalidad penal” *Op.cit.*, p. 182; GONZÁLEZ BEILFUSS, M. *Op.cit.*, p. 101. En un sentido similar, desarrollando cómo debe ser configurada la pena en atención a este requisito de idoneidad, AGUADO CORREA, T. *Op.cit.*, pp. 151-157. La doctrina constitucional sobre la idoneidad de una pena en relación al fin perseguido puede verse en las SSTC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23; 60/2010, de 7 de octubre, FJ 13.

⁵⁸⁹ LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. “Proporcionalidad penal” *Op.cit.*, pp. 176-177.

sea necesaria y proporcional en sentido estricto. En primer lugar, el requisito de *necesidad* implica la realización de un juicio hipotético con otras medidas que puedan servir al mismo fin que se persigue, de cara a valorar si la medida finalmente aplicada no pueda sustituirse por otra menos coactiva e igualmente eficaz⁵⁹⁰. De otro lado, el *principio de proporcionalidad en sentido estricto* valora la medida respecto a sí misma, de tal suerte que se superará si su implantación conlleva más beneficios para la sociedad que perjuicios para el particular⁵⁹¹. Obsérvese que en ambos casos existe un parámetro comparativo: en el juicio de necesidad, respecto a otras medidas hipotéticas, y en la proporcionalidad en sentido estricto, respecto a su utilidad para maximizar la libertad social. Ello justifica, tal como retomaremos a continuación, que estos dos requisitos necesiten unos parámetros de enjuiciamiento más tasados y complejos que los dos primeros⁵⁹².

Con este contenido, el principio de proporcionalidad entra en juego en dos momentos diferentes: primero de forma abstracta, en la configuración de la pena por parte del legislador, y posteriormente de forma concreta, en su aplicación por parte del órgano judicial. En todo caso, ambas intervenciones deberán darse de forma cautelosa para no invadir ámbitos competenciales ajenos, bien del legislador, bien del juez, respectivamente⁵⁹³.

⁵⁹⁰ SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 8; 136/1999, de 20 de julio, FFJJ 23 y 28; 60/2010, de 7 de octubre, FFJJ 14 y 15. Doctrinalmente, ello ha llevado a considerar que guardan relación con el juicio de necesidad derivado del principio de proporcionalidad dos manifestaciones penales de capital importancia: el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos (el Derecho penal únicamente debe proteger intereses socialmente relevantes merecedores de tal protección), y el principio de intervención mínima (únicamente se debe actuar jurídico-penalmente contra los ataques más graves que se lleven a cabo lesionando dichos bienes tan relevantes). En este sentido, AGUADO CORREA, T. *Op.cit*, pp. 159 y ss. Véase también GONZÁLEZ BEILFUSS, M. *Op.cit*, p. 103.

⁵⁹¹ SSTC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23; 60/2010, de 7 de octubre, FJ 16. Doctrinalmente, GONZÁLEZ BEILFUSS, M. *Op.cit*, pp. 108-109.

⁵⁹² GONZÁLEZ BEILFUSS, M. *Op.cit*, pp. 104 y 112. El autor, con todo, diferencia ambos parámetros entendiendo que el juicio de necesidad en un proceso de comparación fáctico, mientras que el de proporcionalidad en sentido estricto es jurídico, de tal suerte que el primero es más concreto que el segundo, más abstracto y ponderativo. En todo caso, téngase en cuenta que la realización de esta comparación deberá tener en cuenta todas las circunstancias inherentes a la medida adoptada, todos los costes y beneficios (costes económicos, importancia del bien jurídico protegido, daños afectivos de carácter extraordinario...), sin poder quedarnos únicamente en un análisis del nivel de coacción implantado. Véanse LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. “La proporcionalidad de la norma penal” *Op.cit*, p. 167; LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. “Proporcionalidad penal” *Op.cit*, pp. 184-186 en lo que respecta al juicio de necesidad, y pp. 187-188 respecto al juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

⁵⁹³ Si bien argumentando al hilo de la proporcionalidad en sentido estricto, AGUADO CORREA, T. *Op.cit*, p. 282.

En lo que hace a la configuración normativa, la gravedad de la pena debe ser proporcional a la del delito que se tipifica⁵⁹⁴. Si la norma no cumple esta relación de necesaria graduación, el debido respeto al ámbito competencial del legislador⁵⁹⁵ hace que debamos derivar distintas consecuencias en función de dónde se sitúe la tacha de desproporción. Si se sitúa en cualquiera de los dos primeros elementos (es decir, si la medida no persigue un fin legítimo protegido, o la persigue pero no es apta para lograrlo), no existirá conflicto competencial alguno porque la inconstitucionalidad deriva de unas premisas muy sencillas que no requieren de un complejo juicio comparativo tal que eventualmente pudiera incidir en el papel del legislador. Si, por el contrario, la desproporción va referida a los juicios de necesidad o proporcionalidad en sentido estricto no nos encontramos ante un control tan sencillo, toda vez que podemos hallarnos ante una desproporción o ante una decisión legislativa que cae dentro del margen de apreciación del legislador y en la presunción de legitimidad de sus normas. El criterio determinante para decantarnos por una solución u otra estriba en un criterio cuantitativo, en el hecho de que la medida se pueda considerar tan disfuncional (o tener una funcionalidad a todas luces inadecuada) como para considerar que aboca a una inversión irrazonable de la libertad social⁵⁹⁶. Es precisamente por ello que el principio de proporcionalidad debe aplicarse con una cierta flexibilidad para no incidir sobre las competencias legislativas, tal como dejó sentado el Tribunal Constitucional. A dicho órgano jurisdiccional únicamente le compete pronunciarse sobre el encuadramiento constitucional de la medida sin realizar ninguna valoración de oportunidad. Así, en lo relativo al juicio de necesidad, únicamente se podrá entender una medida desproporcionada cuando existan pautas valorativas inadmisibles que desemboquen en razonabilidad o arbitrariedad, por ser evidente la presencia de medios alternativos menos gravosos. Del mismo modo, la proporcionalidad en sentido estricto únicamente podrá ser valorada en amparo cuando

⁵⁹⁴ Para ello, se han aportado diversos criterios, tales como la importancia del bien jurídico protegido, el grado de ofensa o la trascendencia social del hecho, teniendo en cuenta que esta graduación debe guardar relación con los diversos fines de la sanción penal. Así, AGUADO CORREA, T. *Op.cit.*, pp. 284 y ss.

⁵⁹⁵ La STC 60/2010, de 7 de octubre, en su FJ 7, se refiere al debido respeto al ámbito competencial como planteamiento formal de enjuiciamiento, en contraposición al planteamiento sustantivo, entendido éste como el control material que la Constitución impone a la ley. El planteamiento formal ha levantado especial atención en la doctrina, como puede verse en GONZÁLEZ BEILFUSS, M. *Op.cit.*, pp. 79-80.

⁵⁹⁶ LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. “La proporcionalidad de la norma penal” *Op.cit.*, p. 179. Este mayor énfasis en el control de la necesidad y proporcionalidad en sentido estricto se puede ver, por todas, en la STC 60/2010, FFJJ 14 y 16, donde, una vez consolidada la jurisprudencia constitucional, se pone especial énfasis en el respeto al ámbito competencial del legislador justo al analizar estos pasos argumentativos.

exista un desequilibrio patente y excesivo entre la sanción y finalidad de la norma a partir de pautas axiológicas indiscutibles y su concreción legal, de tal forma que se descarte el desequilibrio tan manifiesto como para que se pueda considerar un atentado contra el Estado de Derecho⁵⁹⁷.

A pesar de estas especiales cautelas a la hora de verificar la proporcionalidad en abstracto de la medida cuestionada, no podemos afirmar que estemos abandonando el terreno de la proporcionalidad para adentrarnos en un juicio de arbitrariedad del legislador; esto es, un estudio no tan tasado donde únicamente se valora la potestad legislativa desde un prisma de la total irrazonabilidad en el uso de las potestades conferidas. Y es que el juicio de arbitrariedad se enmarca en la valoración, única y exclusivamente, de la medida cuestionada, dejando de lado la relación medio-fin propia del análisis de proporcionalidad⁵⁹⁸. Y precisamente en esta relación es donde se encuadran los elementos de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto que estamos estudiando⁵⁹⁹.

Por otro lado, en el momento de la aplicación de la norma, el órgano judicial también se encuentra sometido al principio de proporcionalidad, debiendo interpretar los preceptos de forma adecuada al principio de proporcionalidad. En esta aplicación jugarán un papel relevante, de nuevo, los juicios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Respecto al primero, el juicio hipotético debe partir de pautas valorativas constitucionalmente indiscutibles, si bien en la práctica ha tenido una especial importancia la comparación de la medida adoptada con otras semejantes o análogas en el seno de nuestro ordenamiento jurídico⁶⁰⁰, de ahí que en el momento de aplicación de una sanción penal no tenga una gran trascendencia práctica. En lo que hace al principio de proporcionalidad en sentido estricto, debe realizarse un juicio muy influenciado por las

⁵⁹⁷ *Ídem*, pp. 180-182. Este desarrollo constitucional puede verse en las SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6-9; 161/1997, de 2 de octubre, FFJJ 9 y 12; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23; 99/2008, de 24 de julio, FJ 4; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 7; 127/2009, de 26 de mayo, FJ 8; 60/2010, de 7 de octubre, FJ 7. En el mismo sentido, GONZÁLEZ BEILFUSS, M. *Op.cit*, pp. 105 y 110.

⁵⁹⁸ GONZÁLEZ BEILFUSS, M. *Op.cit*, p. 83.

⁵⁹⁹ Precisamente por ello, las SSTC 93/2017, de 6 de julio, FJ 3; y 49/2018, de 10 de mayo, FJ 7, tras sentar la diferencia entre juicio de proporcionalidad y arbitrariedad, afirma que para valorar si una medida legislativa es arbitraria únicamente habrá que estudiar si obedece a un interés legítimo. Valoración que, como debemos comprobar, se identifica con el juicio de idoneidad en el ámbito del análisis de proporcionalidad.

⁶⁰⁰ GONZÁLEZ BEILFUSS, M. *Op.cit*, p. 107.

circunstancias concretas del caso concreto⁶⁰¹, aunque se puede afirmar que la imposición de la sanción queda parcialmente determinada por la configuración normativa, de tal forma que si el precepto penal abriera un marco punitivo abstracto, el órgano judicial debería aplicarlo adecuándolo a las circunstancias concretas del caso a fin de que entre la pena aplicada y la conducta cometida se guardara la necesaria relación de proporcionalidad⁶⁰². Si, por el contrario, el Código Penal marcara de forma indubitada la pena a imponer y el Tribunal no pudiera apartarse de tal consecuencia jurídica, el órgano judicial deberá aplicar el precepto controvertido, si bien puede exponer al Gobierno las razones que le llevan a entender que la aplicación en ese caso concreto es desproporcionada, y, consecuentemente, de aconsejable derogación o modificación, en virtud de lo previsto en el artículo 4.3 CP⁶⁰³. Con todo, este mecanismo no se considera suficiente a efectos de garantizar la proporcionalidad en el sistema penal, como consecuencia de la conexión que se produce entre el poder ejecutivo y judicial, lo que ha llevado a considerar la conveniencia de apartarse de lo dispuesto en tal precepto para acudir directamente a la cuestión de inconstitucionalidad⁶⁰⁴.

II.2.- El principio de proporcionalidad en Derecho del trabajo. Acerca de la legitimación estatal de las sanciones laborales y su nivel de influencia

Tal como ya justificamos⁶⁰⁵, el poder disciplinario empresarial se configura como un auténtico sistema sancionador. Y como tal, implícitamente contiene la exigencia de que las medidas adoptadas, las sanciones, sean proporcionadas⁶⁰⁶. Bien es cierto que,

⁶⁰¹ *Ídem*, p. 111.

⁶⁰² AGUADO CORREA, T. *Op.cit*, p. 316.

⁶⁰³ LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. “La proporcionalidad de la norma penal” *Op.cit*, p. 183. En las pp. 184-185, el autor hace referencia a la posible invasión competencial que se puede dar entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en la interpretación de los preceptos penales cuando el asunto es posteriormente recurrido en amparo. Según este autor, salvo casos de manifiesta desproporción, el juicio debe finalizar en la vía judicial, si bien el Tribunal Constitucional ha afirmado que puede pronunciarse sobre la proporcionalidad de una pena con una forma e intensidad distintas en su aplicación respecto al momento en que se configuran legislativamente. Esta apreciación le sirvió para dictar la STC 111/1993 haciendo una interpretación del tipo penal contraria a la dominante en la jurisdicción ordinaria. En un sentido similar, afirmando la potestad interpretativa del Tribunal Constitucional derivada del parámetro de proporcionalidad en sentido estricto, pero reconociendo que puede plantear problemas competenciales, GONZÁLEZ BEILFUSS, M. *Op.cit*, pp. 117-119.

⁶⁰⁴ AGUADO CORREA, T. *Op.cit*, p. 321.

⁶⁰⁵ *Vid.* Cap. I.III.2.

⁶⁰⁶ TERRADILLOS ORMAETXEA, E. *El poder disciplinario empresarial. Principios y garantías*, Tirant lo Blanch, 2004, p. 46; TERRADILLOS ORMAETXEA, E. *Principio de proporcionalidad*,

dado su carácter privado, esta garantía no puede derivar de un sistema que maximice la libertad social de forma que se puede conectar de forma directa con el propio concepto de Estado democrático de Derecho, pero ello no implica que la idea de legitimación estatal desaparezca de este análisis. Muy al contrario, tal como ya apuntamos⁶⁰⁷ la intervención del Estado pasa por un reconocimiento y legitimación de la posición empresarial y de los poderes inherentes a dicha posición, si bien reconociéndolos y adecuándolos a los parámetros razonables dentro del marco jurídico estatal. De esta forma, la exigencia de proporcionalidad en el ámbito de las sanciones laborales deriva del necesario reconocimiento estatal de los poderes empresariales, que deben legitimarse y, consecuentemente, racionalizarse. Para ello, condición indispensable es que la posición empresarial tenga vedada la posibilidad de imponer sanciones desproporcionadas.

Nótese que en este supuesto, a la inversa del *iter* desarrollado en capítulos precedentes, la medida sancionadora no se configura como una garantía limitativa del poder que se ha constitucionalizado como Derecho fundamental y que justifica su proyección horizontal. En este caso, deriva de la legitimación estatal de la posición empresarial que incluye un poder sancionador, por lo que su anclaje constitucional lo debemos buscar en los mismos preceptos que lo sustentan en el ámbito jurídico-público cuando la pena no afecta a Derecho fundamental alguno: el Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), el principio de dignidad de la persona (art. 10.1 CE), y la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE)⁶⁰⁸. Podría pensarse que

Constitución y Derecho del trabajo, Tirant lo Blanch, 2004, p. 35. En la doctrina italiana también se reconoce que la proporcionalidad es un límite material derivado del propio ordenamiento jurídico (un límite interno) relacionado con la congruencia del procedimiento sancionador. Así, interpretando el artículo 2106 *Codice Civile*, MAINARDI, S. *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, Giuffrè, 2002, p. 308. En sentido contrario, afirmando que se trata de una exigencia derivada del principio de buena fe, PERRINO, A.M. “Il principio di proporzionalità della sanzione disciplinare e la recidiva” en CARINCI, F (dir.); MAINARDI, S (coord.) *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, UTET, 2012, p. 174.

⁶⁰⁷ Vid. Cap. I.II.3.

⁶⁰⁸ En un sentido similar, TERRADILLOS ORMAETXEA, E. *Principio de proporcionalidad... Op.cit.*, pp. 35-40. La autora, sin embargo, afirma que el principio de proporcionalidad encuentra anclaje en el concepto justicia como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), y en la defensa de la legalidad, consagrada en el artículo 9.3 CE y, también, 25.1 CE. Respecto a este último precepto, la autora aclara su posición afirmando que no se trata de un anclaje único y exclusivo, sino que debe entenderse como un nexo de unión de carácter matizado, en el sentido de que toda sanción tipificada, incluso en el ámbito laboral, sea proporcionada. Con todo, la conexión con el artículo 1.1 CE debe entenderse referida a la legitimación estatal de la posición empresarial, sin que a ella nada añada el concepto justicia, al ser un concepto excesivamente abstracto que se entiende implícito en tal legitimación. Por otro lado, respecto al principio de legalidad, no parece razonable validarlo como anclaje del principio de proporcionalidad, ya que se encuentran en planos diferentes: el principio de

cuando la sanción laboral consista en una suspensión de empleo y sueldo o en una detracción proporcional de salarios la eventual afectación al Derecho fundamental de propiedad⁶⁰⁹ sí determina que la proporcionalidad emane de éste. Pero el derecho de propiedad en modo alguno se ve lesionado, porque en estas sanciones el salario no se ha devengado en el momento en que se impone la sanción⁶¹⁰ y el Derecho de propiedad protege precisamente los bienes una vez han sido incorporados al patrimonio⁶¹¹.

En fin, en la medida en que el poder disciplinario empresarial se configura como un régimen sancionador, las sanciones laborales se encuentran sometidas al principio de proporcionalidad que se proyecta en una doble vertiente: en un primer plano abstracto, respecto a la configuración de la sanción; y posteriormente en su concreción, en la imposición de la sanción por parte del empleador.

II.2.A.- Proporcionalidad en la configuración de la sanción. Más límites a la potestad normativa del legislador y de los agentes colectivos

La proporcionalidad en la configuración de la sanción viene exigida, en primer término, por la normativa jurídico-laboral. Así, el artículo 58.1 ET exige que las sanciones se encuentren *graduadas* legal o convencionalmente. El modo de llevar a efecto esta graduación se puede extraer, asimismo, de los artículos 58.2 y 60.2 ET, preceptos que dividen las sanciones en *leves*, *graves*, y *muy graves*⁶¹². De esta forma, la disposición legal o la negociación colectiva que establezcan el elenco de sanciones deberán respetar

legalidad pretende garantizar la seguridad jurídica y la posibilidad de que el sujeto oriente su conducta con plena libertad, mientras que el principio de proporcionalidad pretende que, una vez desviada la conducta hacia la comisión de un ilícito, la consecuencia jurídica impuesta no sea irrazonable a la luz de los valores que informan el ordenamiento jurídico en su conjunto.

⁶⁰⁹ Consagrado en el artículo 33 CE y, determinando su definitiva configuración como Derecho fundamental, el artículo 1 del Protocolo Adicional CEDH, rubricado en París el 20 de marzo de 1952, en relación con el artículo 10.2 CE.

⁶¹⁰ Así, en la sanción de empleo y sueldo el salario que no se percibe no lo es precisamente por no haber prestado servicios durante esos días. En lo que a la detracción proporcional de salarios respecta, la sustracción que se produce es precisamente en cuantía equivalente al retraso o la falta de asistencia en la incorporación al trabajo. Así, CASTRO ARGÜELLES, M.A. *El régimen disciplinario en la empresa. Infracciones y sanciones laborales*, Aranzadi, 1993, pp. 229 y 238. De hecho, precisamente el poder detraer salario que aún no ha sido incorporado al patrimonio del trabajador marca la licitud de este tipo de sanciones, toda vez que en el supuesto contrario estaríamos hablando de multa de haber, proscrita por el artículo 58.3 ET. En este sentido, respecto al descuento proporcional de salarios, CASTRO ARGÜELLES, M.A. *Op.cit*, p. 239.

⁶¹¹ *Vid.* Cap. I.IV.

⁶¹² FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, 1991, p. 277.

estos tres niveles, al tratarse de un condicionante previsto normativamente y configurado como un límite al poder disciplinario, fuera del cual la sanción se reputará inválida⁶¹³.

Por lo demás, cumplido este condicionante, el legislador y los sujetos colectivos tienen un amplio margen de apreciación para establecer cuáles son las sanciones que integran cada modalidad⁶¹⁴, si bien este margen no es absoluto. La proyección del principio de proporcionalidad sobre las sanciones laborales implica que su configuración abstracta debe perseguir un fin legítimo como es la protección del interés empresarial, de forma que se tienda a la protección efectiva de tal interés (idoneidad), siendo el medio efectivo menos gravoso para su consecución (necesidad), y reportando más beneficios que perjuicios para el conjunto del sistema de relaciones laborales (proporcionalidad en sentido estricto)⁶¹⁵.

Como podemos comprobar, con carácter general las sanciones laborales previstas en las normas laborales cumplen los dos primeros requisitos, al asentarse sobre parámetros valorativos razonables y tender a una finalidad legítima como la protección del interés empresarial. Ahora bien, los dos últimos presentan mayores problemas. Y no es casual. Tal como indicamos, estos dos elementos suponen pasos argumentativos de índole comparativa: tanto de forma externa (el juicio de necesidad que incorpora un juicio hipotético) como de forma interna (el principio de proporcionalidad en sentido estricto que compara los beneficios y perjuicios reportados por la sanción). Por ello, habida cuenta

⁶¹³ TERRADILLOS ORMAETXEA, E. *El poder disciplinario...* *Op.cit*, pp. 49-50.

⁶¹⁴ Refiriéndose a la negociación colectiva, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *Op.cit*, p. 279.

⁶¹⁵ En sentido contrario, defendiendo la conveniencia del principio de proporcionalidad en sede de la negociación colectiva pero reconociendo su inaplicación, TERRADILLOS ORMAETXEA, E. *El poder disciplinario...* *Op.cit*, pp. 50-51. La autora sostiene que, en lo que hace al requisito de idoneidad, el hecho de que el convenio colectivo establezca varias sanciones posibles ante la comisión de una falta determina la imposibilidad de su aplicación en esta sede. Sin embargo, lo determinante a efectos de la proporcionalidad no es realizar un juicio por cada nivel de graduación de faltas, sino verificar si cada concreta sanción que se puede imponer, en abstracto, es apta para lograr la protección empresarial. En lo relativo a la necesidad de la sanción, la autora se limita a citar la conveniencia de su introducción en este análisis, sin ulteriores justificaciones. Finalmente, en lo que respecta a la proporcionalidad en sentido estricto, se expone que la negociación colectiva suele remitir al empleador la valoración acerca de tal requisito; esto es, que tomando en consideración todas las circunstancias concurrentes, sancione de tal forma que se reporten más beneficios que perjuicios. Pero con esta argumentación la autora confunde las dos esferas de proporcionalidad: en un plano abstracto, mediante su configuración, y en un plano concreto, en su imposición. En lo que ahora interesa, lo relevante es si la previsión de esa sanción como respuesta a una determinada falta determina, en abstracto y sin considerar más condicionantes, una valoración positiva en el balance entre la protección del interés empresarial como objeto de protección y la restricción de la esfera jurídica del trabajador, de conformidad con los parámetros valorativos propios del Estado de Derecho que legitima la posición sancionadora empresarial.

del amplio margen de apreciación con el que cuenta el configurador de la sanción, y la dificultad de verificar con carácter indubitado la superación de estos juicios por su carácter abstracto, el estándar de incidencia del principio de proporcionalidad debe ser análogo al que expusimos anteriormente. Esto es, salvo que la sanción incurra en parámetros fácticos o axiológicos manifiestamente erróneos de tal suerte que de forma palmaria se pueda sostener tanto la existencia de una sanción eficaz menos gravosa como una excesiva desproporción en su configuración, deberá considerarse que la sanción se enmarca de forma adecuada dentro de los parámetros constitucionales.

De igual forma que en lo relativo al principio de legalidad⁶¹⁶, si una sanción incorrectamente configurada lleva a una errónea imposición por parte del empleador que conduce ineludiblemente a su revocación, existe la posibilidad de que el afectado por la incorrecta determinación de los preceptos sancionadores pueda pedir responsabilidad extracontractual a quienes intervinieron en su formulación: esto es, el legislador o los sujetos negociadores de un convenio colectivo estatutario. Esta solución contrasta con el régimen de sanciones italiano, que reconoce al empresario la potestad última de configurar el régimen disciplinario, si bien puede verse influido en gran medida por la negociación colectiva. De esta forma, siendo el responsable último de configurar las sanciones, resultará inviable que pueda repercutir las consecuencias de cualquier formulación inadecuada, lo que no impide que la doctrina alerte sobre el riesgo de que las cláusulas pactadas convencionalmente, sin un ulterior filtro empresarial que pueda revertir los vicios de desproporción de los que pueda adolecer, puedan determinar la invalidez “en cadena” de la ulterior sanción que se imponga⁶¹⁷.

II.2.B.- La proporcionalidad en la imposición de las sanciones laborales. Sobre los parámetros tradicionales de control y la necesidad de superarlos

La proporcionalidad en la imposición de la sanción adquiere una mayor importancia que en el momento de su configuración⁶¹⁸, ya que toda proporcionalidad requiere una alta

⁶¹⁶ Vid. Cap. III.IV.2.

⁶¹⁷ MAINARDI, S. *Op.cit.*, p. 310.

⁶¹⁸ Sobre esta especial importancia tiene interés traer a colación un reciente debate que se ha suscitado en Italia sobre la *Legge 23/2015*, de 4 de marzo, en cuyo artículo 3 se modificaba el régimen de despido para los trabajadores que fueran contratados de forma indefinida a partir del 7 de marzo de 2015 (fecha de la entrada en vigor de la citada ley). En virtud de la modificación operada, se afirmaba que “exclusivamente en la hipótesis de despido por justo motivo subjetivo o por justa causa en la que se haya demostrado directamente en juicio la inexistencia del hecho imputado al trabajador, respecto a la

dosis de concreción para que se puedan desplegar sus efectos con mucha mayor precisión y eficacia⁶¹⁹. Con todo, en las sanciones laborales la proporcionalidad se mueve por unos parámetros similares a los ya descritos en el ámbito jurídico-público, aunque existe una diferencia fundamental, y es que entra en juego en el momento de la calificación de la falta. Esto es, una vez constatado el incumplimiento del trabajador, el empleador procede a valorar si debe considerarse leve, grave, o muy grave, a efectos de proceder a la imposición de la sanción adecuada (proporcional). La proporcionalidad, contraintuitivamente, no aparece en el momento de la elección de la sanción a imponer⁶²⁰, porque una vez la falta ha sido adecuadamente calificada, el empleador puede elegir imponer la que estime más conveniente, como manifestación de la titularidad residual del poder disciplinario del empleador⁶²¹. Así, si la configuración normativa es proporcional, de conformidad con los parámetros anteriores, podrá elegirse cualquiera de las sanciones posibles para cada nivel de gravedad de la falta cometida.

Siendo ésta la doctrina tradicional del ordenamiento jurídico-laboral, una adecuada comprensión del principio de proporcionalidad como parámetro limitativo de la potestad

cual resultará ajena toda valoración sobre la desproporción del despido, el juez anulará el despido...”. Habida cuenta de que esta mención a la innecesariedad de valoración de la proporcionalidad podría oponerse a los principios más básicos del ordenamiento jurídico, la doctrina se apresuró a afirmar que la “ajenidad” de la valoración de la desproporción debía entenderse referida a la “inexistencia de hecho”, y no al hecho mismo; esto es, únicamente en el supuesto en que se alegue inexistencia de hecho no habrá que analizar la desproporción, pasándose únicamente a verificar si el hecho se ha cometido o no. En el resto de supuestos, debe entenderse vigente el requisito de la proporcionalidad entre falta y sanción que opera en la normativa laboral. Así, si bien conectando este principio al de buena fe propio del ámbito civil, PERSIANI, M. “Altra notarella su un problema di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti”, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, Wolters Kluwer, n° 3, 2015, p. 647.

⁶¹⁹ MAINARDI, S. *Op.cit.*, p. 315.

⁶²⁰ Tal como sucede en el Derecho italiano, donde se afirma que la graduación de faltas y sanciones tiene un valor meramente indicativo que posteriormente habrá de graduarse en atención a las circunstancias concretas del caso. Se otorga, así, un papel protagonista al principio de proporcionalidad en perjuicio de los de legalidad y tipicidad, mediante el cual una sanción adecuadamente impuesta de acuerdo a la graduación normativa puede ser considerada desproporcionada, en atención a las circunstancias concretas que acontecieron para su imposición. En línea con lo que indicaremos posteriormente, esta posibilidad cobra especial importancia en la sanción de despido disciplinario, por ser la máxima sanción posible, en línea con la mayor conexión normativa que existe entre esta concreta sanción y el principio de proporcionalidad, tal como queda reflejado en los artículos 2119 *Codice Civile* (incumplimiento que no permita la continuación, siquiera provisional, de la relación laboral) y 3 *Legge 604/1966* (notable incumplimiento que permita el despido). Véanse PERRINO, A.M. *Op.cit.*, p. 175; ROSSI, N. “Contrattazione collettiva e potere disciplinare del datore di lavoro”, *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, Giuffrè, n° 2, 2015, p. 1057; SPILIMBERGO, I di. “Licenziamento disciplinare e controlli sul lavoratore. Il difficile temperamento tra controlli sul lavoratore e potere disciplinare”, *Giurisprudenza Italiana*, Wolters Kluwer, n° 6, 2017 (versión online), p. 3.

⁶²¹ SSTs de 11 de octubre de 1993 (rec. 3805/1992), FJ 5; de 27 de abril de 2004 (rec. 2830/2003), FJ 3; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *Op.cit.*, p. 278.

sancionadora nos conduce a la necesidad de avanzar en una mayor limitación de los poderes empresariales. Así, si tomamos en consideración que en el ámbito jurídico-público el aplicador del Derecho puede incurrir en una tacha de desproporción cuando actúa en el marco normativo aplicable pero la pena que impone es manifiestamente contraria a una valoración equitativa entre la gravedad de la falta y el *quantum* punitivo, a la misma solución habremos de llegar en lo que se refiere a las sanciones laborales. Consecuentemente, si una falta adecuadamente calificada a la que se anuda una sanción correctamente tipificada incurre en un palmario desequilibrio entre la gravedad de la falta y el nivel de coacción, incurrirá en vicio de desproporción por vulnerar el principio de proporcionalidad en sentido estricto, al reportar más perjuicios para la esfera jurídica del trabajador que beneficios para la protección del interés empresarial⁶²².

Esta concepción de la proporcionalidad supone, simplemente, avanzar un paso más en la racionalización que lleva a cabo el Estado respecto a los poderes empresariales. Si tradicionalmente se ha entendido que esta legitimación debe dejar un reducto de libre apreciación al empresario, la asunción de la posición propuesta implica aceptar que este reducto no puede desembocar en una total discrecionalidad empresarial. Ahora bien, ello no implica que la admisión de este control más incisivo suponga una suerte de expropiación de las potestades sancionadoras, sino únicamente la aceptación de un control judicial en los supuestos de manifiesta y absoluta desproporción en la relación falta-sanción, sin poder llevar a cabo un juicio de oportunidad acerca de qué sanción, entre todas las posibles, debe imponerse al trabajador.

Tampoco puede considerarse que el juez invada las competencias de la ley o el convenio colectivo al establecer las posibles sanciones derivadas de una determinada falta⁶²³. La proporcionalidad se predica respecto de la infracción (como se viene realizando tradicionalmente en el ámbito jurídico-laboral) y también respecto de la sanción, debiéndose controlar la adecuación de la normativa a la concreta conducta

⁶²² Piénsese, por ejemplo, en el mal trato de palabra que un trabajador puede dirigir a un superior mediante un insulto aislado en el marco de una discusión laboral, y que se sanciona por parte del empleador con sesenta días de empleo y sueldo. Se trata de una falta muy grave tipificada en el artículo 50.3.g del Convenio Colectivo del Sector de limpieza de edificios y locales de la Comunidad de Madrid a la que se ha respondido de forma adecuada, toda vez que, de conformidad con el artículo 50.A.c del mismo texto, el empleador puede imponer una sanción de suspensión de empleo y sueldo de entre dieciséis y sesenta días. A pesar de lo normativamente correcto de la medida impuesta, resulta manifiesta su desproporción a la luz de las circunstancias concurrentes.

⁶²³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *Op.cit.*, pp. 420-421.

cometida. Este control no se satisface en un plano puramente abstracto, entendiendo que la graduación de faltas y sanciones debe ser proporcional, sino que esa regulación abstracta debe reaccionar de forma adecuada, de forma proporcional, a la concreta modalidad de conducta por la que se ha cometido la infracción.

Una mirada al Derecho comparado nos sirve de refuerzo para sostener esta posición. En efecto, un juicio de proporcionalidad tan incisivo como éste es el que lleva a cabo la normativa italiana, basándose en la independencia del requisito de proporcionalidad previsto en el artículo 2106 *Codice Civile* respecto a la graduación de faltas y sanciones prevista convencionalmente (o en el código disciplinario empresarial), junto con el carácter de derecho necesario relativo que tiene tal graduación. Esta figura jurídica ha tenido un especial desarrollo en el estudio del despido disciplinario, de tal forma que si la conducta del trabajador está sancionada en la norma paccionada con el despido pero, a la luz de las circunstancias concurrentes, el juez estima que no concurre justa causa para extinguir el contrato de trabajo por ser una sanción desproporcionada, podrá pronunciarse en este sentido, imponiendo una sanción conservativa de la sanción laboral. Si, por el contrario, la conducta merece ser castigada con el despido a la luz del principio de proporcionalidad, pero colectivamente se pacta una sanción inferior, habrá que estar al enunciado de esta última. Como vemos, el principio de proporcionalidad tiene una posición capital en este análisis yendo más allá de la formal consagración que los sujetos colectivos hayan implantado, sin que este acuerdo llegue a convertirse en papel mojado como consecuencia del conveniente respeto que se le debe guardar cuando la graduación abstracta resulte más favorable para el trabajador⁶²⁴.

Volviendo a la tradicional doctrina laboral acerca de la proporcionalidad, en virtud de la cual una eventual desproporción únicamente se puede hallar en la calificación de la falta, el modo de valorar si una sanción incurre en ese vicio difiere en función del tipo que se trate, ya que el despido disciplinario como máxima sanción posible ha sufrido un desarrollo más reglado, acorde a la regulación contenida en los artículos 54 y 58 ET⁶²⁵.

⁶²⁴ Sentencia *Corte di Cassazione* n° 11027, de 5 de mayo de 2017, comentada por GENOVESI, O. “Licenziamenti disciplinari e previsioni contrattuali”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, EDIESSE, n° 4, 2017, p. 598.

⁶²⁵ Este mayor nivel de desarrollo en el despido disciplinario como máxima sanción a imponer puede encontrarse también (y de nuevo) en la doctrina italiana. Un mayor nivel de coacción determina la exigencia de que se guarde un mayor cuidado en su imposición, tomando en consideración un mayor número de circunstancias concretas en el juicio impositivo, y con un grado de precisión más exigente.

En todo caso, lo que ambas modalidades tienen en común es compartir el criterio general sobre los límites derivados del principio de proporcionalidad: únicamente cabrá afirmar la ilicitud de la imposición de una sanción por vulnerar el principio de proporcionalidad cuando exista una *manifiesta desproporción*, y no ante cualquier posible exceso coactivo⁶²⁶.

Poco más se puede concretar acerca de lo que se considera tal manifiesta desproporción, aunque se puede hablar de un diferente estándar en función del tipo de sanción ante el que nos hallemos. En las sanciones conservativas de la relación laboral el análisis de esta desproporción se lleva a cabo de forma intuitiva, cumpliendo simplemente lo ya expuesto acerca de la palmaria desproporción que dará lugar a la inadecuada calificación de la falta⁶²⁷. Por el contrario, si la sanción impuesta es de despido disciplinario, la específica mención a la gravedad de la falta contenida en el artículo 54.1 ET ha dado lugar a la llamada *teoría gradualista*, en virtud de la cual toda extinción del contrato de trabajo impuesta como máxima sanción posible únicamente podrá adoptarse tras un análisis pormenorizado de todas las circunstancias concurrentes si se muestra una especial gravedad en la comisión de la conducta⁶²⁸.

Véase MAINARDI, S. *Op.cit.*, pp. 315-316. En un sentido similar, si bien de forma no tan precisa, PERRINO, A.M. *Op.cit.*, p. 184.

⁶²⁶ STS de 14 de junio de 1990, Pte. Excmo. Sr. D. Benigno Varela Aufrán, FJ 14. Aunque este inciso se introduce en un supuesto de despido disciplinario, resulta extrapolable al resto de sanciones laborales habida cuenta del apartamiento de la teoría gradualista, ya consolidada en la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, tal como señalaremos a continuación.

⁶²⁷ Este juicio intuitivo puede verse, por todas, en las SSTSJ País Vasco, de 15 de junio de 2010 (rec. 866/2010), FJ 2; Galicia, de 1 de julio de 2010 (rec. 1016/2010), FJ 3; Galicia, de 30 de septiembre de 2010 (rec. 1903/2010), FJ 3; Cataluña, de 3 de marzo de 2011 (rec. 390/2010), FJ 4; Madrid, 13 de febrero de 2012 (rec. 1804/2011), FJ 2; Castilla y León, de 28 de marzo de 2012 (rec. 142/2012), FJ 2; Andalucía, de 29 de octubre de 2015 (rec. 1222/2015), FJ 7; Asturias, de 14 de noviembre de 2017 (rec. 2325/2017), FFJJ 4 y 6. Con todo, también se pueden hallar sentencias que aplican la teoría gradualista a sanciones conservativas de la relación laboral, pudiendo citarse las SSTSJ Cataluña, de 7 de octubre de 2011 (rec. 3483/2010), FJ 2; Madrid, de 3 de noviembre de 2014 (rec. 554/2014), FJ 1; Castilla la Mancha, de 23 de febrero de 2012 (rec. 70/2012), FJ Único. Especial referencia merece la STSJ Extremadura, de 24 de julio de 2014 (rec. 361/2014), FJ 3, que aplica la teoría gradualista pero tras reconocer expresamente su aplicación a la figura del despido disciplinario, si bien argumentando que se puede trasladar porque la conducta impuesta al trabajador en ese caso también fue calificada como muy grave, y consecuentemente, bien pudo haber sido sancionada con despido.

⁶²⁸ SSTJ de 26 de enero de 1987, Pte. Excmo. Sr. D. Luis Santos Jiménez Asenjo, FJ 3; de 13 de noviembre de 1987, Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Tuero Bertrand, FJ 1; de 27 de enero de 1988, Pte. Excmo. Sr. D. Juan Muñoz Campos, FJ 3; de 17 de noviembre de 1988, Pte. Excmo. Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla, FJ 3; de 29 de marzo de 1990, Pte. Excmo. Sr. D. Arturo Fernández López, FJ 2; de 16 de mayo de 1991, Pte. Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, FJ 2; de 30 de mayo de 1992 (rec. 1285/1991), FJ 6. La dificultad de acceder al recurso de casación para unificación de doctrina alegando la teoría gradualista ha determinado que su desarrollo más reciente deba hallarse en doctrina de

Puede resultar llamativo que aunque la teoría gradualista conlleva una valoración más incisiva de las circunstancias concurrentes, en última instancia también lleva a cabo un juicio intuitivo sobre la relación falta-sanción, por lo que no hay unos criterios de juicio claros que puedan arrojar una mayor seguridad acerca de si la sanción es proporcionada o no lo es. Tales criterios únicamente se podrán establecer de forma válida si se integran en el régimen sancionador de faltas y sanciones y aportan un contenido adicional al ya integrado por el propio principio de proporcionalidad; esto es, si el propio legislador o los negociadores del convenio colectivo estatutario lo implantan, yendo más allá del contenido que por sí mismo se entiende implícito en el sistema sancionador, de acuerdo al desarrollo realizado hasta este punto.

La necesidad de que la cláusula convencional introduzca un contenido propio que exceda el que ya contiene el propio principio de proporcionalidad es fundamental en el Derecho comparado. Ésto ha sido algo criticado en la doctrina italiana, donde se ha considerado que las cláusulas convencionales que pretenden introducir parámetros valorativos adicionales únicamente someten la consideración empresarial a una serie de juicios de valor que no trascienden el ámbito del empleador porque tienen un carácter marcadamente subjetivo (salvo el criterio de la reincidencia)⁶²⁹, por lo que no deben ser tomados en consideración. Pero esta crítica no puede proyectarse sobre la totalidad de los preceptos convencionales que pudieran tener esta finalidad, sino únicamente sobre aquéllos que no concreten aún más el juicio a realizar, que no aporten nada nuevo a la

suplicación, pudiendo citarse, por todas, SSTSJ Comunidad Valenciana, de 5 de marzo de 2015 (rec. 229/2015), FJ 2; Comunidad Valenciana, de 26 de abril de 2016 (rec. 306/2016), FJ 2; Cataluña, de 26 de septiembre de 2016 (rec. 3445/2016), FJ 2; Andalucía, de 9 de marzo de 2017 (rec. 1009/2006), FJ 6; Asturias, de 23 de mayo de 2017 (rec. 1000/2017), FJ 5; Cataluña, de 3 de noviembre de 2017 (rec. 5567/2017), FJ 4. En el ámbito doctrinal, VALLE MUÑOZ, F.A. *El proceso laboral de impugnación de sanciones disciplinarias*, Comares, 2002, p. 26. Nótese que la teoría gradualista hace referencia, también, a las circunstancias subjetivas que intervinieran en la realización de la falta. Sin embargo, ahora consideraremos únicamente las circunstancias objetivas que hacen referencia a la gravedad de la falta, ocupándonos en el próximo capítulo de las circunstancias subjetivas que jurisprudencialmente se tratan de forma conjunta (*Vid.* Cap. VI.V). Esta distinción es consecuencia de la diferente finalidad de cada una de las circunstancias: mientras que las objetivas nos señalan cómo debe castigarse un hecho en atención a su gravedad, las subjetivas nos indican si el hecho debe castigarse, por cumplir los estándares típicos de la responsabilidad laboral exigidos, que son conocimiento y voluntad de la actuación cometida. En este sentido, LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. “La proporcionalidad de la norma penal” *Op.cit.*, p. 187. En sentido contrario, afirmando que la culpabilidad guarda relación con el principio de proporcionalidad en sentido estricto en el momento de la imposición de la pena, AGUADO CORREA, T. *Op.cit.*, p. 315.

⁶²⁹ MONTUSCHI, L. “Sub art. 7” en GHEZZI, G; MANCINI, G.F; MONTUSCHI, L; ROMAGNOLI, U. *Statuto dei diritti dei lavoratori. Art. 1-13*, Zanchelli/Il Foro Italiano, 1979, p. 63; MAINARDI, S. *Op.cit.*, p. 318.

cláusula general de proporcionalidad⁶³⁰. Así, por ejemplo, una cláusula convencional que estableciera que el límite entre una sanción leve y una grave fuera que se causara un daño *relevante* a la empresa, entendiendo por *relevante* todo daño superior a 200€ sería plenamente válida y adecuada, objetivando el concepto jurídico indeterminado en conflicto que puede plantear problemas de proporcionalidad: el término *relevante*. De esta forma, la desproporción en la imposición de la sanción quedaría correctamente salvaguardada, sin perjuicio de que el umbral objetivo introducido pudiera considerarse, a su vez, desproporcionado, lo que conduce de nuevo al análisis ya desarrollado sobre este particular.

Descrito el contenido del principio de proporcionalidad que opera ante el poder disciplinario empresarial, resta analizar las consecuencias de su vulneración, porque si no se previera nada sobre este particular, sería tanto como entenderlo eliminado de nuestro ordenamiento jurídico. Pero nada más lejos de la realidad. La propia normativa laboral establece que una inadecuada valoración de la falta aboca a ciertas consecuencias jurídicas comunes tanto si la sanción impuesta es extintiva o conservativa de la relación laboral. Como consecuencia del diferente fundamento de esta garantía sancionadora, lo primero que interesa destacar es que su transgresión en modo alguno aboca a la nulidad de la sanción impuesta, toda vez que la proporcionalidad en cuanto tal no es un Derecho fundamental que se pueda entender vulnerado, sino que irradia en el ordenamiento jurídico social a partir de la legitimación estatal del poder disciplinario empresarial⁶³¹.

⁶³⁰ Tal como se puede comprobar, los preceptos de los que parten los autores indicados en la anterior nota a pie de página son los que permiten un cierto grado de abstracción en la valoración sin concretarla en modo alguno. Así, se habla de los preceptos que directamente reenvían la potestad sancionadora al empleador como los que, de forma análoga, afirman que la sanción se graduará en función de su gravedad. Véase MONTUSCHI, L. *Op.cit*, pp. 62 y 64.

⁶³¹ En la doctrina italiana se ha discutido acerca de la consecuencia jurídica a la que el ordenamiento jurídico anuda la desproporción. Así, cierto sector doctrinal ha considerado que esta consecuencia no es otra que la nulidad porque la desproporción se considera un exceso o abuso del poder disciplinario, sancionable con la nulidad de conformidad con las reglas generales del Derecho civil. Véase, en tal sentido, MAINARDI, S. *Op.cit*, p. 309. Sin embargo, esta línea puede entenderse superada por aquella que niega su carácter imperativo por no tener conexión con valores absolutos, y que, por tanto, no puede conducir a la nulidad de la sanción. Muy al contrario, es una simple norma de carácter obligatorio que conduce a su revocación, tal como señala PERRINO, A.M. *Op.cit*, p. 181. Parece que es una intuición común a la doctrina española e italiana afirmar que con carácter general los vicios de invalidez deben valorarse conforme a unos parámetros jurídico-laborales de carácter autónomo, trasladando los mecanismos civiles únicamente en supuestos excepcionales, toda vez que esta superación de la nulidad radical por aplicación de las reglas propias del Derecho civil recuerda, en nuestro ordenamiento jurídico, al ya añejo despido nulo por fraude de ley o abuso de derecho, desterrado de nuestra normativa con la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 y su interpretación mediante la STS de 2 de noviembre de 1993 (rec. 3669/1992), FJ 2.

En esta línea, cuando los hechos no fueran constitutivos de falta procederá su improcedencia (en caso de despido disciplinario, de acuerdo a los artículos 55.4 ET y 108.1 LRJS), o su revocación total (en caso del resto de sanciones, conforme al artículo 115.1.b LRJS)⁶³². En cambio, si los hechos fueran constitutivos de la comisión de una falta, aunque de menor gravedad que la inicialmente impuesta por el empresario, procederá su revocación parcial, de acuerdo a los artículos 115.1.b y 115.1.c LRJS, en caso de sanciones conservativas de la relación laboral, y al artículo 108.1 LRJS en caso de despido disciplinario. Nótese que esta última posibilidad plantea problemas dogmáticos en relación al propio concepto de sanción, porque la posibilidad de modificarla unilateralmente por parte del juez podría privar de la titularidad del poder disciplinario al empresario, acabando con el último reducto de su tenencia en beneficio de una -ya absoluta- legitimación y racionalización estatal (siempre que la sanción fuera ulteriormente impugnada por parte del trabajador). Pero nuestra normativa laboral en modo alguno opera de tal forma a partir del cambio operado con la Ley de Procedimiento Laboral de 1990⁶³³, de la que es deudora nuestro actual régimen jurídico.

Así, actualmente la normativa laboral es muy cuidadosa al dejar sentado que la potestad sancionadora compete en exclusiva al empleador, sin que el órgano judicial pueda imponer una sanción constatada la inadecuada valoración realizada por el empresario. Por ello, el juez únicamente podrá revisar la valoración proporcional llevada a cabo por el empleador, y en caso de estimarla excesiva⁶³⁴, autorizar a que éste imponga (que no imponer unilateralmente) una nueva sanción adecuada a la valoración judicial, de entre todas las que posibilita la norma legal o convencional⁶³⁵. Podríamos pensar que una

⁶³² En sentido contrario, defendiendo la nulidad de pleno derecho, TERRADILLOS ORMAETXEA, E. *El poder disciplinario... Op.cit*, p. 50.

⁶³³ NOGUEIRA GUASTAVINO, M. “La impugnación de sanciones en la nueva ley de procedimiento laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, nº 4, 1991, p. 116; VALLE MUÑOZ, F.A. *Op.cit*, pp. 229-230.

⁶³⁴ Nótese que el artículo 115.1.c LRJS únicamente prevé la posibilidad de revocación parcial de la sanción cuando haya una desproporción perjudicial para el trabajador en su imposición. Si el órgano judicial estima que la conducta del trabajador merece una sanción superior, deberá confirmar la impuesta por el empresario, sin poder autorizar a la imposición de una más grave. Así, VALLE MUÑOZ, F.A. *Op.cit*, p. 240. Centraremos esta argumentación en las sanciones conservativas de la relación laboral toda vez que no tiene sentido extrapolarla al despido disciplinario al ser ya la sanción más grave, por lo que no traeremos a colación el artículo 108.1 LRJS que, en todo caso, y en lo que respecta a este aspecto, tiene el mismo tenor literal.

⁶³⁵ NOGUEIRA GUASTAVINO, M. *Op.cit*, p. 117; ORDEIG FOS, J.M. “Impugnación de despidos y sanciones: tramitación procesal”, *Actualidad Laboral*, Wolters Kluwer, nº 1, 1992, p. 68; VALLE MUÑOZ, F.A. *Op.cit*, pp. 231-232. En el caso de despido disciplinario, jurisprudencialmente se preveía

vez que nuestro ordenamiento jurídico ha devuelto la competencia sancionadora a su titular, la posibilidad de autorizar la imposición de una sanción proporcionada resulta superflua, porque el empleador, por su propia voluntad y siempre que se respeten los presupuestos habilitantes para sancionar (en especial, el plazo de prescripción) podrá imponer la sanción que estime adecuada tras la revocación de la primera, aunque el fallo judicial no contuviera tal autorización⁶³⁶. Sin embargo, ello podría contravenir el principio *non bis in ídem* que estudiamos posteriormente, debiendo retomar allí esta problemática⁶³⁷.

III.- Especial consideración de la reincidencia. De elemento constitutivo de sanción independiente a parámetro valorativo integrante del juicio de proporcionalidad

esta posibilidad en las SSTs de 1 de junio de 1979 (Pte. Excmo Sr. D. Miguel Moreno Mocholí), CDO. 5; de 19 de junio de 1982 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Tuero Bertrand), CDO 1; de 26 de febrero de 1985 (Pte. Excmo. Sr. D. Luis Santos Jiménez Asenjo), CDO 4; de 25 de marzo de 1986 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Tuero Bertrand), FJ Único; de 8 de octubre de 1988 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Tuero Bertrand), FJ Único. Posteriormente, esta línea jurisprudencial es modificada a partir de la STS de 11 de octubre de 1993 (rec. 3805/1992), FFJJ 4 y 5. Este desarrollo doctrinal se puede ver en RON LATAS, R.P. “La modalidad procesal de despidos y sanciones en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”, *Actualidad Laboral*, Wolters Kluwer, nº 10, 2014, pp. 1104-1105. Es de celebrar que desde un momento tan lejano en el tiempo la legislación laboral incluyera esta fórmula en aras a respetar la titularidad del poder disciplinario, ya que de esta forma se han evitado los continuos cambios normativos y doctrinales que, en un país tan cercano como Italia, se han ido produciendo para llegar a una solución similar recientemente. En efecto, en la normativa italiana debemos diferenciar entre sanciones conservativas y extintivas de la relación laboral. En lo que hace a las primeras, actualmente se entiende que la facultad de modificar la sanción corresponde en exclusiva al titular del poder disciplinario, sin que el juez pueda hacerlo por su propia voluntad salvo cuando la sanción impuesta por el empresario haya excedido el marco abstracto concedido por la norma laboral y la reducción consista en una reconducción al límite marcado por ella. Fuera de este supuesto, y como consecuencia del vacío normativo existente, la desproporción de una sanción únicamente puede subsanarse mediante una nueva manifestación del poder disciplinario siempre que ello sea posible de conformidad con la normativa sancionadora (en especial, el principio de inmediatez). Véase PERRINO, A.M. *Op.cit*, pp. 180-183. Con este desarrollo se pone fin a las líneas doctrinales que, previamente, acudían a los mecanismos tradicionales del Derecho civil de una forma un tanto artificiosa. Así, se afirmaba que el principio de proporcionalidad tenía un contenido imperativo cuya desviación incurría en nulidad, de tal suerte que, acudiendo al artículo 1424 *Codice Civile*, existía la posibilidad de reconducir un contrato nulo a otro en el que se pudiera entender englobado aquél que estuviera viciado de nulidad, siempre que esa fuera la voluntad de las partes y el objetivo del negocio jurídico inicial. Consecuentemente, trasladando este esquema al ámbito sancionador, sería posible que el juez modificara cuantitativamente la sanción siempre que no impusiera otra distinta a la que el empresario había elegido. Así, MAINARDI, S. *Op.cit*, pp. 322-330, en una construcción que parte de un presupuesto discutible como la naturaleza imperativa del principio de proporcionalidad, en línea con lo desarrollado anteriormente. Por otro lado, en la sanción de despido disciplinario, el actual artículo 18.4 *Statuto dei Lavoratori* establece que, ante un despido en el que se considera que el hecho merece una sanción inferior, el juez debe ordenar la readmisión del trabajador, cerrando la posibilidad de modificación unilateral de la consecuencia jurídica impuesta por el empresario.

⁶³⁶ VALLE MUÑOZ, F.A. *Op.cit*, p. 236.

⁶³⁷ *Vid.* Cap. V.IV.2.2.

En numerosos convenios colectivos, aparece la figura de la reincidencia como un supuesto de agravación de la sanción en caso de que anteriormente se hubieran cometido otras faltas que ya hubieran sido sancionadas y que fueran calificadas de la misma forma (leves, graves, o muy graves). A pesar de su nomenclatura, esta figura jurídica no es un supuesto auténtico de reincidencia por cuanto ni opera de la misma forma ni comparte su fundamento. En cuanto a la forma en que opera, porque no interviene como circunstancia agravante de la sanción, sino como un elemento configurador de la conducta castigada, formando parte del supuesto de hecho⁶³⁸. Respecto a su fundamento, porque tal como se configura en los convenios colectivos, participa del fundamento de la simple reiteración: esto es, castiga el mayor desprecio con que actúa el autor al repetir la acción sancionable (reiteración), pero no porque a este mayor desprecio se sume la especial rebeldía contra el ordenamiento jurídico de la que hace gala el autor por haber sido ya castigado y, aun así, cometer un nuevo hecho análogo al anterior⁶³⁹. Esa mayor rebeldía contra la normativa aplicable es la que se castiga con la reincidencia.

Así las cosas, la figura de la reiteración que opera en nuestro ordenamiento jurídico laboral se configura como un supuesto autónomo de sanción⁶⁴⁰, por lo que habrá que estar

⁶³⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *Op.cit.*, pp. 200-201.

⁶³⁹ Sobre la distinción entre los fundamentos de reiteración y reincidencia, véase MIR PUIG, S. *La reincidencia en el Código Penal. Análisis de los arts. 10,14, 10,15, 61,6 y 516,3*, BOSCH, 1974, pp. 527-528. Este distinto fundamento explica que en el ámbito penal se considere reincidencia la reiteración de infracciones penales siempre que sean de la misma naturaleza, tal como se puede ver en los artículos 22.8 y 66.5 CP. Distinción, además, ya acogida en el ámbito de las sanciones laborales, tal como se puede ver en CASTRO ARGÜELLES, M.A. *Op.cit.*, p. 191, y en cierta doctrina de suplicación, como la STSJ Madrid, de 21 de enero de 2015 (rec. 520/2014), en cuyo FJ 2 se afirma que la simple reincidencia por faltas de la misma gravedad *va más allá* de su campo de juego tradicional.

⁶⁴⁰ Doctrinalmente se ha considerado que la reincidencia resulta de imposible aplicación al despido disciplinario por virtud del artículo 54 ET, toda vez que existe un enlace directo y preciso entre el incumplimiento contractual grave y culpable y la sanción de despido *ex lege*, enlace directo que no se aprecia cuando se castiga tomando en consideración hechos previos ya sancionados, sin perjuicio de la posibilidad de que el despido disciplinario sea consecuencia de la elección de la sanción más acertada de conformidad con la graduación de faltas y sanciones establecida en el convenio colectivo aplicable. Véase FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *Op.cit.*, pp. 209-210. Sin embargo, a ello pueden oponerse dos argumentos: (i) tal como indicamos en el tercer capítulo de este trabajo relativo al principio de legalidad, las causas de despido previstas convencionalmente no son más que concreciones de la causa legal de despido, por lo que también requieren de la existencia de un incumplimiento contractual grave y culpable; (ii) este incumplimiento es el que se produce en último lugar, el que reviste una excepcional gravedad por la comisión de otro previo y análogo, que requiere una reacción extraordinaria del ordenamiento jurídico para evitar que pueda perder su finalidad. Por tanto, no es que la existencia de los hechos previos permita la pérdida de conexión entre la última conducta cometida y la sanción, sino que el último hecho, en cuanto tal, contiene una mayor gravedad por la existencia de los anteriores, gravedad superior que, precisamente, permite que el hecho cumpla todos los condicionantes consagrados en el artículo 54 ET. Esta posición se puede apreciar de forma implícita en la STSJ Islas Canarias, de 23 de octubre de 2015 (rec. 585/2015), en cuyos FFJJ 8-12 se afirma que la ausencia de precepto convencional que expresamente consagre la reincidencia como causa de despido no impide

al propio contenido del convenio para valorar si resulta aplicable o no, teniendo en cuenta que incluso cuando la norma paccionada no lo requiera expresamente, será preciso que la primera infracción haya sido sancionada para poder apreciar la reiteración que habilita a la segunda (y superior) sanción. Este condicionante es consecuencia de la propia naturaleza de la reiteración, que pretende castigar más gravemente el especial desvalor de la segunda infracción. Y es que si no se ha obtenido un primer reproche del ordenamiento jurídico, no se puede justificar una segunda sanción más elevada que la prevista con carácter ordinario para el tipo de falta cometida⁶⁴¹.

Pero más allá de la reincidencia como supuesto de hecho para la comisión de la sanción, nada obsta a la posibilidad de que incluso a falta de norma legal o convencional al respecto, bien la reincidencia como tal, bien la reiteración en la comisión de hechos sancionables, puedan ser tomados en consideración a efectos de imponer una sanción más grave o más leve por ser parámetros integradores del principio de proporcionalidad. En efecto, si de conformidad con el análisis realizado en el epígrafe anterior admitimos que el juicio de proporcionalidad es un juicio abierto que permite valorar incluso si la sanción efectivamente aplicada resulta adecuada respecto a la gravedad de la falta, dentro de tal valoración tanto el juez como el empleador podrán incluir consideraciones acerca de la reiteración o reincidencia del trabajador. Este criterio ya se puede ver en nuestra ajeña

que la última falta cometida, en conexión con las anteriores, pueda integrar la transgresión de la buena contractual como causa de despido, si bien posteriormente rehúsa esta posibilidad porque en el caso concreto el último incumplimiento por sí mismo no conllevaba una gravedad suficiente para ello, y los hechos previos ya fueron sancionados, por lo que a falta de un precepto que permitiera la reincidencia, una posterior toma en consideración por parte del juez lesionaría el principio *non bis in ídem*.

⁶⁴¹ Reconduciendo esta necesidad al principio de buena fe en las sanciones laborales, si bien argumentando al hilo de la finalidad de la institución, véase FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *Op.cit*, p. 211. Ésta es la interpretación admitida jurisprudencialmente, tal como puede verse, interpretando el artículo 54 ET, en la STS de 16 de octubre de 1985, Pte. Excmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo, FJ 5; interpretando el artículo 54 ET en relación a la norma paccionada u ordenanza laboral aplicable, véanse las SSTS de 4 de octubre de 1983, Pte. Excmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo, considerando 3; de 13 de octubre de 1986, Pte. Excmo. Sr. D. José Díaz Buisén, FJ 2. Con todo, no se requiere imponer una sanción equivalente a la falta cometida, toda vez que el empleador puede haber elegido un tipo sancionador más benévolo, pero en este caso, se requiere que expresamente indique que la falta cometida, con la gravedad apreciada, puede tomarse en consideración en el futuro a efectos de reincidencia, tal como se desprende de la desestimación por falta de contradicción que llevó a cabo la STS de 26 de noviembre de 2003 (rec. 1230/2003), FJ 4. Nótese que la inseguridad creada con estos supuestos aconseja, de nuevo, pronunciarse en el sentido indicado en este trabajo, relativo a la obligatoriedad de aplicar una sanción equivalente a la falta cometida, a fin de respetar el principio de tipicidad de las sanciones. Aun así, este pronunciamiento no ha sido totalmente aceptado por doctrina de suplicación, tal como puede verse en la STSJ Islas Canarias, de 16 de marzo de 2015 (rec. 1255/2014), en cuyo FJ 3 se afirma que aun cuando la empresa sancionó los hechos como merecedores de una falta leve, esta sanción lo fue a título simbólico, y los hechos en sí mismos considerados merecían la calificación de falta grave, sin que la sanción en un nivel inferior de gravedad impida apreciar la reiteración alegada por la empresa.

jurisprudencia social⁶⁴², pero se refuerza si acudimos, de nuevo, a la doctrina italiana, donde se contrapone la *reincidencia específica*, entendida como aquella que hace mutar la sanción a una más grave (esto es, que integra el supuesto fáctico de una superior) a la llamada *reincidencia genérica*, cuya función consiste en aumentar el nivel de coacción inherente a la sanción, desde una perspectiva meramente cuantitativa dentro de su marco sancionador⁶⁴³.

Al tratarse de una valoración relacionada con la proporcionalidad de la sanción, el juicio acerca de la mayor gravedad por reiteración o reincidencia no podrá ir más allá del marco sancionador abstracto que expresamente reconozca el convenio colectivo aplicable, a fin de no lesionar el principio de legalidad y tipicidad de la sanción⁶⁴⁴. Y precisamente por ello, no será de apreciación automática por parte del órgano que imponga o revise la sanción⁶⁴⁵, de tal forma que en caso de apreciarse deberá hacerse

⁶⁴² Así, en lo que respecta a la reiteración por haber tomado en consideración faltas que no fueron sancionadas, véanse las SSTs de 16 de octubre de 1985, Pte. Excmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo, FJ 5; de 26 de noviembre de 1987, Pte. Excmo. Sr. D. Juan García-Murga Vázquez, FJ 5, que tienen una especial trascendencia por llegar a tal conclusión interpretando únicamente el ET. Acogiéndose al ET junto a la Ordenanza laboral aplicable, véase la STS de 9 de octubre de 1989, Pte. Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, FJ 4. Finalmente, acudiendo simplemente a la ordenanza laboral, STS de 13 de octubre de 1986, Pte. Excmo. Sr. D. José Díaz Buisén, FJ 2. Por otro lado, realizando el juicio de proporcionalidad tras apreciar la reincidencia como tal, véanse las SSTs de 9 de junio de 1987, Pte. Excmo. Sr. D. José Moreno Moreno, FJ 6; de 2 de julio de 1987, Pte. Excmo. Sr. D. Juan García-Murga Vázquez, FJ 2.

⁶⁴³ MAINARDI, S. *Op.cit.*, p. 335. Sin hacer referencia a la nomenclatura, pero acogiendo la reincidencia como valor integrante de la proporcionalidad, MELLACE, A. “Sussistenza del fatto contestato e proporzionalità del licenziamento disciplinare del lavoratore recidivo”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, Giuffrè, nº 2, 2015, p. 1033. En algunos convenios colectivos de nuestro país la dualidad entre reincidencia genérica y reincidencia específica ya se prevé y se aprecia de forma muy intuitiva. Sirva de ejemplo el Convenio Colectivo estatal de empresas de seguridad para el periodo 2017-2020 (BOE nº 29, 1 de febrero de 2018), en cuyo artículo 71 se hace referencia a la reincidencia genérica, al señalar que para la imposición de sanciones se estará, entre otros elementos, a las eventuales reiteraciones o reincidencias que pudieran concurrir, si bien posteriormente recoge algunos supuestos de reincidencia específica: así, en su artículo 73.1, afirma que constituirá falta grave la comisión de tres faltas leves durante un trimestre, y en su artículo 74.1 consagra como falta muy grave la comisión de dos faltas graves en un periodo de seis meses.

⁶⁴⁴ En contra, MAINARDI, S. *Op.cit.*, pp. 335-338. En línea con la doctrina y jurisprudencia italiana que da prioridad al principio de proporcionalidad sobre el de legalidad, el autor entiende que como el juicio de reincidencia se integra en el de proporcionalidad, también puede sobreponerse a la exigencia de legalidad pudiendo, de ser preciso, pasar de una sanción a otra. Tal como hemos mantenido en este trabajo, sin embargo, el ordenamiento jurídico español no aprecia este lugar privilegiado del principio de proporcionalidad, por lo que este canon deberá mantenerse dentro de los parámetros que de forma concreta reconoce el principio de legalidad.

⁶⁴⁵ Al tratarse de un elemento integrante de la proporcionalidad. Véase MAINARDI, S. *Op.cit.*, p. 337. Así, tiene una operatividad totalmente opuesta a la reincidencia como hecho integrante de una nueva sanción, que sí opera de forma automática, tal como ocurre en la STSJ Extremadura, de 3 de octubre de 2017 (rec. 475/2017), FJ 4.

constar expresamente en la notificación sancionadora, dada la íntima conexión que tienen los requisitos formales de las sanciones laborales con el derecho de defensa del trabajador⁶⁴⁶.

Con todo, la posibilidad de que el empresario o el órgano judicial valoren los hechos anteriores no puede retrotraerse *ad infinitum*, sino que debe encontrar como límite una cierta proximidad temporal entre los momentos en que se comete cada hecho a fin de que la repetición de sanciones se pueda considerar como la manifestación de ese especial desprecio contra el ordenamiento jurídico que fundamenta los mecanismos de reiteración o reincidencia. Para ello, en ocasiones la normativa convencional hace referencia a la figura de la cancelación de sanciones, que implica que transcurrido cierto tiempo desde su cumplimiento, ya no se pueda tomar en consideración la primera infracción a efectos de reincidencia⁶⁴⁷. Pero cuando no se prevea cláusula similar, el órgano que imponga o revise la sanción deberá realizar este análisis desde una perspectiva casuística, que puede someter al trabajador a una gran incertidumbre. Por ello, se echa de menos en nuestro ordenamiento jurídico una norma similar al artículo 7.8 *Statuto dei Lavoratori*, que afirma que no se podrá derivar ninguna consecuencia jurídica de la comisión de una falta más allá de los dos años de su imposición, eliminando esta incertidumbre y otorgando una mayor seguridad a los trabajadores sometidos al poder disciplinario empresarial.

IV. El tratamiento jurídico-constitucional del principio *non bis in ídem* y su incidencia en las sanciones laborales

IV.1.- Fundamento y contenido jurídico-público del principio non bis in ídem

Al igual que el principio de proporcionalidad de las penas, también el principio *non bis in ídem* carece de consagración expresa en la Constitución Española. Sin embargo, tal carencia no determina que su integración en el ordenamiento jurídico resulte arbitrario o caprichoso. Muy al contrario, se trata de una garantía que, ya desde la primera sentencia

⁶⁴⁶ Posicionándose en contra de la jurisprudencia italiana, que se pronuncia en favor de la innecesidad de indicación expresa cuando la reincidencia aparece como un mero criterio de individualización de la sanción, véase MAINARDI, S. *Op.cit.*, pp. 338-339.

⁶⁴⁷ Sirva de ejemplo el artículo 205 del Convenio colectivo del personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid (BOCAM nº 201, de 23 de agosto de 2018), que prevé la cancelación de las faltas leves a los tres meses, de las faltas graves a los seis meses, y de las faltas muy graves al año, siempre tomando como *dies a quo* la fecha en que se cumplieron, y haciendo expresa referencia a la imposibilidad desde ese momento de poder tomarlas como consideración a efectos de reincidencia.

que consagró su reconocimiento constitucional, se entiende integrada en el principio de legalidad penal previsto en el artículo 25.1 CE⁶⁴⁸ en cuanto garantía de la seguridad jurídica en un triple plano: preservar una respuesta única del ordenamiento jurídico ante la comisión de una conducta punible, mantener la estabilidad de las relaciones jurídicas dictadas por la respuesta que el Derecho ha ofrecido, y preservar el ámbito de libertad de los ciudadanos al garantizarles que su conducta no va a volver a estar sometida al escrutinio estatal⁶⁴⁹.

A partir de este triple fundamento, el contenido del principio *non bis in ídem* se desliga en dos variantes principales, teniendo cada una sus propios anclajes constitucionales consecuencia de su contenido poliédrico. Por tanto, tras estudiar el presupuesto necesario para que este principio entre en juego, iremos analizando cada una de estas vertientes haciendo expresa mención a sus fundamentos y concreto contenido y alcance.

IV.1.A.- El presupuesto de la identidad de hechos para la aplicación del principio.-

Para que entre en juego el principio *non bis in ídem*, tradicionalmente se ha requerido que entre las dos penas impuestas concurren identidad de sujetos, hechos, y fundamento. Habida cuenta de que la *identidad de sujetos* no plantea problemas, toda vez que los sujetos se identifican desde una perspectiva nominal, debiéndose además considerar diferentes las personas físicas y jurídicas⁶⁵⁰, nos centraremos en los otros dos requisitos mencionados.

⁶⁴⁸ STC 2/1981, de 30 de enero, FJ 4. Doctrinalmente, haciendo referencia a tal pronunciamiento inicial, GARCÍA PLANAS, G. “Consecuencias del principio *non bis in ídem* en Derecho penal”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, BOE/Ministerio de Justicia, nº 42, vol. 1, 1989, p. 110; PÉREZ MANZANO, M. *La prohibición constitucional de incurrir en bis in ídem*, Tirant lo Blanch, 2002, p. 24.

⁶⁴⁹ PÉREZ MANZANO, M. *La prohibición constitucional... Op.cit.*, pp. 67-69. En un sentido similar, se ha señalado que el principio *non bis in ídem* encuentra su fundamento en la seguridad jurídica, que se ancla al Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en su vertiente procesal, y al principio de legalidad (art. 25.1 CE) en su vertiente material. Véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. “Ne bis in ídem material y procesal. Especial referencia al cambio de jurisprudencia constitucional en España”, *Revista de Derecho*, Universidad Centroamericana, nº 9, 2004, p. 10.

⁶⁵⁰ PÉREZ MANZANO, M. *La prohibición constitucional... Op.cit.*, p. 125; LEÓN VILLALBA, F.J de. *Acumulación de sanciones penales y administrativas*, BOSCH, 1998, pp. 459 y ss.

La *identidad de hechos* requiere la toma en consideración de elementos fácticos que se consideren idénticos o sustancialmente iguales⁶⁵¹, y para ver si existe tal identidad sustancial, habrá que partir de la declaración de hechos contenida en ambos procesos, con independencia de que el particular fuera posteriormente absuelto o condenado por ellos⁶⁵². Así, del mismo modo que en la configuración del objeto del procedimiento penal, para identificar los presupuestos fácticos sobre los que se proyecta el principio *non bis in ídem* se debe rechazar la vertiente puramente naturalista, en función de la cual se dota de relevancia a los hechos que suceden en un mismo espacio-tiempo, a todos los sucesos naturales que han ocurrido. En su lugar, debemos acoger una corriente intermedia entre el *naturalismo*⁶⁵³ y el *normativismo*⁶⁵⁴ según la cual se considerarán como relevantes a efectos del principio *non bis in ídem* los hechos que el legislador ha entendido que pueden tener trascendencia jurídico-penal; esto es, no los meros sucesos que acontecen, sino únicamente aquellos que, desde la perspectiva de los tipos penales, pudieran conducir a responsabilidad penal por configurar el supuesto sancionador establecido en la ley⁶⁵⁵.

⁶⁵¹ SSTEDH *Zolotukhin c. Rusia*, de 10 de febrero de 2009, parágrafo 82; *A y B c. Ucrania*, de 15 de noviembre de 2016, parágrafo 108; *Igor Tarasov c. Ucrania*, de 16 de junio de 2016, parágrafo 26; *Johannesson y otros c. Islandia*, de 18 de mayo de 2017, parágrafo 45; *Simkus c. Lituania*, de 13 de junio de 2017, parágrafo 48; *Ramda c. Francia*, de 19 de diciembre de 2017, parágrafo 81.

⁶⁵² SSTEDH *Zolotukhin c. Rusia*, de 10 de febrero de 2009, parágrafo 83; *Rivard c. Suiza*, de 4 de octubre de 2016, parágrafo 25; *Ramda c. Francia*, de 19 de diciembre de 2017, párrafos 82 a 84.

⁶⁵³ El elemento naturalista no desaparece de la jurisprudencia del TEDH, toda vez que se atiende a los hechos conectados espacio-temporalmente, sin que sea admisible una separación artificial entre ellos a fin de enjuiciarlos en procedimientos independientes. Así, puede verse la STEDH *Igor Tarasov c. Ucrania*, de 16 de junio de 2016, en cuyos párrafos 28-30 se afirma que no cabe la división artificial entre los hechos acontecidos en el mismo momento: en un primer procedimiento por ocasionar daños, y en un segundo proceso por ocasionar lesiones a personas utilizando el mobiliario dañado. En un sentido similar, en la STEDH *Ramda c. Francia*, de 19 de diciembre de 2017, se hace referencia a que los hechos deben obedecer a la *misma conducta* (parágrafo 87).

⁶⁵⁴ Corriente normativista (tomar en consideración los delitos imputados) expresamente rechazada por el TEDH. Véase, así, SSTEDH *Zolotukhin c. Rusia*, de 10 de febrero de 2009, párrafos 79-82, apartándose explícitamente de su jurisprudencia anterior; *Dungveckis c. Lituania*, de 12 de abril de 2016, parágrafo 44; *Rivard c. Suiza*, de 4 de octubre de 2016, párrafos 25-26.

⁶⁵⁵ El TEDH ha afirmado que se considerarán los hechos que tienen conexión directa con la condena o el procedimiento iniciado. Véanse las SSTEDH *Zolotukhin c. Rusia*, de 10 de febrero de 2009, parágrafo 84; *Igor Tarasov c. Ucrania*, de 16 de junio de 2016, parágrafo 26. Doctrinalmente, PÉREZ MANZANO, M. *La prohibición constitucional...* *Op.cit.*, pp. 96 y ss; PÉREZ MANZANO, M. “Reflexiones sobre el Derecho fundamental a no padecer bis in ídem al hilo de la STC 2/2003, de 16 de enero”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, tomo 3, 2003, p. 1655; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. *Op.cit.*, p. 17. Más concretamente, al hilo de los pronunciamientos más recientes del TEDH, véase PÉREZ MANZANO, M. “La prohibición de incurrir in bis in ídem en España y en Europa. Efectos internos de una convergencia jurisprudencial inversa (de Luxemburgo a Estrasburgo)” en AAVV (dirs. PÉREZ MANZANO, M; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A). *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, 2016, pp. 174 y 193, donde la autora afirma que el proceder del TEDH

De esta forma, el juicio *ex post* que realiza el órgano judicial frente al que se alega la vulneración del principio *non bis in ídem* deberá partir de los hechos imputados en cada procedimiento, que guardarán relación con los tipos que se consideren infringidos. A partir de ellos, el juez deberá verificar que en el segundo procedimiento se encuentran incluidos todos los hechos relevantes que ya se enjuiciaron o condenaron en el primero, con total independencia de que en este segundo proceso pudieran añadirse otros nuevos⁶⁵⁶.

Por otro lado, en lo que respecta a la exigencia de *identidad de fundamento*, debemos señalar que ha sido un elemento tradicional en la jurisprudencia constitucional española. Sin embargo, por influjo de la doctrina del TEDH podemos afirmar que este canon valorativo debe entenderse superado. En efecto, el *fundamento* hacía referencia a la transgresión del concreto interés protegido por el tipo penal, interés que va más allá del bien jurídico a proteger en un sentido abstracto, identificándose de forma concreta con el interés social que pretende salvaguardar y la forma en que se ve afectado cuando el particular delinque⁶⁵⁷. Pero la STEDH *Simkus c. Lituania*, de 13 de junio de 2017, en sus párrafos 48-50, rehúsa que el principio *non bis in ídem* requiera de identidad de fundamento. En esta resolución se afirma de forma explícita que el Tribunal debe atender a la identidad de hechos enjuiciados, rechazando expresamente la alegación gubernamental contenida en el párrafo 38 de la misma resolución, que hacía referencia al interés protegido con cada sanción: una sanción administrativa que buscaba proteger el orden público, y dos sanciones penales que pretendían garantizar la integridad física y moral de los ciudadanos, y la protección de la labor pública de los funcionarios. Ello sin perjuicio, como tendremos ocasión de verificar posteriormente, de que el diferente fundamento pueda considerarse un indicio de conexión material entre ambos

es un proceder naturalista, aunque al poner en práctica el estándar que aplica, no se puede prescindir de la acotación de la realidad que hace el propio precepto aplicado, al valorar la identidad *esencial* de las conductas que se castigan. En suma, esta posición es la que también parece asumir el TJUE en relación al artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que exige la existencia de la *misma infracción*, entendiéndose por tal el *conjunto de circunstancias concretas indisolublemente ligadas entre ellas que dan lugar a la condena o absolución*; en definitiva, los *hechos materiales* que están en la base del asunto tratado. Véanse las SSTJUE *Menci*, de 20 de marzo de 2018, párrafos 34 a 39; *Garlsson Real Estate SA y otros*, de 20 de marzo de 2018, párrafos 36 a 41.

⁶⁵⁶ STEDH *Simkus c. Lituania*, de 13 de junio de 2017, párrafo 50.

⁶⁵⁷ PÉREZ MANZANO, M. *La prohibición constitucional...* *Op.cit.*, pp. 118-120; PÉREZ MANZANO, M. "Reflexiones..." *Op.cit.*, p. 1656; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. *Op.cit.*, p. 20. En un sentido similar, LEÓN VILLALBA, F.J. de. *Op.cit.*, p. 489.

procedimientos, pero quedando fuera ya de su identificación como presupuesto para la aplicación del principio⁶⁵⁸.

En definitiva, el actual presupuesto para aplicar el principio *non bis in ídem* consiste en la existencia de un doble procedimiento o una doble sanción frente a un mismo sujeto y por los mismos hechos, tomando en consideración los hechos relevantes en función de los tipos penales aplicados de tal suerte que en el segundo procedimiento se reiteraran los mismos, con independencia de que se pudieran añadir hechos nuevos.

IV.1.B.- La vertiente procesal del contenido jurídico-público del principio *non bis in ídem*

La vertiente procesal del principio *non bis in ídem* surge, precisamente, a raíz de su contenido material, por lo que no tiene sentido estudiar ambas garantías (procesal y material) de forma contrapuestas, sino que deben analizarse como manifestaciones complementarias⁶⁵⁹. La vertiente procedimental hace referencia a la imposibilidad de que un sujeto sea sometido a dos procesos sancionadores, pero como vamos a ver, esta genérica manifestación no nos dice nada si no analizamos pormenorizadamente las diversas situaciones en las que puede entrar en juego.

El fundamento de esta vertiente parte de la genérica garantía de la seguridad jurídica que anteriormente mencionamos, si bien el Tribunal Constitucional la concreta con mayor precisión en la exigencia de un proceso justo (art. 24.2 CE) en relación, de nuevo, al principio de legalidad (art. 25.1 CE)⁶⁶⁰. Con este concreto anclaje, el Tribunal Constitucional evita la problemática que se daría de conectar esta manifestación a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24.1 CE, puesto que de esa conexión derivaría

⁶⁵⁸ En un sentido similar, el TJUE entiende que el interés jurídico protegido por cada uno de los preceptos sancionadores (así como su formal calificación jurídica) no son relevantes a efectos de valorar cuándo nos hallamos ante la misma infracción. Véanse, en tal sentido, SSTJUE *Menci*, de 20 de marzo de 2018, parágrafo 36; *Garlsson Real Estate SA y otros*, de 20 de marzo de 2018, parágrafo 38. En suma, nótese que esta apreciación puede tener una cierta importancia en otro ámbito del Derecho social, como es en la imposición conjunta del recargo de prestaciones y una sanción administrativa por infracción de las medidas de prevención de riesgos laborales. En efecto, habida cuenta del carácter sancionador que tiene el recargo de prestaciones, su concurrencia con la sanción administrativa podría abocar a una infracción del principio *non bis in ídem*. Sin embargo, tal posibilidad queda en entredicho porque cada una de estas medidas se impone en virtud de un fundamento diferente, lo que excluye la aplicación del principio. Véase, en este sentido, PÉREZ MANZANO, M. “El recargo de prestaciones sociales y la interdicción constitucional de doble sanción”, *Actum Social*, Francis Lefebvre, nº 44, 2010, pp. 29-36.

⁶⁵⁹ STC 177/1999, de 11 de octubre, FJ 4. Doctrinalmente, PÉREZ MANZANO, M. *La prohibición constitucional...* *Op.cit*, pp. 37-38.

⁶⁶⁰ STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 8; PÉREZ MANZANO, M. “Reflexiones...” *Op.cit*, p. 1658.

una conclusión irrazonable: la necesidad de ceñir la garantía al doble procedimiento judicial en sentido estricto, dejando de lado la proscripción de la simultaneidad entre un procedimiento judicial (penal) y la imposición de una sanción administrativa⁶⁶¹. Esta conclusión, además, no resultaría únicamente irrazonable, sino que además se opondría frontalmente a la doctrina de nuestros tribunales internacionales.

En efecto, la inclusión de este principio en la jurisprudencia constitucional viene muy marcada por la normativa supranacional. En concreto, por los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 4 del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y el artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Estos textos consagran sin ningún género de dudas la vertiente procesal del principio⁶⁶², pero, más concretamente, la jurisprudencia del TEDH que ha interpretado el Convenio de Roma afirma que la vertiente procesal del principio *non bis in ídem* debe extenderse a las sanciones administrativas como consecuencia del concepto material de pena que maneja el TEDH mediante la aplicación de los denominados *criterios Engel*⁶⁶³, toda vez que pueden aplicarse medidas consideradas como penales a la luz de tales criterios en el ámbito administrativo⁶⁶⁴.

Aun así, la extensión al procedimiento administrativo carece de efectividad porque el sometimiento a un proceso penal no se puede equiparar al que sufre el ciudadano en un procedimiento administrativo sancionador, dada la escasa trascendencia y complejidad de éste⁶⁶⁵; en definitiva, para que entre en juego esta garantía constitucional habrá que

⁶⁶¹ PÉREZ MANZANO, M. “Reflexiones...” *Op.cit.*, pp. 1658-1659.

⁶⁶² Tal y como viene siendo considerado reiteradamente por la jurisprudencia del TEDH. Entre las últimas sentencias podemos destacar las SSTEDH *A y B c. Noruega*, de 15 de noviembre de 2016, parágrafo 110; *Kadusic c. Suiza*, de 9 de enero de 2018, parágrafo 82; *Ramda c. Francia*, de 19 de diciembre de 2017, parágrafo 81.

⁶⁶³ Criterios que atienden a la magnitud y naturaleza de la pena más allá de su formal consagración como sanciones punitivas a la luz de la normativa nacional (*Vid.* Cap. I.III.2).

⁶⁶⁴ Así lo ha señalado implícitamente el TEDH en varias ocasiones, pudiendo señalarse las SSTEDH *Zolotukhine c. Rusia*, de 10 de febrero de 2009, párrafos 52-53; *Igor Tarasov c. Ucrania*, de 16 de junio de 2016, parágrafo 24; *Rivard c. Suiza*, de 4 de octubre de 2016, párrafos 23 y 24. Sin embargo, es a partir de la STEDH *A y B c. Noruega*, de 15 de noviembre de 2016, donde el TEDH explicita tal posición. Esta toma de posición se ha reiterado después en las SSTEDH *Johannesson y otros c. Islandia*, de 18 de mayo de 2017, parágrafo 43; *Simkus c. Lituania*, de 13 de junio de 2017, párrafos 41-43; *Kadusic c. Suiza*, de 9 de enero de 2018, parágrafo 82. Doctrinalmente, PÉREZ MANZANO, M. “Reflexiones...” *Op.cit.*, p. 1659.

⁶⁶⁵ STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 8; 334/2005, de 20 de diciembre, FJ 2; 48/2007, de 12 de marzo, FJ 3. Esta jurisprudencia tiene un importante punto de conexión con las SSTEDH *A y B c. Noruega*, de 15 de noviembre de 2016, parágrafo 133; *Johannesson y otros c. Islandia*, de 18 de mayo de 2017, parágrafo

encontrarse incurso en un procedimiento *tan gravoso como* el penal⁶⁶⁶. Así, el Tribunal Constitucional, basándose en los propios *criterios Engel*, ha circunscrito la extensión de esta manifestación del principio *non bis in ídem* a los procedimientos administrativos sancionadores, pero sólo a aquéllos en los que esté en juego la imposición de una medida tan gravosa o coactiva como para ser considerada, de conformidad con el estándar del TEDH, como una pena en sentido estricto⁶⁶⁷.

En todo caso, ante la concurrencia de un procedimiento penal y una sanción administrativa por ser un mismo hecho susceptible de ser sancionado en ambos órdenes, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que la jurisdicción penal tiene primacía respecto a la contencioso-administrativa, tanto por las mayores garantías que reviste (lo que conecta de modo ineludible con la presunción de inocencia) como por la propia competencia sancionadora de la Administración, que debe calificarse como subsidiaria⁶⁶⁸. De esta forma, el Tribunal Constitucional consagra una concepción *material* del principio *non bis in ídem* en virtud de la cual, dada la mayor intervención estatal que se produce con la respuesta penal, la gravedad de la pena impuesta absorbe el nivel de gravedad ínsito a la sanción administrativa⁶⁶⁹. En consecuencia, reconocida la subsidiariedad de la

49, donde el Tribunal, al hilo del asentamiento de su doctrina sobre la unidad o duplicidad de procedimientos (en la que profundizaremos a continuación) marca como un elemento relevante para su análisis el grado de estigmatización de diferentes sanciones a efectos de considerarlas dentro del “núcleo duro” de las penas, habiendo superado ya los *criterios Engel*. Reparando en el diferente nivel de coacción entre estas medidas, el Tribunal afirma que ello “refleja consideraciones de relevancia cuando se decide si el artículo 4 del protocolo 7 se ha cumplido en los casos relacionados con el doble procedimiento administrativo penal”.

⁶⁶⁶ PÉREZ MANZANO, M. “Reflexiones...” Op.cit, p. 1659.

⁶⁶⁷ *Ídem*. Esta posición resulta coincidente con la sentada por el TJUE a la hora de interpretar el artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En efecto, el TJUE ha entendido que se incurrirá en dualidad sancionadora proscrita a la luz de este precepto si estamos ante dos infracciones *penales* en sentido estricto. Pero para ver si una determinada medida tiene carácter penal, debemos ir más allá de su formal consagración como tal en la normativa nacional. Además de este parámetro, deberemos atender a la naturaleza de la infracción (calificando como penal toda medida que tenga finalidad represiva, aunque ésta se complementa con una finalidad preventiva, excluyéndose únicamente las medidas estrictamente resarcitorias) así como a la naturaleza y gravedad de la sanción que se impone, de modo casuístico. Véanse, en tal sentido, las SSTSJ *Akerberg Fransson*, de 26 de febrero de 2013, parágrafo 35; *Di Puma y Zecca*, de 20 de marzo de 2018, parágrafo 38; *Menci*, de 20 de marzo de 2018, párrafos 26 a 33; *Garlsson Real Estate SA y otros*, de 20 de marzo de 2018, párrafos 28 a 35.

⁶⁶⁸ STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 9.

⁶⁶⁹ Junto con los principios de fragmentariedad y ultima ratio del ordenamiento penal, que con carácter general implican un mayor nivel de gravedad de las penas impuestas. Véase PÉREZ MANZANO, M. *La prohibición constitucional...* Op.cit, pp. 61-62. En las páginas 63 y 64, la autora critica esta concepción porque en ocasiones la sanción administrativa puede incluir matices o especialidades en los

respuesta administrativa, ésta debe entenderse derivada del propio artículo 25.1 CE como un límite implícito a la potestad sancionadora de la Administración, de tal suerte que la Administración deberá abstenerse con carácter necesario de sancionar si a la luz de los hechos cometidos, éstos pudieran ser constitutivos de infracción penal⁶⁷⁰. La Administración, en fin, deberá paralizar todo proceso administrativo en curso si los hechos son constitutivos de ilícito criminal.

Si, con todas las precisiones realizadas, existe una dualidad de procedimientos sancionadores, podremos encontrarnos ante un caso de *non bis in ídem* prohibido. Ahora bien, para ello se requiere que ambos constituyan una duplicidad procedimental real, un doble intento del ejercicio del *ius puniendi*⁶⁷¹. Esta dualidad procedimental puede darse con una primera resolución firme⁶⁷², pero también puede darse sin ella. Lo importante es que, a la luz de las circunstancias concurrentes, el Estado haya pretendido ejercitar su poder por duplicado⁶⁷³. Para valorar si ello se produce, el TEDH ha afirmado que entre

que no repare la sanción penal y el nivel de aflicción que puede revestir puede llegar, en ocasiones, a ser incluso superior a ésta.

⁶⁷⁰ STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 9. De concurso aparente de leyes penales y administrativas habla GIMENO SENDRÁ, V. “Los principios de legalidad y *non bis in ídem* en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, tomo 3, 2007, p. 1859. En sentido contrario, PÉREZ MANZANO, M. “Reflexiones...” *Op.cit.*, p. 1662, entendiendo que este pronunciamiento debe estudiarse a la luz de la propia STC 2/2003, ya que en esa ocasión la propia normativa administrativa imponía la obligación de abstenerse de continuar el procedimiento cuando los hechos pudieran ser sancionados penalmente. Por ello, la primacía de la sanción penal debe entenderse como un límite de configuración legal, de tal suerte que únicamente cuando existiera una norma legal con el mismo contenido pudiera afirmarse la imposibilidad de sancionar administrativamente al particular. Pero únicamente cuando así fuera, no ante un vacío normativo a tal efecto.

⁶⁷¹ Esta cuestión ya fue apuntada de forma tangencial en caso de resolución penal absolutoria que conduce a un nuevo procedimiento administrativo. Así, PÉREZ MANZANO, M. “Reflexiones...” *Op.cit.*, p. 1660.

⁶⁷² Firmeza de la resolución que se requiere en virtud del propio artículo 4 del Protocolo 7 CEDH, y que debe entenderse como la resolución frente a la que no cabe recurso ordinario por no estar previsto procesalmente o por haber transcurrido el plazo para recurrir; en definitiva, cuando tiene efectos de *res iudicata*. Así, SSTEDH *Zolotukhin c. Rusia*, de 10 de febrero de 2009, párrafos 107-108; *Igor Tarasov c. Ucrania*, de 16 de junio de 2016, párrafo 31.

⁶⁷³ La STEDH A y B c. *Noruega*, de 15 de noviembre de 2016, reconoce en su párrafo 130 que el concepto *procedimiento dual* puede verificarse “incluso a su término” (respecto del primero). A esta sentencia trasluce esa posibilidad, que se ve complementada por la STEDH *Simkus c. Lituania*, de 13 de junio de 2017, en cuyo párrafo 46 se estima la dualidad sancionadora, pero no por la existencia de una previa resolución firme, sino porque las autoridades nacionales repararon en ella, en su naturaleza y magnitud y, con todo, decidieron continuar con el procedimiento penal. Es esa circunstancia la que permite a esta resolución marcar distancia expresa con la STEDH A y B c. *Noruega*. En sentido contrario, afirmando que la tramitación paralela de procedimientos no vulneraría el principio *non bis in ídem*, salvo que se tratara de dos procedimientos penales, PÉREZ MANZANO, M. “Reflexiones...” *Op.cit.*, p. 1660.

ambos procesos debe existir una necesaria conexión temporal y material que permita considerarlos como uno solo, siendo elementos que se deben valorar casuísticamente en atención a ciertos indicios⁶⁷⁴.

Respecto a la conexión material, el TEDH ha declarado que habrá que estudiar si los procedimientos persiguen propósitos complementarios, pretendiendo la consecución de diversos aspectos de la misma conducta nociva; por otro lado, si a la luz de la normativa aplicable resulta previsible la incoación de ambos procedimientos; además, si de forma concreta se incoan y llevan a efecto evitando toda duplicación en el compendio de material probatorio, a través de una adecuada comunicación entre las autoridades competentes (donde reviste una importancia particular la posibilidad de que el material probatorio recabado en un procedimiento se use en el otro); y si la sanción prevista en el primer procedimiento se toma en consideración en el momento en que finalice el segundo proceso, a fin de evitar la desproporción sancionadora. Este indicio reviste una capital importancia, toda vez que conecta con la vertiente material del principio *non bis in ídem* a la luz de la jurisprudencia constitucional nacional, tal como retomaremos a continuación. Finalmente, el TEDH también ha afirmado que el nivel de afectación contra el acervo jurídico del particular puede ser un indicio importante de la complementariedad aludida, ya que habiendo superado los *criterios Engel*, a un mayor nivel de estigma, de incidencia de la pena, más difícil será sostener la complementariedad de la conducta. Por ello, una determinada medida administrativa se puede considerar una pena en sentido

⁶⁷⁴ SSTEDH *A y B c. Noruega*, de 15 de noviembre de 2016, párrafo 130; *Johannesson y otros c. Islandia*, de 18 de mayo de 2017, párrafo 49. Doctrina que tiene como antecedente la STEDH *Rivard c. Suiza*, de 4 de octubre de 2016, párrafos 31 y 32. Esta doctrina ha sido acogida positivamente al no supeditar la concepción material a la procesal, si bien con reservas al entender que puede ser utilizada de forma desviada por parte del TEDH, debiendo esperar a su desarrollo posterior. Véase PÉREZ MANZANO, M. “The spanish connection: los caminos del diálogo europeo en la configuración del alcance de la prohibición de incurrir en bis in idem” en AAVV (dir. GONZÁLEZ ALONSO, A; OUBIÑA BARBOLLA, S). *El vértice de los sistemas judiciales*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, UAM/BOE, nº 22, 2018, pp. 410 y ss. De otro lado, nótese que la concepción material a la que acude el TEDH es muy similar a la que tiene el TJUE. Este Tribunal, al estudiar el principio non bis in ídem consagrado en el artículo 50 CDFUE, entiende (en línea con su tradicional operar) que este principio puede ser limitado en virtud de medidas previstas en la ley que persigan un objetivo legítimo de política comunitaria, y siempre que exista una tradicional relación de proporcionalidad entre tal objetivo y la medida adoptada; en particular, en relación a esta exigencia de proporcionalidad, se exige que la gravedad de la totalidad de las infracciones impuestas (dualidad sancionadora) no exceda de la gravedad de la infracción cometida. Véanse las SSTJUE *Di Puma y Zecca*, de 20 de marzo de 2018, párrafos 41 a 45; *Menci*, de 20 de marzo de 2018, párrafos 40 a 64; *Garlsson Real Estate SA y otros*, de 20 de marzo de 2018, párrafos 42 a 60.

estricto, pero alejada del núcleo duro de las sanciones penales, siendo posible la duplicidad de procedimientos incoados por poder cohonestarse⁶⁷⁵.

De otro lado, en lo que hace a la conexión temporal, sirva destacar que el TEDH le concede una importancia secundaria respecto a la material, si bien reconoce que debe existir un elemento de proximidad cronológica como para evitar la incertidumbre y la inseguridad jurídica del particular inherente a una prolongación excesiva del sometimiento al poder del Estado. Ello no implica que ambos procedimientos deban seguirse simultáneamente, sino que también pueden darse de forma sucesiva si ello contribuye a la eficiencia y a la buena administración de justicia⁶⁷⁶.

IV.1.C.- La manifestación sustantiva del principio *non bis in ídem* y la proporcionalidad como su fundamento preferente

La vertiente material del principio *non bis in ídem* hace referencia a la imposibilidad de que un sujeto sufra una doble sanción por la comisión de un mismo hecho. No se trata, como en la vertiente procesal, de ser sometido a un doble procedimiento, sino de forma efectiva no ser sancionado por dos manifestaciones del *ius puniendi*. A pesar de que esta manifestación del principio se había fundamentado en el principio de legalidad, tanto de la infracción como de la sanción⁶⁷⁷, su anclaje más importante lo hallamos en el principio de proporcionalidad: el ordenamiento jurídico debe prever una respuesta proporcionada a la comisión de un determinado hecho, de tal forma que si esa reacción se aplica por

⁶⁷⁵ STEDH A y B c. Noruega, de 15 de noviembre de 2016, parágrafo 133; *Johannesson y otros c. Islandia*, de 18 de mayo de 2017, parágrafo 49.

⁶⁷⁶ S TEDH A y B c. Noruega, de 15 de noviembre de 2016, parágrafo 134; *Johannesson y otros c. Islandia*, de 18 de mayo de 2017, parágrafo 49. Nótese que el último inciso apoya la conclusión a la que llegamos previamente, en el sentido de poder apreciar vulneración de la vertiente procesal del principio *non bis in ídem* exista o no exista una primera resolución firme.

⁶⁷⁷ El fundamento, ofrecido en modo genérico, puede verse en las sentencias citadas en la siguiente nota al pie. Doctrinalmente, se ha profundizado más en él, entendiéndose que este anclaje es el resultado de una interpretación extensiva que no se considera ilegítima por sustentarse en el fundamento material de la legalidad sancionadora. Así, habrá vulneración del principio de legalidad por ausencia de cobertura legal, ya que la segunda sanción no estaría prevista legalmente, y vulneración del principio de tipicidad porque la segunda sanción se impone por un hecho que ya no puede considerarse sancionable en el caso concreto; además, porque en caso de imposición de dos preceptos diferentes, la segunda conducta ya no podría entenderse tipificada en la norma. Véase PÉREZ MANZANO, M. *La prohibición constitucional...* *Op.cit.*, pp. 72-73; PÉREZ MANZANO, M. "Reflexiones..." *Op.cit.*, p. 1654.

duplicado, la respuesta será excesiva en relación a la conducta que está en el origen de la problemática⁶⁷⁸.

De esta forma, como el principal fundamento de esta vertiente material es la proporcionalidad, no resulta excesiva toda doble sanción, sino toda manifestación del *ius puniendi* estatal que se reitere y que, por ello, resulte excesiva. Consecuentemente, si en la imposición de la segunda sanción se toma en consideración el *quantum* de la primera y se descuenta, a pesar de que formalmente exista una duplicidad del *ius puniendi*, materialmente sólo ha existido una respuesta del ordenamiento jurídico, sin haberse vulnerado este principio⁶⁷⁹. Si bien doctrinalmente se consideró que esta construcción se oponía frontalmente a la normativa supranacional aplicable (más concretamente, al artículo 4 del Protocolo 7 CEDH)⁶⁸⁰, el propio TEDH, como ya indicamos en el epígrafe anterior, ha convalidado esta posibilidad afirmando que la compensación de penas será uno de los parámetros a tomar en consideración para verificar si existe una auténtica dualidad de procesos sancionadores⁶⁸¹.

⁶⁷⁸ Por todas, SSTC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 177/1999, de 11 de octubre, FJ 3; 2/2003, de 16 de enero, FJ 3; 180/2004, de 2 de noviembre, FJ 4; 188/2005, de 7 de julio, FJ 2; 334/2005, de 20 de diciembre, FJ 2; 48/2007, de 12 de marzo, FJ 3; 91/2008, de 21 de julio, FJ 2; 91/2009, de 20 de abril, FJ 6; 77/2010, de 19 de octubre, FJ 4. Doctrinalmente, PÉREZ MANZANO, M. *La prohibición constitucional...* *Op.cit.*, p. 26. La mayor importancia del fundamento de proporcionalidad lo podemos hallar en la jurisprudencia constitucional. Así, STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 6, donde expresamente modifica la doctrina contenida en la STC 177/1999, de 11 de octubre (FJ 3). Según esta línea jurisprudencial, si en el momento de la imposición de la sanción penal ya existe resolución administrativa firme que imponga otra consecuencia jurídica, se podrá aplicar la segunda descontando los efectos jurídicos de la primera. En este sentido ya se pronunciaba el último apartado del voto particular de los magistrados D. Pedro Cruz Villalón y Dña. María Emilia Casas Baamonde a la STC 177/1999. En el ámbito doctrinal, reconociendo esta mayor importancia del fundamento del principio de proporcionalidad a partir de la STC 2/2003, PÉREZ MANZANO, M. “Reflexiones...” *Op.cit.*, p. 1654.

⁶⁷⁹ STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 6, tal como apuntamos en la anterior nota al pie.

⁶⁸⁰ GIMENO SENDRÁ, V. *Op.cit.*, pp. 1859-1860.

⁶⁸¹ El TEDH, así, vuelve a cambiar su criterio respecto a la validez del descuento de la primera sanción. Si bien admitía esta posibilidad con la sentencia *Oliveira*, posteriormente consideró que este operar no resultaba jurídicamente válido en la sentencia *Zolotoukhine*. Y finalmente, tras la sentencia *A y B*, vuelve a considerar que es un proceder válido. Una recopilación de estos cambios doctrinales hasta la sentencia *Zolotoukhine* puede verse en PÉREZ MANZANO, M. “La prohibición de incurrir...” *Op.cit.*, p. 175. En las páginas 196 a 199, precisamente, la autora critica la -entonces- imposibilidad de aplicar el descuento de la sanción, al entender que con este operar el TEDH prioriza la vertiente procesal del principio *non bis in ídem* sobre la vertiente material, distorsionando los modelos sancionadores aceptados en nuestra cultura jurídica, basados en la primacía de la jurisdicción penal, a los que se cierra la puerta si es la Administración la que incoa previamente el proceso sancionador. Con la vuelta de la técnica del descuento, integrada en una concepción material del principio *non bis in ídem* que asume explícitamente el TEDH, este obstáculo queda más que superado. Finalmente, nótese que el descuento de la sanción es uno de los parámetros que el TJUE toma en consideración para valorar si la excepción a la prohibición de *non bis in ídem* es proporcional y, consecuentemente, válida a la luz de los artículos

Con todo, esta solución ha sido criticada doctrinalmente por tres motivos diferentes: primero, porque la cuantía de la sanción administrativa puede ser, en ocasiones, mayor que la sanción penal, por lo que no tendría sentido aplicar compensación o descuento alguno. Además, la propia figura de la compensación tiene un efecto distorsionador sobre el posterior proceso penal, porque para acudir a tal posibilidad el órgano judicial se verá compelido a imponer una pena de multa, ya que es la única que admite tal compensación, sin que sea posible imponer otra consecuencia jurídica prevista penalmente que pudiera resultar más adecuada. Y finalmente, porque existen sanciones administrativas que carecen de referente para su posterior compensación⁶⁸².

IV.2.- *El Derecho del trabajo, las sanciones laborales, y la problemática sobre la garantía constitucional de non bis in ídem*

El principio *non bis in ídem* ha sido reiteradamente excluido de las sanciones laborales por no ser manifestación del ejercicio del *ius puniendi* estatal, de forma análoga al Derecho fundamental a la presunción de inocencia, visto en el anterior capítulo⁶⁸³. Por ello, la aplicabilidad que ha tenido este principio en el ámbito laboral ha venido dada por su carácter de principio general del Derecho, en virtud del artículo 1.1 CC⁶⁸⁴, aplicable al

50 y 52 CDFUE. Véase la STJUE *Garlsson Real Estate SA y otros*, de 20 de marzo de 2018, parágrafo 60.

⁶⁸² PÉREZ MANZANO, M. “Reflexiones...” *Op.cit.*, p. 1658. En un sentido similar, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. *Op.cit.*, p. 22.

⁶⁸³ SSTC 24/1984, de 23 de febrero, FJ 2; 62/1984, de 21 de mayo, FJ 2. Con este planteamiento, el TC puso fin a la doctrina contenida en la STS de 17 de octubre de 1984, Pte. Excmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo, en cuyo FJ 2 argumentaba en favor de esta aplicación. Doctrinalmente, en línea con la jurisprudencia constitucional, PÉREZ MANZANO, M. *La prohibición constitucional...* *Op.cit.*, p. 77. No se puede trasladar a este principio la doctrina contenida en la STC 69/1983, de 26 de julio que citan estas fuentes, ya que en su FJ 4 afirma que el ámbito de aplicación del artículo 25 CE se circunscribe al orden penal y administrativo, pero lo hace en respuesta a la alegación de la parte recurrente relativa a la eventual inconstitucionalidad del -entonces- reciente precepto laboral que permitía el mantenimiento del despido improcedente mediante el pago de una indemnización. Esta sentencia, por tanto, hace referencia al principio de legalidad y no al principio *non bis in ídem*, ya que la recurrente entiende el primero aplicable como consecuencia de que la posibilidad de despedir de forma indemnizada supone mantener una sanción laboral que el trabajador no ha llevado a cabo; incurrir, por tanto, en una sanción que no es tal.

⁶⁸⁴ Argumentando en tal sentido, aplicando el -entonces- artículo 6 CC, véanse las SSTC de 22 de noviembre de 1967, Pte. Excmo. Sr. D. Juan-Victoriano Barquero y Barquero, considerando 11; de 13 de marzo de 1968, Pte. Excmo. Sr. D. Juan-Victoriano Barquero y Barquero, considerando 8. Téngase en cuenta que la vía más normal de verificar que un principio general del Derecho lo es reside en su invocación vía jurisprudencial, por lo que estos pronunciamientos, junto con los posteriormente citados en idéntico sentido, cobran una especial relevancia a la hora de afirmar su presencia en el orden social. Exponiendo tal forma de apreciar su existencia, MARTÍN VALVERDE, A. “Principios y reglas en el Derecho del Trabajo. Planteamiento teórico y algunos ejemplos” en VILLA GIL, L.E de la; y LÓPEZ CUMBRE, L (dirs.) *Los principios del Derecho del trabajo*, Centro de Estudios Financieros, 2003, pp. 51-58.

Derecho del trabajo a través de la subsidiariedad consagrada en el artículo 4.3 CC, en tanto en cuanto no se opone a ningún principio general propio del ámbito laboral⁶⁸⁵.

Sin embargo, a este estado actual de la cuestión podemos oponer las mismas argumentaciones que nos permitieron hablar del principio de legalidad y proporcionalidad en el Derecho del trabajo, en tanto en cuanto éstos son los fundamentos del principio *non bis in ídem*⁶⁸⁶. De esta forma, tal como vimos en el capítulo tercero de este estudio en lo relativo al principio de legalidad, la expresa referencia a las sanciones jurídico-públicas contenida en el artículo 25.1 CE en modo alguno puede ser óbice para aplicar esta garantía a las sanciones privadas si materialmente esta aplicación resulta posible de conformidad con la teoría inmediata de los Derechos fundamentales, como consecuencia de la adaptación social que van sufriendo las figuras, tal como ha sido reconocido por la doctrina constitucional⁶⁸⁷. Por otro lado, de conformidad con lo sostenido en los epígrafes anteriores, la constitucionalización del principio de proporcionalidad deriva de la cláusula de Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), del reconocimiento de la dignidad humana (art. 10.1 CE) y de la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), toda vez que el Estado reconoce y legitima la posición empresarial siempre que se adecúe a unos parámetros constitucionalmente válidos, entre los que se incluye el principio de proporcionalidad de toda sanción.

Así las cosas, el principio *non bis in ídem* pasa de ser un principio general del Derecho (aplicable supletoriamente al resto del ordenamiento jurídico) a un principio constitucionalmente consagrado y merecedor del máximo grado de protección del texto

⁶⁸⁵ QUIRÓS LOBO, J.M. *Los principios generales del Derecho en la doctrina laboral*, Aranzadi, 1984, p. 24. Haciendo referencia expresa a la posible aplicación como nexo de unión entre el ordenamiento común y laboral, siempre que no exista oposición a este último ordenamiento, MARTÍN VALVERDE, A. *Op.cit.*, p. 59. En sentido contrario, haciendo referencia a que el sistema de fuentes jurídico-laboral constituye un sistema cerrado que no se puede alterar con la introducción de los principios generales del Derecho propios del Derecho común, CRUZ VILLALÓN, J. “Los principios informadores del ordenamiento laboral” en FARGAS FERNÁNDEZ, J (coord.) *Los derechos laborales desde la perspectiva de la teoría general del contrato y de la normativa internacional*, Huygens, 2016, pp. 193-194.

⁶⁸⁶ Así, LEÓN VILLALBA, F.J de. *Op.cit.*, p. 229, que defiende que este principio resulta aplicable a cualquier sector del ordenamiento jurídico donde se pretenda impedir la exigencia por duplicado de cualquier tipo de prestación.

⁶⁸⁷ *Vid.* Cap. III.III.1.

constitucional, de donde deriva su aplicación con prioridad a las normas legales⁶⁸⁸. Este aumento de rango es extraordinariamente importante, porque nos muestra que no tenemos dos principios diferentes, uno aplicable en el ámbito privado y otro en el público, sino que hay un solo principio *non bis in idem*, vigente en todos los sectores del ordenamiento jurídico. Ello nos sitúa ante dos consideraciones en atención a su contenido que revisten una importancia trascendental y que marcarán todo el análisis contenido en los epígrafes siguientes. En primer lugar, que el presupuesto para que resulte aplicable prescinde de la identidad de fundamento⁶⁸⁹, bastando la simple identidad de sujetos y hechos. Además, para estudiar la identidad fáctica debemos tomar en consideración únicamente los hechos relevantes a partir de los tipos sancionadores. Una mirada al Derecho italiano refuerza esta posición, que ha tenido un cierto recorrido en el ámbito del despido disciplinario, tanto en una lectura conjunta de los artículos 18.4 y 18.5 del *Statuto dei Lavoratori* modificado por *Legge 92/2012*, de 28 de junio, como en el artículo 3 *Legge 23/2015*, de 4 de marzo. Respecto al primer texto normativo⁶⁹⁰, si bien la jurisprudencia se ha pronunciado en un sentido *naturalístico*, tomando en consideración todos los hechos acaecidos con independencia de su caracterización jurídica⁶⁹¹, doctrinalmente está en auge una interpretación alternativa, según la cual el inciso *inexistencia de hechos imputados* que contiene el artículo 18.4 *Statuto dei Lavoratori* no debe entenderse como

⁶⁸⁸ Véase ARAGÓN REYES, M. “Tipología de las normas constitucionales” en AAVV. *Libro homenaje a D. Íñigo Cavero Lataillade*, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 126-127. Este autor afirma que el principio constitucional, reconocido explícitamente en el texto o derivado de él, forma parte de la normativa constitucional y en consecuencia tienen el grado de eficacia inherente a la Constitución. En un sentido similar, CRUZ VILLALÓN, J. *Op.cit.*, pp. 188-189.

⁶⁸⁹ Al igual que en la más reciente doctrina del TEDH en el ámbito jurídico-público, también en el Derecho del trabajo debe excluirse la identidad de fundamento como presupuesto para apreciar el principio *non bis in idem*. Esta exclusión ya se puede ver en Italia, donde la imputación de dos sanciones por el mismo hecho pero valoradas jurídicamente de forma diferente también pueden determinar la aplicabilidad de este principio. Así, CARO, M. “Il principio del *ne bis in idem* e i limiti al legittimo esercizio del potere disciplinare”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, Giuffrè, n° 2, 2011, p. 734.

⁶⁹⁰ “El juez, cuando compruebe que no concurren los extremos del justificado motivo subjetivo o de la justa causa aducida por el empresario, por inexistencia del hecho imputado o porque el hecho fuera castigado con una sanción conservativa sobre la base de las previsiones de los contratos colectivos o los códigos disciplinarios aplicables, anulará el despido y condenará al empresario a la readmisión [...] En otros supuestos en los que no concurren los elementos del justificado motivo subjetivo o de la justa causa aludida por el empresario, declarará resuelta la relación laboral con efectos desde la fecha del despido y condenará al empresario al pago de una indemnización resarcitoria [...]”.

⁶⁹¹ Sentencia de la *Corte di Cassazione* n° 23669 de 6 de noviembre de 2014, asumiendo una interpretación propuesta con anterioridad en MARESCA, A. “Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell’art. 18 Statuto dei Lavoratori”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, Giuffrè, n° 1, 2012, pp. 435 y ss.

todo hecho material, sino como todo hecho que, aun existiendo, no revista trascendencia disciplinaria alguna a la luz del precepto aplicable (en este caso, de despido), incluyendo tanto sus elementos objetivos (gravedad, causalidad...) como subjetivos (culpabilidad)⁶⁹². En cuanto al artículo 3 *Legge 23/2015*, de 4 de marzo, la problemática presenta un mayor nivel de complejidad, ya que el precepto ordena la readmisión del trabajador ante la *inexistencia de los hechos materiales* imputados al trabajador⁶⁹³. Sin embargo, la doctrina ha apuntado que este inciso resulta compatible con la concepción jurídica de la conducta llevada a cabo por el trabajador, porque el concepto *inexistencia de hechos* también abarca aquellas situaciones en las que los hechos hayan efectivamente acaecido, pero no revistan trascendencia disciplinaria⁶⁹⁴.

En segundo lugar, téngase en cuenta que el propio contenido del principio también debe ser explicitado. Así, podemos considerar que actualmente el principio de proporcionalidad se alza como su principal fundamento, de tal forma que la imposición de una doble sanción (vertiente material) será jurídicamente viable siempre que con ello no exista una respuesta desproporcionada del ordenamiento jurídico, y de forma conexa, la vertiente procesal se respetará cuando los dos procedimientos que sufra el trabajador sean consecuencia de una respuesta unitaria del ordenamiento jurídico frente al hecho que ha cometido, sin una doble reacción jurídica frente a él. Y precisamente como consecuencia del anclaje prioritario del principio *non bis in ídem* al principio de proporcionalidad, podemos afirmar que aquél debe correr la misma suerte que éste en lo que se refiere a las consecuencias de su transgresión. En caso de que el principio *non bis in ídem* se vea vulnerado, al no constituir un Derecho fundamental ni tener una directa

⁶⁹² SPEZIALE, V. “Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo”, en AAVV (coord. CHIECO, P.) *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, 2013, pp. 330-331. Sobre la inclusión del elemento subjetivo, véase la página 333. Esta interpretación ha sido asumida por algunos tribunales de justicia, como se puede ver en la sentencia del Tribunal de Bari nº 9380, de 6 de diciembre de 2016, comentada por SPEZIALE, V. “La carenza di potere disciplinare per violazione del *ne bis in ídem* e a seguito di conciliazione sindacale come ipotesi di insussistenza del fatto contestato”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, Giuffrè, nº 2, 2017, p. 298. Pronunciamientos contradictorios como el indicado, junto con la doctrina que apunta en idéntico sentido, permiten aventurar un posible cambio jurisprudencial, tal como señala MELLACE, A. *Op.cit.*, pp. 1034-1036.

⁶⁹³ El precepto tiene el siguiente tenor: “Exclusivamente en caso de despido por justificado motivo subjetivo o por justa causa en la que sea directamente demostrada judicialmente la inexistencia del hecho material imputado al trabajador, respecto a la cual resultará ajena toda valoración sobre la desproporción del despido, el juez anulará el despido y condenará al empresario a la readmisión...”.

⁶⁹⁴ MARAZZA, M. “Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act”, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, Wolters Kluwer, nº 2, 2015, p. 325.

conexión con él, la consecuencia jurídica aplicable será la revocación o improcedencia de la sanción impuesta, y no su nulidad.

Hechas todas estas precisiones, en los próximos epígrafes procederemos a analizar algunas consecuencias de la aplicación de este principio en función de los diferentes grupos de casos en los que puede resultar aplicable: cuando concurren una sanción penal y una laboral, y cuando se pretenden imponer dos sanciones laborales, en ambos casos por la comisión de los mismos hechos.

IV.2.A.- Concurrencia de sanción penal y laboral

El primer grupo de casos que centrará nuestra atención será la efectiva concurrencia de sanciones de índole penal y laboral. Dejaremos de lado, por tanto, las situaciones en las que la sanción laboral es consecuencia de que el trabajador ha obtenido una sentencia penal firme sobre unos determinados hechos (y no estrictamente por la comisión de éstos)⁶⁹⁵, porque en tal caso no se plantea dificultad alguna en la acumulación de sanciones, como consecuencia de la diferencia en los supuestos fácticos que dan lugar a cada una de ellas.

El primer óbice que se nos plantea salta a la vista una vez hemos estudiado el contenido del principio *non bis in ídem*. ¿Se opone a la vertiente material de esta garantía la posible acumulación de sanciones, viniendo cada una de un orden jurídico independiente? Es decir, ¿el doble castigo que sufre el trabajador es fruto de una única respuesta del ordenamiento jurídico que se desliga en dos sanciones acumulables, o bien es una situación de auténtica (y prohibida) dualidad sancionadora? Para valorarlo, el empleador (o el juez en caso de revisión judicial) debe tener presente el principio de proporcionalidad, fundamento último del *non bis in ídem*, a fin de escrutar si la acumulación de las sanciones no excede de forma burda el desvalor del hecho cometido, en atención a las circunstancias concretas del hecho y su relación con el interés protegido en cada uno de los dos ámbitos. De ser así, habría que concluir que la segunda sanción impuesta -forzosamente la sanción laboral, en atención a los criterios procesales que

⁶⁹⁵ Supuesto al que hace referencia, excluyendo la aplicabilidad del principio *non bis in ídem* cuando se sancionan ambos supuestos, la sentencia del Tribunal de Catania, n. 12890, de 21 de abril de 2016. Véase, críticamente por entender aplicable tal principio, SIGNORELLI, B. “Il principio del *ne bis in ídem* e la sussistenza del fatto contestato nell’ambito del licenziamento disciplinare”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, Giuffrè, nº 2, 2016, p. 584. En sentido contrario, entendiendo (al igual que la sentencia del Tribunal de Bari comentada) que la sanción penal únicamente conlleva una valoración autónoma de los hechos que dieron inicio a tales procedimientos, SPEZIALE, V. “La carenza di potere...” *Op.cit.*, pp. 296-297.

expondremos a continuación- puede infringir la vertiente material del principio *non bis in ídem*. Pero esta infracción (todavía) no se manifiesta de un modo indubitado. Ciertamente, incluso en estos casos puede establecerse algún criterio compensador del nivel de coacción infligido contra el particular que salve este vicio. Pero como consecuencia de la diferente naturaleza de las sanciones, resultaría muy difícil establecer un criterio compensador entre ellas, con la particular excepción de la pena de multa y la suspensión de empleo y sueldo. Y es que en esta particular situación, ambas sanciones comparten el hecho de que en ambos casos queda afectado el patrimonio del trabajador, por lo que resulta posible que el empleador actúe imponiendo la suspensión pero sin que tenga efectos durante el tiempo equivalente al necesario para devengar un salario igual a la cuantía por la que fue condenado previamente el trabajador.

Por lo demás, las cuestiones relativas a la vertiente procedimental del principio *non bis in ídem* introducen ciertos condicionantes a la hora de analizar el régimen de compatibilidad entre una sanción penal y otra laboral. Y es que ante la comisión de un mismo hecho susceptible de ser castigado en ambos ordenamientos, el empleador deberá abstenerse de iniciar o continuar con el procedimiento sancionador cuando los hechos estén siendo judicializados en vía penal, o ya lo hayan sido. Esta necesaria abstención es consecuencia de la reconocida supremacía de la jurisdicción penal, que no se predica únicamente respecto a la potestad sancionadora de la Administración, sino también frente a todo poder sancionador que pudiera concurrir con él, como el laboral. Además, esta función superior del orden jurisdiccional penal guarda relación con la jurisprudencia constitucional relativa al principio de presunción de inocencia que reconocía la ya mencionada prevalencia a la hora de fijar los hechos, ya que en caso de concurrencia de procedimientos el tribunal laboral queda vinculado por los presupuestos fácticos fijados en el proceso penal, sin que pueda llegarse a la misma conclusión en la situación inversa⁶⁹⁶.

Pero la incidencia que sobre este particular puede tener el principio de presunción de inocencia no acaba aquí. La necesidad de abstención en la tramitación de la sanción laboral tiene un importante punto de conexión con su vertiente material. Tal como ya apuntamos, esa manifestación se opone a todo pronunciamiento estatal en el que, sin haberse decretado la culpabilidad por el órgano judicial competente (penal), se haga

⁶⁹⁶ Vid. Cap. IV.VI.2.

referencia directa o indirecta a tal circunstancia⁶⁹⁷. De esta forma, existe el riesgo cierto de que un eventual recurso judicial del trabajador impugnando la sanción laboral impuesta durante la tramitación del proceso penal obligue al juez laboral a pronunciarse sobre la comisión de hechos que están en la base de la sanción, vulnerando la presunción de inocencia.

Para solventar esta dificultad, el juez laboral se vería obligado a acudir a la prejudicialidad penal, pero tal posibilidad queda obstaculizada por el artículo 86.1 LRJS, que no reconoce esta figura en la concurrencia de procedimientos entre estos dos órdenes jurisdiccionales⁶⁹⁸. Por ello, de *lege ferenda*, se propone excepcionar la regla general contenida en este precepto para dar entrada a supuestos de prejudicialidad como el señalado, ya que a ello obliga la posición prevalente del Derecho fundamental a la presunción de inocencia del trabajador. De *lege lata*, sin embargo, esta encrucijada puede solventarse si el juez laboral acude a la suspensión del acto del juicio consagrada en el artículo 83.1 LRJS, que prevé la posibilidad de suspensión por circunstancias excepcionales una primera vez hasta un plazo de diez días, y una segunda vez sin plazo. La ausencia de plazo en esta segunda suspensión debe complementarse vía subsidiaria (art. 4 LEC y D.F. 4 LRJS) con lo previsto en el artículo 189.1 LEC, que hace referencia a que el Letrado de la Administración de Justicia señale una nueva fecha para la celebración del juicio *cuando ello fuera posible*, abriendo la posibilidad de que este nuevo señalamiento se realice una vez haya desaparecido la causa que la motiva.

De esta forma, si el empleador deberá abstenerse de iniciar o continuar con la imposición de la sanción cuando la conducta reviste trascendencia penal, queda en una situación de inseguridad al no saber si la eventual sanción que puede imponer prescribe o no. Para solventar esta situación problemática, deberemos verificar si el proceso penal ha sido iniciado por denuncia o querrela del empleador. En caso de que así haya sido, con el inicio del proceso penal el empleador manifiesta una voluntad de persecución del ilícito que impide considerar que se desentiende de la actuación punible, y consecuentemente,

⁶⁹⁷ Vid. Cap. IV.III.1.

⁶⁹⁸ Ello obstaculizaría la búsqueda de la verdad material, pretendiendo la consecución de la máxima celeridad posible del procedimiento laboral. Criticando el equilibrio de intereses que realiza el artículo 86.1 LRJS, véase CHACÁRTEGUI JÁVEGA, C. “Cuestiones prejudiciales penales y presunción de inocencia en el proceso laboral” en AAVV (coords. ALARCÓN CARACUEL, M.R; MIRÓN HERNÁNDEZ, M.M). *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar (aspectos laborales, fiscales, penales y procesales)*, Marcial Pons, 2000, pp. 167-168.

permite considerar interrumpido el plazo de prescripción. Con este proceder el empleador manifiesta, en fin, que únicamente se abstiene de adoptar una decisión espontánea de despido al acudir a la jurisdicción penal para constatar, con las especiales garantías de este orden jurisdiccional, la comisión del hecho y la participación del trabajador en él⁶⁹⁹.

Por el contrario, si el procedimiento penal se inicia por otros medios también puede considerarse interrumpida la prescripción⁷⁰⁰, pero para ello será necesario que el empleador no mantenga una actitud totalmente pasiva en el procedimiento, sino que se interese por su desarrollo y finalización, a efectos de aplicar las medidas laborales que interese⁷⁰¹. En este caso, de conformidad con la doctrina sobre las faltas ocultas o de difícil averiguación⁷⁰², debemos señalar que es el conocimiento pleno de los hechos cometidos y su autoría los que determinan el reinicio del plazo de prescripción⁷⁰³. Así, el empleador podrá sancionar el hecho cometido desde que adquiera un *conocimiento cabal de los hechos*⁷⁰⁴. Se entenderá que el empleador adquiere tal grado de conocimiento del

⁶⁹⁹ SSTs de 18 de febrero de 1982, Pte. Excmo. Sr. D. Agustín Muñoz Álvarez, segundo considerando; de 26 de mayo de 1992 (rec. 1615/1991), FJ 3; y de 24 de septiembre de 1992 (rec. 2415/1991), FJ 3.

⁷⁰⁰ STS de 11 de marzo de 2014 (rec. 1203/2013), FJ 2. En sentido contrario, entendiendo que la existencia del proceso penal en modo alguno puede interrumpir la prescripción, GIL Y GIL, J.L. *La prescripción de las faltas laborales*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993, p. 218.

⁷⁰¹ Véase el ATS de 16 de marzo de 2016 (rec. 1207/2015), en cuyo FJ 1 se toma como dato fáctico relevante para inadmitir el recurso de casación para la unificación de doctrina por falta de contradicción la conducta en exceso pasiva de la empleadora, sin personarse en el procedimiento penal y esperando trece meses desde la firmeza de la sentencia penal hasta que solicita su remisión para ejercitar sus facultades disciplinarias, conducta pasiva que hace decaer la eficacia interruptiva de la prescripción.

⁷⁰² Para la interrupción de la prescripción corta, por todas, STS de 31 de enero de 2001 (rec. 148/2000), FJ 3, que determina que es necesario un conocimiento exacto y cabal de los hechos. Para la interrupción de la prescripción larga, por todas, STS de 15 de julio de 2003 (rec. 3217/2002), en cuyo FJ 2 afirma que el mantenimiento a ultranza de la regla general de situar el *dies a quo* de este plazo desde la comisión de la falta puede llevar a resultados antijurídicos cuando el trabajador haya desempeñado la conducta con ocultación, por lo que en estos casos debe estimarse que es el momento de cese de la ocultación por parte del empleador el determinante para iniciar el plazo de prescripción larga.

⁷⁰³ Muy ilustrativo a estos efectos es el ATS de 20 de diciembre de 1993 (rec. 734/1993) FJ 3, apoyado posteriormente por el ATS de 17 de mayo de 2007 (rec. 1665/2006), FJ 1. En esta resolución se inadmite el recurso de casación para unificación de doctrina porque en las resoluciones de contraste se despidió a los trabajadores una vez finalizado el proceso penal, momento en el que el empleador tuvo constancia de forma concreta y exhaustiva de los hechos acaecidos y su autoría. En el asunto sometido a consideración de la Sala, se despidió al trabajador cuando la empresa recibió un Auto de declaración de responsabilidad civil, momento en el que debe entenderse que tuvo este conocimiento cabal de los hechos y en el que, consecuentemente, debe situarse el *dies a quo* del ejercicio de la acción.

⁷⁰⁴ STS de 9 de febrero de 2009 (rec. 4115/2007). En el mismo sentido, afirmando que corresponde al órgano judicial valorar cuándo el empleador tiene conocimiento de los hechos, GIL Y GIL, J.L. *Op.cit.*, pp. 216 y 217.

hecho siempre que en el previo procedimiento penal se haya dictado resolución firme que ponga fin al procedimiento⁷⁰⁵, pero no siempre, porque en alguna ocasión se ha situado este momento temporal en el acceso a las actuaciones penales por parte del empleador durante el proceso de instrucción⁷⁰⁶.

Huelga señalar que no todas las conductas que revistan trascendencia penal deben ser consideradas de averiguación compleja⁷⁰⁷. Serán las circunstancias concurrentes en cada caso concreto -y no únicamente la posible trascendencia penal de la infracción- las que puedan situar el *dies a quo* en un momento anterior o posterior, como puedan ser los medios probatorios que obren en autos o con los que el empleador cuente para sostener la sanción laboral, puesto que, si son pruebas que revisten una extraordinaria validez probatoria (como pudieran ser, por ejemplo, pruebas videográficas donde no se albergue duda alguna del hecho y su autoría) estará justificado aducir la innecesariedad de que en el ámbito laboral se pruebe la constatación de esas circunstancias por medio de un previo procedimiento penal.

Obsérvese que la doctrina acerca de la prescripción de la sanción laboral puede oponerse a la interpretación que se sostiene acerca de la necesidad de esperar a que recaiga resolución firme para evitar toda vulneración de la presunción de inocencia y del principio *non bis in ídem*. Es decir, si para que una sanción no deba considerarse prescrita debe iniciarse en un estado prematuro del procedimiento penal como puede ser la fase de instrucción, pero el debido respeto al *non bis in ídem* y a la presunción de inocencia obligan a esperar a que recaiga sentencia firme en el orden penal, el empleador puede quedar en situación de indefensión, de imposibilidad de ejercicio de su poder. Pero ambas cuestiones no son contradictorias sino complementarias, una vez se conjuga este esquema con la posibilidad de notificar al trabajador la voluntad de imponer la sanción disciplinaria, pero sin que dicha imposición tenga lugar hasta que se garantice el debido

⁷⁰⁵ ATS de 10 de noviembre de 2009 (rec. 3966/2008), FJ 1. En sentido contrario, haciendo referencia al momento de dictarse una resolución que haya sido recurrida, véase la STS de 9 de febrero de 2009 (rec. 4115/2007) FJ 5.

⁷⁰⁶ Véase la STS de 11 de marzo de 2014 (rec. 1203/2013), en la que se despide a un grupo de trabajadores dos semanas después de salir de prisión provisional adquiriendo la libertad provisional, encontrándose el procedimiento penal en trámite de instrucción (FJ 1), posibilidad admitida por el FJ 2.4 *in fine* de la misma resolución. En el mismo sentido, GIL Y GIL, J.L. *Op.cit.*, p. 217.

⁷⁰⁷ Tal como refuerzan los AATS de 24 de noviembre de 2009 (rec. 720/2009), FJ 2; de 10 de mayo de 2011 (rec. 3952/2010), FJ 1; de 8 de noviembre de 2011 (rec. 1221/2011), FJ 3; de 6 de marzo de 2012 (rec. 2873/2011), FJ 1; y STS de 25 de octubre de 2005 (rec. 622/2003), FJ 3.

respeto a todos los derechos en juego⁷⁰⁸. Se suspenderá con ello, en su caso, el expediente disciplinario y, con independencia de ejercitar tal suspensión, existirá la posibilidad de imponer una medida cautelar que garantice la protección del interés empresarial hasta el momento en que pueda ejercitarse el poder sancionador⁷⁰⁹.

La posibilidad de acudir a las medidas cautelares en el procedimiento laboral ha sido reiteradamente reconocida, a pesar de que no tienen un anclaje legal expreso⁷¹⁰, sino que derivan del propio carácter sancionador de las medidas disciplinarias laborales en las que se instrumentalizan, con independencia de que el Convenio colectivo aplicable pueda prever su régimen jurídico⁷¹¹. Es más, en ocasiones resulta obligatorio que el empleador se acoja a estas medidas por ser garante de la seguridad y salud en el centro de trabajo y,

⁷⁰⁸ Se interrumpiría así el plazo de prescripción de la sanción laboral al no mostrar el empleador una pasividad incompatible con el ejercicio extemporáneo de tal potestad. No existe impedimento alguno en la normativa laboral que obste al indicado proceder, toda vez que, aunque el artículo 58.2 ET afirma que en la notificación de la sanción deberá indicarse la fecha, esta “fecha” es la del momento de la notificación, y no la del momento de cumplimiento efectivo Véase STSJ Andalucía, de 14 de marzo de 2012 (rec. 1669/2010), FJ 2; en sentido contrario, SSTSJ Extremadura de 30 de marzo de 2006 (rec. 64/2006), FJ Único; y Madrid, de 30 de junio de 2008 (rec. 2364/2008), FJ 2. Así, se puede diferir el cumplimiento de la sanción siempre que ello se haga de buena fe y no con una finalidad meramente dilatoria, como en este caso, donde la posición prevalente de la presunción de inocencia del trabajador obliga a ello.

⁷⁰⁹ Si bien en un caso de imposición de la sanción en el marco del personal laboral de la Administración, aplicando su propio Convenio colectivo, la STSJ Andalucía, de 23 de febrero de 2011 (rec. 2918/2010), FJ 1, confirma la posibilidad de que la medida cautelar se aplique mientras dure el procedimiento penal, dada la íntima conexión que tiene con el poder disciplinario empresarial.

⁷¹⁰ En particular, no puede entenderse que esta potestad derive de los artículos 45.1.a y 45.1.b ET, ya que para ello se exige la concurrencia de voluntades entre empresario y trabajador, en la que no participa este último. Así, SANTANA GÓMEZ, A. *La interrupción y la suspensión como medidas cautelares en el procedimiento disciplinario*, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 20-21. Más concretamente, tal como señala el mismo autor en las páginas 43 y 44, la suspensión de la relación laboral como medida cautelar prototípica no deriva del artículo 45.1.h ET, que prevé la posibilidad de suspender el contrato por motivos disciplinarios, dado el carácter unilateral que tiene toda medida cautelar. Este precepto debe entenderse referido a una de las posibles sanciones que se pueden imponer por vía convencional, pudiendo reconducirse al artículo 58 ET. En el mismo sentido, STSJ País Vasco, de 2 de enero de 2004 (rec. 2401/2003), FJ 1.

⁷¹¹ Las SSTSJ Asturias, de 30 de diciembre de 2004 (rec. 1182/2004), FJ 2; Andalucía, de 20 de enero de 2005 (rec. 1599/2004), FJ 3, reconoce que la suspensión de empleo y sueldo no está prevista legalmente y, ante la falta de previsión convencional a tal efecto, estima la ilegalidad de su adopción, argumentación que también se intuye en las SSTSJ Extremadura, de 19 de julio de 2007 (rec. 285/2007), FJ 2; Cataluña de 15 de diciembre de 2015 (rec. 5441/2015), FJ 3. Pero como hemos señalado, la medida cautelar deriva de la propia conceptualización de la sanción como tal: si hay sanción, deben preverse las medidas adecuadas para lograr la mayor eficacia en su imposición. Por otro lado, la posibilidad de que la negociación colectiva introduzca figuras suspensivas no previstas en el artículo 45 ET se puede apreciar en una interpretación sistemática del texto normativo. Así, el artículo 46.6 ET consagra la posibilidad de que negocialmente se introduzcan nuevos supuestos de excedencia voluntaria. De esta forma, si se pueden acordar nuevas excedencias, con mayor razón podrán introducirse nuevas suspensiones contractuales como las previstas en supuestos sancionadores. Véase SANTANA GÓMEZ, A. *Op.cit.*, p. 45.

en consecuencia, responsable de evitar situaciones de acoso laboral⁷¹². Por ello, no tiene ningún sentido sostener que el recurso a la adopción de medidas cautelares precisa de un precepto legal o convencional de forma necesaria.

En línea con esta posibilidad de adopción incondicionada de las medidas cautelares, jurisprudencialmente se ha aceptado que en el seno de un procedimiento laboral de sanción empresarial cabe su adopción siempre que no revistan un carácter afflictivo. Que tengan, en fin, un carácter efectivamente *cautelar*. Y para evitar todo sustrato sancionador que la medida pudiera tener, no puede conllevar incidencia alguna contra el acervo jurídico del trabajador sometido a ella⁷¹³. Por tanto (y centrándonos en la suspensión del contrato de trabajo como medida cautelar más utilizada en la jurisprudencia), o bien se suspende la prestación laboral acompañando el salario que se devengaría prestando servicios (es decir, se impone únicamente una suspensión de empleo, no de sueldo)⁷¹⁴; o bien se suspende de empleo y sueldo pero de tal forma que el salario detraído pueda descontarse de la sanción definitiva⁷¹⁵, predeterminando la concreta sanción por la que

⁷¹² Haciendo referencia a *la adopción de las medidas de prevención y protección de la trabajadora, con independencia del éxito del juicio penal* (a celebrar contra el trabajador acosador), TEGOLA, O la. “Sulla responsabilità del datore di lavoro per fatto illecito del dipendente”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, EDIESSE, n° 2, 2018, p. 175.

⁷¹³ STS de 7 de junio de 1988, Pte. Excmo. Sr. D. José María Álvarez de Miranda y Torres, FJ 2, donde se afirma que la medida cautelar es válida y por tanto no existe sanción al ser una suspensión de empleo, pero no de sueldo, sin existir perjuicio para el trabajador. Asimismo, acerca de la separación cautelar del servicio, véase la STS de 15 de diciembre de 1994 (rec. 985/1994), FJ 4, que hace referencia a que la separación del servicio se realice *sin otra consecuencia*. En el mismo sentido, la STSJ Asturias, de 30 de diciembre de 2004 (rec. 1182/2004), afirma en su FJ 2 que una medida en principio cautelar puede convertirse en disciplinaria (y por tanto, en ilícita si concurre con otra sanción) mediante la alteración de alguno de sus elementos, entre los que se encuentra la suspensión de sueldo con la de empleo, o la prolongación de la medida más allá de la tramitación del expediente. También la STSJ Madrid, de 9 de mayo de 2000 (rec. 150/2000), FJ 3, afirma el carácter cautelar de la suspensión de empleo, *que no del salario*. Ya en pronunciamientos *obiter dicta* se ha reiterado la necesidad de que la medida no sea *perjudicial para el presunto infractor*, tal como se puede ver, por todas, en las SSTSJ Asturias, de 14 de noviembre de 2017 (rec. 2325/2017), FJ 4; País Vasco, de 19 de septiembre de 2017 (rec. 1694/2017), FJ 3; País Vasco, de 18 de enero de 2018 (rec. 2494/2017), FJ 3; País Vasco, de 12 de junio de 2018 (rec. 1052/2018), FJ 3. En todo caso, en múltiples ocasiones se ha admitido toda medida cautelar como lícita por el mero hecho de serlo, ya que su propio carácter cautelar impide su consideración como sanción. Así, SSTS de 15 de diciembre de 1982, Pte. Excmo. Sr. D. Agustín Muñoz Álvarez, considerando 10; de 15 de julio de 1987, Pte. Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, FJ 3; de 24 de mayo de 1988, Pte. Excmo. Sr. D. Juan Antonio del Riego Fernández, FJ 2; de 12 de julio de 1988, Pte. Excmo. Sr. D. Arturo Fernández López, FJ 4; de 30 de junio de 1989, Pte. Excmo. Sr. D. José Lorca García, FJ 2; SSTSJ Comunidad Valenciana, de 13 de mayo de 2011 (rec. 708/2011), FJ 7; Cataluña, de 15 de diciembre de 2015 (rec. 5441/2015), FJ 3.

⁷¹⁴ Tal como se plasma en las SSTSJ Castilla la Mancha, de 3 de noviembre de 2017 (rec. 1288/2017), FJ 5; País Vasco, de 2 de enero de 2004 (rec. 2401/2003), FJ 1.

⁷¹⁵ Esta posibilidad se reconoce en las STSJ Extremadura, de 19 de julio de 2007 (rec. 285/2007), FJ 2; Cataluña, de 6 de marzo de 2013 (rec. 910/2012), FJ 2; Cataluña, de 15 de diciembre de 2015 (rec.

finalmente debe inclinarse el empleador. Obviamente, si posteriormente la sanción definitiva fuera inferior a la cuantía detraída cautelarmente al trabajador, éste podrá reclamar la diferencia⁷¹⁶.

En todo caso, téngase en cuenta que la norma convencional puede establecer un régimen jurídico diferente, donde no opere esta compensación necesaria para garantizar el carácter *cautelar* de la medida en relación con su conexión a la autonomía privada. Estas eventuales regulaciones deben considerarse inválidas, por oposición al principio *non bis in ídem*, ya que la falta de carácter cautelar de la medida conduce ineludiblemente a la imposición de una doble sanción por el mismo hecho, una vez que se impone la sanción definitiva con posterioridad. En línea con el carácter de principio informador que tiene el *non bis in ídem*⁷¹⁷, la regulación convencional debe considerarse inválida, sin poder justificar una primacía de ésta sobre aquél⁷¹⁸. En consecuencia, si por oposición al carácter cautelar de la medida o por cualquier otra cuestión el trabajador estimara que en realidad la (así denominada) medida cautelar encubre una auténtica sanción, deberá impugnarla judicialmente⁷¹⁹.

5441/2015), FJ 3, pero cometiendo un burdo error argumentativo. En lugar de desligar la eficacia de la medida cautelar y de la sanción, se ve en su instrumentalidad una suerte de supeditación de la primera respecto a la segunda, de tal forma que si la sanción se reputa inválida, la misma conclusión habrá de predicarse respecto a la medida cautelar, pudiendo reclamar los salarios indebidamente retenidos. Pero esta posibilidad quedará cerrada cuando la sanción finalmente impuesta se estime procedente, toda vez que entonces habrá existido una ratificación de la medida. Obsérvese que esta argumentación permite la transgresión del principio *non bis in ídem*, al permitir que con la imposición de la sanción definitiva se ratifique la suspensión de empleo y sueldo (posibilidad que rehúsan alegando simplemente que la medida es cautelar y válida). Es por ello, precisamente, por lo que siempre que se imponga esta medida cautelar deberá ser posible la reclamación de los salarios indebidamente retenidos, y no solo cuando la sanción sea ilícita. El órgano judicial confunde la función de la medida cautelar, que no es anticipar la sanción que finalmente se impondrá, sino asegurar que la misma puede llegar a imponerse eliminando toda eventual dificultad para ello.

⁷¹⁶ SANTANA GÓMEZ, A. *Op.cit.*, pp. 56-57.

⁷¹⁷ *Vid.* Cap. II.II.3.A.

⁷¹⁸ En sentido contrario, convalidando la validez de la suspensión de empleo y sueldo como medida cautelar, y el posterior despido disciplinario como sanción, STSJ Andalucía, de 19 de octubre de 2004 (rec. 506/2004), FJ 2; Andalucía, de 16 de septiembre de 2011 (rec. 150/2011), FJ 1.

⁷¹⁹ Posibilidad que impide la argumentación relativa a la falta de acción como consecuencia de la instrumentalidad de la medida disciplinaria. Así, STS de 15 de julio de 1987, Pte. Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, FJ 3; SSTSJ Andalucía, de 19 de octubre de 2004 (rec. 506/2004), FJ 2; Cataluña, de 15 de diciembre de 2015 (rec. 5441/2015), FJ 3. Téngase en cuenta que si lo que se reclama no es la ilicitud de la medida cautelar, sino la devolución de los salarios retenidos durante la suspensión de empleo y sueldo, el plazo de prescripción comenzará desde el momento de su imposición efectiva, ya que desde ese momento el acto empresarial surte efectos respecto a la esfera jurídica del trabajador y la normativa laboral permite la condena a prestaciones periódicas que se devenguen con posterioridad a su dicción, que habrá que liquidar en trámite de ejecución de sentencia, en virtud del artículo 99 LRJS.

IV.2.B.- Dualidad de sanciones laborales. Impacto sobre los casos típicos donde se aplica el *non bis in ídem*, e imposibilidad legal de que el ordenamiento jurídico lo infrinja

El principio *non bis in ídem* también entra en juego cuando se imponen dos sanciones laborales, si bien la aplicación de este principio sin ninguna connotación jurídico-pública, al residir ambas sanciones en el poder privado del empresario, plantea alguna problemática particular que debemos estudiar. En concreto, nos centraremos en verificar las singularidades que se presentan en la determinación de los presupuestos fácticos para la aplicación del principio, y en la determinación de su contenido, en cuándo podemos afirmar que ha existido una auténtica dualidad sancionadora.

En lo que respecta a los presupuestos fácticos para la aplicación del principio, el hecho de que las dos sanciones se impongan por el empresario resulta importante porque no está sometido a requisitos tan específicos como el Estado para sancionar, y por ello es común que las imputaciones de las sanciones se realicen de forma genérica e imprecisa, lo que dificulta afirmar que las dos sanciones obedecen a la comisión de los mismos hechos. En estas situaciones, si bien tradicionalmente se ha considerado que no cabe la aplicación del principio *non bis in ídem*⁷²⁰, es posible justificar que nos hallamos ante un problema de prueba que debe resolverse de conformidad con los criterios generales. En virtud de esta argumentación, ante la alegación del trabajador relativa a que la segunda sanción laboral lesiona este principio, corresponderá al empleador probar que este nuevo acto sancionador es consecuencia de unos hechos diferentes de los que justificaron la primera (art. 217.1 LEC), motivación que se deberá contener en el acto de imposición de la segunda medida disciplinaria, por virtud de los artículos 105.2 y 114.3 LRJS. De esta forma, el proceder probatorio resultará respetuoso con la presunción de inocencia en su vertiente de regla probatoria, como *verdad interina* respecto a la inocencia del trabajador, que debe desvirtuar el empleador⁷²¹.

En sentido contrario se pronuncia la STSJ Cataluña de 6 de marzo de 2013 (rec. 910/2012), en su FJ 2, pero (en línea con lo ya desarrollado anteriormente) esta sentencia adolece de un error argumentativo que permite sustentar la conclusión indicada. En efecto, esta resolución afirma que la acción debe interponerse desde el momento que fuera posible, y como el trabajador tendría derecho a la percepción de estas cantidades únicamente en caso de procedencia de la sanción, será el momento de la finalización del procedimiento judicial el que daría inicio al plazo de reclamación.

⁷²⁰ SSTS de 14 de diciembre de 1981, Pte. Excmo. Sr. D. Juan García-Murga Vázquez, considerando 4; de 16 de junio de 1986, Pte. Excmo. Sr. D. José María Álvarez de Miranda y Torres, FJ 2.

⁷²¹ *Vid.* Cap. IV.III.2.

De otro lado, si podemos afirmar que nos encontramos ante una duplicidad sancionadora como consecuencia de la comisión de unos mismos hechos, debemos valorar si concurre una doble sanción, una doble manifestación del poder disciplinario empresarial que quede vedado por el principio *non bis in ídem*, tal como justificamos en los epígrafes anteriores. Dada la connotación privada que tiene el poder disciplinario empresarial, es posible que la sanción concorra con otras medidas que en realidad no revistan carácter sancionador, como puede ser la remoción discrecional de un cargo de confianza. Evidentemente, ante la falta de una dualidad sancionadora, en modo alguno entrará en juego el principio *non bis in ídem*⁷²².

Pero en caso de que sí exista una doble sanción, una doble manifestación del poder empresarial en sentido estricto, únicamente se vulnerará el principio *non bis in ídem* cuando ambas sanciones conformen una auténtica dualidad sancionadora, y no sean una respuesta unitaria del ordenamiento jurídico ante la misma conducta, en atención, sobre todo, al *quantum* de la sanción que finalmente se impone al trabajador, en los términos ya vistos. En la jurisprudencia social esta cuestión se ha planteado, sobre todo, en relación a la situación en la que una sanción se revoca para después imponer otra diferente. Y la resolución es idéntica: habrá que estar a su concreto contenido, en atención al nivel de gravedad de la medida empresarial adoptada. Si esta nueva sanción es más leve, debemos entender que no hay lesión alguna del principio porque las dos reacciones forman parte de una misma conducta empresarial como es sancionar de forma proporcionada (fundamento último del *non bis in ídem*) la falta del trabajador. Pero si la nueva sanción es más grave, sí podrá entenderse lesionado este principio, toda vez que el trabajador ha sido sometido a un doble procedimiento sancionador (y en su caso, también a una doble sanción) por parte del empleador, manifestación del poder disciplinario dual que precisamente proscribía el principio *non bis in ídem*⁷²³.

⁷²² SSTTS de 28 de febrero de 1983, Pte. Excmo. Sr. D. Luis Santos Jiménez Asenjo, considerando 4; de 30 de junio de 1989, Pte. Excmo. Sr. D. José Lorca García, FJ 2.

⁷²³ STS de 22 de septiembre de 1988, Pte. Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, FJ 2. Doctrina reiterada en suplicación, pudiendo citarse, por todas, las SSTSJ Aragón, de 9 de mayo de 2011 (rec. 273/2011), FJ 3; Extremadura, de 30 de enero de 2012 (rec. 566/2011), FJ 6; Madrid, de 10 de marzo de 2014 (rec. 1935/2013), FJ 9; Andalucía, de 13 de julio de 2017 (rec. 325/2017), FJ 10. Esta situación conecta con la doctrina de los actos propios, porque el reconocimiento de la revocación de la primera sanción vincula al empleador, tanto por negar la existencia de los hechos que motivan la sanción, como por no haberlos tomado en consideración previamente para sancionar. Así, SSTTS de 5 de noviembre de 1973, Pte. Excmo. Sr. D. Arsenio Rueda y Sánchez-Malo, considerando 3; de 27 de octubre de 1987, Pte. Excmo. Sr. D. Juan García-Murga Vázquez, FJ 3. Entre los supuestos existentes en la jurisprudencia social, merecen especial atención los que versan sobre una huelga ilícita durante la cual el empleador

Para finalizar este capítulo, daremos respuesta a una cuestión que dejamos indicada al hablar del principio de proporcionalidad de las sanciones laborales. En concreto, a la pregunta de si los artículos 108.1 *in fine* y 115.1.c LRJS vulneran el principio *non bis in idem* por abrir la posibilidad de que el empleador imponga dos sanciones diferentes como consecuencia de un mismo hecho, cuando la primera se considera desproporcionada. A fin de dar respuesta a esta cuestión, lo primero que debemos señalar es que estos preceptos no prevén una anulación parcial del *quantum* de la sanción que se estima desproporcionado manteniéndose el resto inalterado, porque a ello se opone la propia naturaleza y conceptualización de la sanción disciplinaria. En efecto, el ejercicio del poder disciplinario consiste en la imposición en acto único de una sanción de conformidad con las reglas previstas para ello, por lo que si un vicio material afecta a dicho acto, debe entenderse que el vicio alcanza al acto en su totalidad, y no únicamente a su exceso⁷²⁴.

De esta forma, efectivamente se imponen dos sanciones por un mismo hecho, ante la anulación de la primera por desproporcionada. Pero es precisamente la exigencia de proporcionalidad la que impide considerar que nos encontremos ante un supuesto de vulneración del *non bis in idem* material, ya que la efectiva imposición se hace, precisamente, para asegurar la correlación infracción-sanción. Así, si no hay desproporción en la imposición de dos sanciones, no se lesiona la manifestación sustantiva.

reacciona suspendiendo el contrato de trabajo para posteriormente (ante la continuación de la huelga) despedirlos disciplinariamente. Se entendió que este proceder lesionaba el principio *non bis in idem* en la STS de 21 de febrero de 1979, Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno Gamarra, considerando 2. Pero la especial atención de estos supuestos es consecuencia de que varias resoluciones apuntan en sentido contrario, entendiendo que el carácter sinalagmático del contrato de trabajo permite suspender el abono del salario con base en el artículo 1124 CC, y posteriormente, imponer (una única) sanción de despido. Así, las SSTS 22 de noviembre de 1967, Pte. Excmo. Sr. D. Juan-Victoriano Barquero y Barquero, considerando 11; de 13 de marzo de 1968, Pte. Excmo. Sr. D. Juan-Victoriano Barquero y Barquero, considerando 8; de 27 de mayo de 1985, Pte. Excmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo, considerando 5. A pesar de lo abundante de la -ya añeja- jurisprudencia social, consideramos que la suspensión de sueldo llevada a cabo también debe considerarse una sanción, ya que es la consecuencia jurídica que el ordenamiento laboral anuda a la comisión de tal infracción, sin poder acudir al Derecho común supletoriamente, al no haber laguna jurídica que suplir.

⁷²⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *Op.cit*, pp. 416-420. La autora añade un argumento gramatical, toda vez que la ley autoriza la *imposición de una sanción*, debiendo entenderse una nueva manifestación del poder disciplinario, un nuevo ejercicio desconectado del anterior, manifestación que presupone, a fin de no lesionar el principio *non bis in idem*, la anulación de la primera sanción. Pero si bien este argumento puede ser utilizado a mayor abundamiento, no resulta determinante, debiendo centrarnos en la naturaleza de la figura jurídica. Acogiendo los planteamientos de FERNÁNDEZ, véase VALLE MUÑOZ, F.A. *Op.cit*, pp. 254-256.

En lo que respecta a la vertiente procesal, podría pensarse que una dualidad procedimental en la efectiva imposición de la sanción lesionaría esta manifestación. Sin embargo, tal como ya señalamos, si ambos procedimientos pueden considerarse como uno solo, como dos vertientes de un ejercicio unitario del poder de imponer la sanción, habrá una conexión tan estrecha entre ambos que impide considerar la existencia de dos procesos, sino que se deben tomar como uno solo. Y efectivamente, la naturaleza privada de la sanción que obliga a que el juez deba autorizar al empleador la imposición de una sanción adecuada para salvaguardar la garantía de proporcionalidad es fundamental para pronunciarse en favor de la necesidad de que opere un doble procedimiento pero que, materialmente, van dirigidos a la imposición de una única sanción, de un ejercicio adecuado del poder sancionador. Por ello no podemos compartir el carácter innecesario que la doctrina atribuía al inciso legal que permite expresamente que el empleador imponga una nueva sanción, toda vez que esta fórmula debe verse como el modo que tiene la normativa laboral de salvaguardar el principio *non bis in ídem*, de explicitar la conexión entre las dos sanciones de cara a valorarlas como una respuesta unitaria ante el mismo hecho, impidiendo que tal principio pudiera verse lesionado.

A la misma conclusión debemos llegar tras analizar las posibilidades de subsanación del acto de despido disciplinario tras incumplir los requisitos de forma exigidos por nuestro ordenamiento jurídico, posibilidad que ofrecen los artículos 55.2 ET (en el plazo de veinte días tras imponer la sanción) y 110.4 LRJS (en el plazo de siete días desde la calificación judicial de improcedencia). Como podemos observar, estos supuestos difieren de los anteriormente analizados en que el vicio que da origen a su aplicación es un vicio meramente formal, y no sustantivo. Podría pensarse que en sentido contrario apunta el inciso final del artículo 110.4 LRJS, al afirmar que “[...] dicho despido no constituirá una subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo despido, que surtirá efectos desde su fecha”. Sin embargo, este inciso debe entenderse como una rémora de nuestro ordenamiento jurídico social⁷²⁵, que no debe ser determinante para analizar la naturaleza de la figura jurídica que contiene. Y es que ambas posibilidades de subsanación se configuran como mecanismos de conciliación entre el interés empresarial en subsanar el acto inválido por motivos formales, de un lado, y de

⁷²⁵ En su redacción original, el artículo 55.3 ET/1980 contenía la misma redacción que el actual 110.4 LRJS, pero posteriormente este precepto se modificó, eliminando este inciso, con la reforma llevada a cabo por el artículo 13 de la Ley 11/1994. Así podemos comprobar cómo ambos supuestos no son más que el mismo mecanismo jurídico, pudiendo entrar en juego en diferentes momentos.

otro, el interés del trabajador al darle seguridad jurídica por situar el *dies a quo* en el momento de la última comunicación y, consecuentemente, permitiendo que pueda percibir los salarios devengados y se recalcule la indemnización al momento en que se ejecuta el segundo acto extintivo⁷²⁶. Por más que se intente, estas potestades no pueden verse como nuevos despidos porque el primer acto extintivo ya surtió plenos efectos, de tal forma que en el momento de recibir la segunda notificación extintiva, el trabajador ya no se encuentra sometido al poder del empleador⁷²⁷. Así las cosas, al no afectar al contenido material de la sanción no puede entenderse, a diferencia del supuesto anterior, que exista un vicio de invalidez que alcanza a todo el acto de imposición de la sanción. Materialmente el acto resulta válido, pero el ordenamiento jurídico abre la posibilidad de subsanación de los vicios formales.

Por ello no se puede considerar que exista la doble imposición de una sanción, ya que materialmente se impone la misma, el despido disciplinario. Del mismo modo, tampoco concurre lesión alguna de la vertiente procesal del *non bis in ídem*, porque a pesar de existir un doble procedimiento de imposición de la sanción, esta duplicidad debe configurarse como una concesión a la parte empresarial para que pueda imponer una única manifestación de su poder con las debidas garantías. No existe, por tanto, un doble procedimiento que apunte a un doble ejercicio sancionador, sino que por su estrecha conexión con la vertiente material son dos procesos íntimamente conectados; tan íntimamente, que el segundo no es más que subsanación del primero⁷²⁸.

⁷²⁶ Respecto al artículo 55.2 ET, así lo entiende expresamente la STS de 10 de noviembre de 2004 (rec. 5837/2003), en cuyo FJ 2 el Tribunal se aparta de pronunciamientos previos similares que consistían en nuevos despidos, dejando claro que en este supuesto nos hallamos ante una situación de subsanación del acto extintivo, si bien para no perjudicar gravemente los derechos del trabajador, se le da forma de un nuevo acto extintivo independiente, haciendo nacer el *dies a quo* para impugnarlo. Subsanación del despido con forma de uno nuevo que debe entenderse también existente en la potestad que ofrece el artículo 110.4 LRJS, al ser, como hemos dicho, la misma potestad en un momento posterior.

⁷²⁷ DOMINGO OSLE, E. “Reflexiones acerca de la subsanación del despido”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, tomo I, 1993, pp. 850-851.

⁷²⁸ A la misma conclusión llega la STS de 17 de diciembre de 1990, Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde, en cuyo FJ 2 se reconoce la posibilidad de acudir al artículo 55.2 ET sin vulnerar el principio sancionador estudiado.

CAPÍTULO VI.- LA IMPUTACIÓN DE LA FALTA AL TRABAJADOR CUANDO LA SANCIÓN EXIGE UN RESULTADO

I. Planteamiento

En este capítulo nos centraremos en las sanciones laborales que requieren un determinado resultado para ser impuestas, a fin de verificar cuándo se puede entender que tal resultado es consecuencia de la actuación del trabajador.

Para ello, comenzaremos verificando qué se entiende por imputación, acudiendo al ámbito penal al ser la rama del ordenamiento jurídico donde ha experimentado un mayor desarrollo, como consecuencia de la importancia de los bienes jurídicos que subyacen a ella. Ello nos permitirá afirmar que no existe impedimento alguno para trasladar tal sistema a las sanciones privadas, puesto que no se aplica por el carácter público de las sanciones penales, sino que es independiente de él. Ello justifica, incluso, que parcialmente ya se haya asumido este sistema de imputación en la doctrina y jurisprudencia social.

A continuación entraremos de lleno en la doble vertiente del sistema de imputación penal, consistente en imputación objetiva e imputación subjetiva, analizando su régimen jurídico a la par que se justifica su adaptación al sistema laboral. En esta adaptación plantea especiales dificultades la verificación de la imputación objetiva, toda vez que implica superar la relación causa-resultado a partir de la figura del nexo causal que predomina en la jurisprudencia social, y avanzar hacia un sistema de riesgos desaprobados en atención al bien jurídico protegido; riesgo que posteriormente deberá concretarse en el resultado producido.

Pero la imputación objetiva no se preocupa únicamente de los comportamientos activos del trabajador. También las conductas omisivas deben ser analizadas. Para ello, centraremos la problemática en las omisiones que se consideran tan graves como para justificar la imposición de una sanción del mismo modo a si se hubieran cometido de forma activa. Dejaremos, por tanto, de lado las omisiones sancionadas de forma particular por la normativa social, toda vez que no plantean ninguna particularidad respecto a lo afirmado en relación a la imputación objetiva general. De esta forma, el análisis se centrará en los *deberes de garantía* asumidos por los trabajadores como fundamento de la gravedad que pueden revestir sus omisiones, de cara a justificar una *comisión por omisión*.

Por último, se llevará a cabo un estudio de la imputación subjetiva necesaria para infligir la sanción. Este elemento -que ha sido el doctrinal y jurisprudencialmente asumido- plantea menores problemas, toda vez que se identifica con una conducta negligente o maliciosa del trabajador, en la que el daño tiene un papel secundario centrado únicamente en la valoración de la proporcionalidad de la sanción. El tradicional análisis de la culpabilidad, sin embargo, debe ser valorado desde el prisma jurídico-positivo del ordenamiento laboral. Así, ofreceremos una interpretación alternativa consistente en la necesidad de concurrencia de un elemento subjetivo reforzado (dolo o malicia) para imponer la sanción de despido disciplinario. Sin concurrencia de dolo, por tanto, únicamente cabrá el establecimiento de otra sanción de las que habilita la normativa convencional para la comisión de ese tipo de falta.

II. La necesidad de una teoría de imputación y su sustrato social

Imputar es atribuir un resultado a la actuación de una persona de forma jurídicamente relevante, es afirmar que el resultado es consecuencia del actuar de dicho sujeto. Ésta no es una operación estrictamente jurídica, sino que tiene lugar en la vida cotidiana, de tal forma que las imputaciones tienen un claro contenido social. Por ello, cuando se quiere analizar el mecanismo jurídico hábil para llevar a cabo esta imputación, debemos partir de la constatación de que la imputación es una construcción social, que se conforma a partir de la propia cultura de cada sociedad, si bien este sustrato colectivo debe verse complementado y matizado por el contenido que aporta el mundo jurídico⁷²⁹.

Este mecanismo de imputación ha sido extraordinariamente desarrollado en el ámbito penal, puesto que, como consecuencia de su papel regulador de las conductas que atentan más gravemente contra los principales bienes jurídicos que sustentan nuestra sociedad, la imposición de las penas requiere un mecanismo de imputación especialmente sensible. En efecto, la procedimentalización de la imputación obedece al establecimiento de un proceso reglado y limpio de imputación que respete principios garantistas en interés del afectado⁷³⁰.

Consecuentemente, podemos apreciar dos mecanismos de imputación que deberán concurrir de forma cumulativa para poder penar a un sujeto: imputación objetiva e

⁷²⁹ HASSEMER, W. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal* (trad. MUÑOZ CONDE, F; DÍAZ PITA, M.M), TEMIS, 1999, pp. 86-87.

⁷³⁰ *Ídem*, pp. 102-104.

imputación subjetiva. Esta dualidad será estudiada en el presente estudio para valorar en qué medida se han trasladado ambos mecanismos al ámbito sancionador laboral y comprobar cómo estos sistemas pueden desarrollarse para hacerlos acordes a la naturaleza sancionadora de la medida aplicada, siempre que no se desvirtúe hasta el punto de hacerla irreconocible.

Ahora bien, téngase en cuenta que estos mecanismos únicamente son válidos para las sanciones que se impongan como consecuencia de haber realizado una acción que desemboca en un determinado resultado (delitos de resultado, en Derecho penal)⁷³¹. En las sanciones que sean consecuencia de la infracción de deberes o del mero desempeñar de ciertas actividades (análogamente, delito de mera actividad) no tiene sentido hablar de imputación, ya que la sanción se puede imponer por la propia transgresión de la obligación. Esta distinción resulta de extraordinaria importancia porque incluso algunos preceptos del Estatuto de los trabajadores imponen el despido como consecuencia del mero incumplimiento de obligaciones. Ejemplo paradigmático de ello es la transgresión de la buena fe contractual (art. 54.2.d ET), donde la jurisprudencia de forma intuitiva ha afirmado que el recurso a esta causa de despido será válida aunque no se haya logrado el resultado perseguido por causas ajenas a la voluntad del trabajador⁷³². Lo mismo se predica de preceptos que tienen una estructura similar, como el que sanciona el abuso de confianza (art. 54.2.d ET) y la indisciplina o desobediencia (art. 54.2.b ET).

Finalmente, desde una perspectiva procesal, téngase en cuenta que las circunstancias que determinan la existencia de imputación, tanto objetiva como subjetiva, deben ser aportadas al proceso por la parte empresarial, sin que le sea exigible al trabajador, en línea con lo sostenido en esta obra acerca de la presunción de inocencia⁷³³. Así, en lo que hace a las sanciones conservativas de la relación laboral, el artículo 58.2 ET permite la revisión judicial de la falta *valorada* por el empleador, valoración que exige

⁷³¹ La distinción de delitos de mera actividad y delitos de resultado se puede encontrar incluso en cierta doctrina de suplicación, a pesar de que los primeros se denominan delitos de peligro, calificación que considero errónea porque no se realizan por la concurrencia de un resultado de peligro, sino por el desempeño de cierta actividad. El concepto *delito de peligro* se contrapone al de delitos de *efectiva lesión del bien jurídico*, no a los de mera actividad. Así, véanse las SSTSJ Cataluña, de 12 de mayo de 2009 (rec. 665/2009), FJ 2; Navarra, de 13 de marzo de 2013 (rec. 37/2013), FJ 3.

⁷³² SSTJ de 9 de diciembre de 1986 (Excmo. Sr. D. Agustín Muñoz Álvarez), FJ 2; de 24 de enero de 1990 (Pte. Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral), FJ 3. En el ámbito doctrinal, IGLESIAS CABERO, M. "Transgresión de la buena fe contractual" en AAVV. *Estudios sobre el despido disciplinario*, ACARL, 1989, p. 361.

⁷³³ Vid. Cap. IV.III.2.B.

necesariamente pronunciarse sobre este sistema de imputación. En lo que respecta al despido disciplinario, el artículo 54.1 ET exige que el empresario valore la gravedad y culpabilidad de la falta, elementos entre los que se incluyen, de nuevo, estas figuras jurídicas; además, el artículo 108.1 LRJS exige un pronunciamiento judicial sobre el despido *alegado por el empresario*, por lo que todas las circunstancias relativas al incumplimiento deberán ser llevadas al proceso por éste⁷³⁴.

III. Imputación objetiva. La forzosa trascendencia de la causalidad natural en las sanciones laborales

La relación entre el resultado producido y la acción cometida por el trabajador tradicionalmente se ha resuelto atendiendo a un criterio de causalidad natural, afirmando o negando un nexo causal entre ambos elementos⁷³⁵. Sin embargo, esta forma de establecer las conexiones causales se ha visto superada en otras ramas del ordenamiento. Así, en Derecho penal se ha consagrado la *teoría de la imputación objetiva* como mecanismo de imputación, cuya especial trascendencia y finura técnica han servido para que se utilice en otras ramas del ordenamiento jurídico en las que se precisa de un sistema avanzado de imputación, por más que los bienes salvaguardados por dichos órdenes jurisdiccionales no sean tan trascendentes que provoquen de forma ineludible su nacimiento⁷³⁶.

⁷³⁴ En sentido contrario, en lo que respecta a la culpabilidad como imputación subjetiva, la STSJ Extremadura de 3 de diciembre de 2015 (rec. 510/2015), en su FJ 2, afirma que la voluntariedad de la conducta se presume, apoyándose en las SSTS de 31 de enero de 1986 y de 12 de julio de 1983. Sin embargo, como se puede comprobar, dichas resoluciones no resultan aplicables al sistema de imputación, al hacer referencia a la voluntariedad inherente a la disminución voluntaria del rendimiento pactado como causa de despido. Esta voluntariedad no puede identificarse con el requisito de culpabilidad que estudiaremos posteriormente, toda vez que ésta incluye un elemento cognitivo y otro volitivo, de forma cumulativa. La voluntariedad exigida por el artículo 54.2.e ET, en fin, no es más que uno de los requisitos típicos de la falta, un plus de voluntariedad en la conducta que, éste sí, se presume.

⁷³⁵ Véanse, por todas, las SSTSJ Cataluña de 21 de enero de 2003 (rec. 5044/2002), FJ 2; de 28 de enero de 2011 (rec. 340/2010), FJ 2; de 11 de abril de 2018 (rec. 911/2018), FJ 2. Igualmente se puede apreciar en la alegación de la parte actora en la STSJ País Vasco de 20 de junio de 2006 (rec. 512/2006), en cuyo FJ 2 se niega la revisión de hechos probados solicitada arguyendo que la trabajadora, limpiadora de edificios y locales, no había causado la caída de dos clientes por haber dejado el suelo encharcado tras limpiar, sino que tal acumulación de agua se produjo por la lluvia que cayó tal día. Una excepción de la causalidad natural y valoración de conformidad con riesgos creados se puede apreciar de forma intuitiva en la STSJ Madrid, de 10 de julio de 2009 (rec. 2507/2009), en cuyo FJ 1 se niega la revisión de hechos probados por entender que los elementos que se pretenden introducir (ingesta de medicamentos y órdenes de carga) en modo alguno guardan relación con el accidente sufrido por el trabajador -transportista-, sino que tal accidente aconteció como consecuencia del riesgo ordinario de la conducción de vehículos pesados.

⁷³⁶ En concreto, en el ámbito de la responsabilidad civil, lo que prueba su función de conexión acción-resultado, más allá del carácter sancionador que pueda tener tal conexión. En tal sentido, véanse las

Esta construcción no se puede ver como una ruptura radical en el tradicional mecanismo de imputación basado en la causalidad natural, sino como su sofisticada continuación, que permite resolver problemas que no obtenían una solución razonada atendiendo a aquella⁷³⁷. Por ello, actualmente la teoría de la imputación objetiva cuenta con un triple condicionante: que el actuar del sujeto sea condición para producir el resultado, de acuerdo a la tradicional teoría de la causalidad, que dicho actuar cree un riesgo jurídicamente desaprobado, y que dicho riesgo se concrete en el resultado⁷³⁸.

III.1.- Creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, o la necesidad de interpretación teleológica respecto a la conducta prohibida por la norma

En puridad, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado resulta ajena al concepto de imputación. El proceso de imputación se basa en la atribución de un resultado a una actuación, siendo la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado un presupuesto de tal imputación, que no es otro que la comisión de una conducta prohibida por el tipo. Así, cuando analizamos si un determinado acto crea un riesgo que prohíbe nuestro ordenamiento jurídico, en realidad estamos valorando si existe (o no) una conducta prohibida⁷³⁹. De existir la conducta, para que se considere jurídicamente desaprobada debe predicarse respecto al precepto sancionador en concreto, debe ser un

SSTS de 9 de octubre de 2008 (rec. 4934/2000), FJ 4; de 15 de diciembre de 2010 (rec. 403/2007), FJ 3; y 17 de noviembre de 2011 (rec. 1446/2007), FJ 3, que tienen como antecedente doctrinal PANTALEÓN PRIETO, F. “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación” en AAVV. *Centenario del Código Civil*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pp. 1561 y ss; PANTALEÓN PRIETO, F. “Artículo 1902” en AAVV (dirs. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C; BERCOVITZ, R; DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L; SALVADOR CODERCH, P). *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 2ª edición, 1993, pp. 1981 y ss.

⁷³⁷ Reconociendo que la teoría de la imputación objetiva es la evolución natural de la teoría de la causalidad adecuada, véase FRISCH, W. *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas* (trad. COCA VILA, I.), Atelier, 2015, pp. 49-51. En un sentido similar, si bien en el ámbito civil, defendiendo la necesidad de trascender la llamada causalidad natural (circunscrita al ámbito fáctico) por la denominada causalidad jurídica, aportando un anclaje jurídico al proceso de imputación, PANTALEÓN PRIETO, F. “Causalidad e imputación objetiva...” *Op.cit.*, pp. 1562-1565.

⁷³⁸ Por todas, SSTS de 17 de febrero de 2015 (rec. 1842/2014), FJ 1; de 10 de diciembre de 2015 (rec. 1185/2015), FJ 6; de 25 de abril de 2016 (rec. 713/2015), FJ 6; de 8 de julio de 2016 (rec. 133/2016), FJ 2; de 21 de septiembre de 2016 (rec. 10136/2016), FJ 4; de 21 de marzo de 2018 (rec. 1271/2017), FJ 1; de 13 de abril de 2018 (rec. 1364/2017), FJ 3; de 10 de mayo de 2018 (rec. 1035/2017), FJ 7; de 24 de mayo de 2018 (rec. 1676/2017), FJ 5. En el ámbito doctrinal, FRISCH, W. *La imputación objetiva...* *Op.cit.*, pp. 52-59.

⁷³⁹ FRISCH, W. *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal* (trad. ROBLES PLANAS, R.), Atelier, 2004, pp. 59 y ss. En las páginas 44 y 45 el autor se alinea con la corriente mayoritaria que define el precepto penal como expresión del tipo de injusto; esto es, con la descripción de la conducta que generalmente se encuentra prohibida, lo que le lleva a concluir en el sentido indicado.

riesgo desaprobado por el concreto artículo que se pretende aplicar; en definitiva, se trata de interpretar el artículo para justificar si la conducta del sujeto está jurídicamente proscrita de forma abstracta⁷⁴⁰.

Esta operación se realiza también en el Derecho civil. En esa rama del ordenamiento podemos diferenciar dos ámbitos especialmente sensibles: la responsabilidad contractual y la extracontractual. Dentro de la responsabilidad extracontractual, nos topamos de lleno con el concepto de *culpa* como criterio de imputación subjetiva (art. 1902 CC)⁷⁴¹. Este concepto se define como la desviación de un modelo de conducta marcado por un estándar abstracto de diligencia media, en virtud del artículo 1104 CC (precepto que si bien resulta aplicable *ab origine* en el ámbito de la responsabilidad contractual, también lo es por analogía en la responsabilidad extracontractual⁷⁴²). De esta forma, para valorar si el dañante debe ser considerado responsable de los daños que ha cometido habrá que valorar si debe ser culpable; en definitiva, si en su conducta ha observado la diligencia de un hombre medio en atención a las circunstancias concretas en las que se causa el daño⁷⁴³. Lo mismo, evidentemente, se predica del régimen de responsabilidad contractual donde el artículo 1094 CC encuentra su campo de juego natural⁷⁴⁴. Como vemos, en ambos casos se establecen los estándares de comportamiento exigibles al sujeto y se determina si el sujeto se ha desviado de tal manera en su comportamiento respecto a los riesgos tolerados por tales instrumentos. Por ello, la culpa o el fin de protección de la norma propios del ámbito civil no son más que la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado como elemento de la teoría de la imputación objetiva.

⁷⁴⁰ FRISCH, W. *Desvalorar e imputar...* *Op.cit.*, pp. 64-67.

⁷⁴¹ Y que en todo caso no configura el supuesto único y exclusivo de atribución de responsabilidad, porque también existe la responsabilidad objetiva o por riesgo (*Vid.* Cap. III.IV.2).

⁷⁴² PANTALEÓN PRIETO, F. "Culpa" en AAVV. (dir. MONTOYA MELGAR, A.) *Enciclopedia jurídica básica. Volumen II*, Civitas, 1995, p. 1864.

⁷⁴³ Alineándose con una concepción normativista para determinar si existe culpa de quien causa el daño en la responsabilidad extracontractual (esto es, si hay un alejamiento del estándar de conducta que le era exigible), véase extensamente DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Tomo V. La responsabilidad civil extracontractual*, Civitas/Thomson Reuters, 6ª edición, 2011, pp. 262 y ss. Esta posición normativista consistiría en analizar si el dañante tenía un deber respecto a la esfera jurídica del perjudicado.

⁷⁴⁴ Reiterando que se trata de criterios objetivos que se analizan en atención a las circunstancias concurrentes, véase PANTALEÓN PRIETO, F. "El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)", *Anuario de Derecho Civil*, Ministerio de Justicia/BOE, nº 3, 1991, p. 1056.

En Derecho del trabajo, esta proyección interpretativa respecto a un precepto concreto resulta de particular trascendencia. Habida cuenta de que el bien jurídico protegido con las sanciones laborales es el interés empresarial⁷⁴⁵, la lesión causada deberá atender contra él, sin que pueda lesionar otros bienes, también susceptibles de protección aunque por otras ramas del ordenamiento jurídico. Así, la comisión de un ilícito penal totalmente desconectado de la prestación de servicios, por sí misma, no justifica el despido, porque aunque se lesiona un bien jurídico susceptible de protección social, esa lesión no trasciende al interés empresarial. Ello sin perjuicio, por supuesto, de la imposibilidad de la prestación del servicio como consecuencia de la posible sanción penal que se pudiera imponer⁷⁴⁶.

Esta construcción permite afirmar, incluso, que cuando la propia norma convencional es la que sanciona la comisión de cualquier delito con el despido, el delito *per se* no reviste interés laboral⁷⁴⁷. Si el trabajador no ha creado ningún riesgo contra el interés empresarial, resulta imposible su sanción porque la responsabilidad del trabajador deberá solventarse en el ámbito donde ha lesionado un bien jurídico o donde ha creado el riesgo de que se lesione. En definitiva, se necesita algo más que la consagración formal del ilícito penal como elemento justificativo del despido, que es que tal causa se adecúe al objetivo de la sanción laboral creando un riesgo de que se lesione.

Por el mismo motivo, la condena penal que no tenga conexión alguna con la prestación laboral impide que se pueda considerar como transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza hábil para proceder al despido (art. 54.2.d ET). Si bien estos preceptos se realizan con el mero incumplimiento de las obligaciones laborales, tal incumplimiento deberá guardar cierta relación con la prestación laboral, poniendo en peligro ciertos bienes jurídicos de la empresa. No se puede justificar una eventual pérdida de confianza o transgresión de la buena fe por el simple hecho de haber cometido un determinado delito si la causa de su comisión no guarda relación alguna con las tareas

⁷⁴⁵ Afirmando que éste es el bien jurídico protegido con el sistema sancionador laboral, si bien tal sistema se configura trascendiendo los tradicionales mecanismos jurídico-privados, véase TERRADILLOS ORMAETXEA, E. *El poder disciplinario empresarial. Principios y garantías*, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 63-67.

⁷⁴⁶ *Vid.* Cap. IV.VI.1.B.

⁷⁴⁷ Caso resuelto por la STSJ Extremadura, de 3 de febrero de 2015 (rec. 589/2014), donde se despide a un trabajador por haber sido condenado en el ámbito penal en virtud de la causa de despido prevista convencionalmente.

laborales poniendo en riesgo el interés empresarial. De hecho, al ser necesaria la puesta en peligro del interés empresarial (y no una efectiva lesión de éste) para superar el juicio de imputación objetiva únicamente deberemos valorar la creación del riesgo jurídicamente desaprobado, sin requerir una concreción de tal riesgo en un resultado ulterior que no se produce, puesto que el resultado es en sí mismo la creación de la situación de peligro.

En fin, para valorar si una determinada conducta crea un riesgo prohibido o permitido, la interpretación del tipo que se debe realizar pasa por atender al rol que ostenta cada interviniente en el curso causal, y el dato determinante será una desviación respecto a la expectativa del rol desempeñado por cada sujeto. Así, el sujeto que no haya cumplido con el estándar propio del rol que desempeña en el curso causal creará un riesgo que deberemos tomar en consideración⁷⁴⁸.

Teniendo en cuenta el rol que desempeña el trabajador, el riesgo que genera debe tratarse de un riesgo que vaya más allá de lo permitido, en función de las circunstancias sociales que perfilan cuándo se considera que un determinado riesgo debe considerarse permitido. Es decir, el riesgo creado con la actuación del sujeto debe ir más allá del riesgo inherente a los actos cotidianos de la vida, debe ser algo más que un riesgo socialmente adecuado (conducir un vehículo, etc.)⁷⁴⁹. Concretar cuándo un determinado riesgo se considera permitido es una operación compleja, si bien se pueden establecer varios criterios útiles a tal efecto⁷⁵⁰.

En primer lugar, no se considera permitido el riesgo que el propio Derecho castiga, aunque este castigo se produzca en vía administrativa. El Derecho guarda una función auxiliar a los riesgos sociales, de tal suerte que el sistema jurídico recoge las operaciones que considera especialmente peligrosas y las prohíbe, por lo que el actuar incurso en una de estas prohibiciones no se puede considerar permitido. En un sentido similar, cuando no exista una regulación explícita sobre cómo actuar en un determinado contexto, pero sí existan reglas profesionales (*lex artis*) o una costumbre asentada, estas reglas jugarán el

⁷⁴⁸ JAKOBS, G. *La imputación objetiva en Derecho penal* (trad. CANCIO MELIÁ, M.), Civitas, 1996, pp. 91-97.

⁷⁴⁹ JAKOBS, G. *Op.cit.*, pp. 117-124; FRISCH, W. *La imputación objetiva... Op.cit.*, pp. 67-70. En el ámbito civil, de nuevo, PANTALEÓN PRIETO, F. "Causalidad e imputación objetiva..." *Op.cit.*, pp. 1566-1568.

⁷⁵⁰ Un desarrollo general de los supuestos citados a continuación puede verse en JAKOBS, G. *Op.cit.*, pp. 124-130.

mismo papel que toda prohibición legal, de tal forma que quien actúa transgrediéndolas actuará creando un riesgo jurídicamente desaprobado. Finalmente, a falta de toda regulación, hay que atender al estándar de una persona correspondiente al ámbito correspondiente, hay que atender al criterio de la *diligencia en asuntos propios* (diligencia del hombre medio) emanada del ámbito civil, ya que el Derecho admite ciertas desviaciones del actuar que no trasciendan del estándar de la persona cuidadosa⁷⁵¹.

En el juicio acerca de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, el grado de conocimientos que debe tener un trabajador para desempeñar sus tareas como especialista en su concreto campo pasa a formar parte del nivel de diligencia exigido en cada caso⁷⁵². Pero más allá de este estándar inherente al trabajo prestado, debemos preguntarnos si los conocimientos que de forma particular ostenta un determinado sujeto por circunstancias ajenas a su rol se deben tomar en consideración para valorar la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Es lo que se conoce como *conocimientos especiales* del sujeto y que, efectivamente, pasan a formar parte de este juicio⁷⁵³. La inclusión de estos conocimientos especiales ha permitido que se haya defendido el carácter subjetivo del juicio de imputación objetiva, lo que restaría coherencia a la construcción dogmática toda vez que incluye elementos subjetivos, personales del sujeto. Sin embargo, obsérvese que los conocimientos del autor forman parte del juicio que *ex post* se debe realizar para valorar si el autor ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado. Consecuentemente, lo relevante para calificar como *objetiva* la teoría de la imputación objetiva es que queden perfectamente definidos todos los elementos que el órgano decisor debe tomar en consideración para ver si el justiciable, con los

⁷⁵¹ Como vemos, en última instancia en la doctrina penalista la valoración del riesgo jurídicamente desaprobado se reconduce al estándar del hombre medio, lo que no hace más que reforzar la idea de que se trata del mismo desarrollo que el criterio de la culpa civil.

⁷⁵² Definiéndolos como *conocimientos especiales*, JAKOBS, G. *Op.cit.*, pp. 138-141. El autor habla del nivel de conocimiento que se debe adquirir en función del rol desempeñado al integrarse en un ámbito organizativo o institucional determinado.

⁷⁵³ La inclusión de los conocimientos especiales cobra una especial importancia en el delito de estafa. El artículo 248.1 CP exige que se cause un *engaño bastante* en otro, motivo por el cual el grado de conocimiento técnico y sobre la víctima que tiene el autor deben tenerse necesariamente en cuenta para la realización del tipo. Así, SSTS de 31 de diciembre de 2008 (rec. 1253/2008), FJ 5; de 10 de diciembre de 2015 (rec. 1185/2015), FJ 6; de 25 de abril de 2016 (rec. 713/2015), FJ 6; de 8 de julio de 2016 (rec. 133/2016), FJ 2; de 24 de mayo de 2018 (rec. 1676/2017), FJ 5. Obsérvese también la asunción implícita que realiza FRISCH en la refutación a la crítica que se señala a continuación, cuya referencia se contiene a pie de página. En sentido contrario, argumentando que el juicio debe contener únicamente datos objetivos, JAKOBS, G. *Op.cit.*, pp. 136-141.

conocimientos subjetivos que tenía, resultaba habilitado por el Derecho para la comisión de la acción en discusión⁷⁵⁴.

Con todo, aunque el riesgo creado por el autor vaya más allá del socialmente permitido, no siempre se podrá calificar como jurídicamente desaprobado, puesto que existen determinadas situaciones en las que incluso la creación de tal riesgo resulta aceptada por el ordenamiento jurídico. Podemos hablar, así, de tres situaciones diferentes en las que el riesgo, en principio inadmisibles, resulta jurídicamente justificado. En primer lugar, las situaciones en las que se crea un riesgo socialmente reprochable que reduce un riesgo mayor preexistente. En segundo lugar, las situaciones en las que la propia víctima se pone en peligro asumiendo el riesgo de que se produzca el daño, siempre que esté en posición de adoptar decisiones racionales y conozca todas las circunstancias importantes para formarse su decisión de forma racional. Finalmente, tampoco será punible el riesgo consistente en facilitar a terceros la ejecución del hecho sancionable, por tratarse de una limitación socialmente insoportable de la libertad de obrar, pero siempre que concurren ciertos límites: que el tercero sea capaz de decidir responsablemente, que el sujeto no se encuentre en posición de garante para evitar la producción del daño, que no se pueda entender que la facilitación tiene como único objetivo que el tercero cometa el hecho, y que el sujeto no facilite la actividad en una específica situación de peligro que desembocará ineludiblemente en el resultado⁷⁵⁵.

III.2.- El juicio de imputación stricto sensu: la concreción del riesgo en el resultado

Para la imputación del resultado al actuar del sujeto, el segundo requisito que debemos valorar es la concreción del riesgo creado con su actuación en el resultado. No basta que acontezca cualquier riesgo creado y que se produzca el resultado, sino que es preciso que éste sea consecuencia directa de aquél. La realización del riesgo en el resultado no tiene que ver con la previsibilidad de la lesión, sino con su directa conexión,

⁷⁵⁴ FRISCH, W. *Desvalorar...* *Op.cit.*, pp. 55-58; FRISCH, W. *La imputación objetiva...* *Op.cit.*, pp. 106-108.

⁷⁵⁵ FRISCH, W. *La imputación objetiva...* *Op.cit.*, pp. 61-63, y 70-82. Si bien el autor añade el supuesto de creación de un riesgo ordinario sobre el que influye un curso causal extraordinario produciendo el resultado, entendiéndose que tal resultado debe imputarse a este último riesgo, dejaré fuera del discurso este supuesto, entendiéndose que en todo caso se trata de la creación de un riesgo que en modo alguno puede considerarse desaprobado, debiendo valorarse de conformidad con los parámetros desarrollados anteriormente al efecto.

con la relación acción-resultado, que es el núcleo de este elemento de juicio⁷⁵⁶. En este juicio no deberemos tener en cuenta la existencia de circunstancias preexistentes que predispongan a la causación del propio resultado, siempre que no se trate de *inferencias extrañas*, de circunstancias cuya anormal concurrencia aumenta de forma sorpresiva la posibilidad de que la actuación desemboque en la lesión producida⁷⁵⁷.

Esta exigencia de concreción plantea problemas relativos a la diversidad de cursos causales que pueden acontecer. En efecto, un determinado resultado se puede imputar al riesgo desaprobado que ha generado el autor, la víctima o un tercero. Asimismo, puede entenderse que tal resultado no le es imputable a nadie, por tratarse de un mero accidente o desgracia⁷⁵⁸. Para ver si el riesgo del autor se concreta en el resultado, habrá que realizar un juicio intuitivo sobre si ha ocasionado el resultado o no es así⁷⁵⁹. A modo de ejemplo, piénsese en un transportista que, con su vehículo cargado de mercancía olvida enganchar de forma adecuada el cierre del camión, de tal forma que su contenido no está adecuadamente protegido ante un imprevisto propio del tráfico rodado. Durante el trayecto, en plena autopista, un peatón se cruza en el camino del vehículo, de tal suerte que el trabajador no tiene otra opción que realizar una maniobra brusca para evitar el atropello del sujeto, y fruto de ello el camión vuelca y la mercancía se destruye. En este caso, a pesar de que la falta de una adecuada sujeción de la mercancía crea un riesgo jurídicamente desaprobado de que ésta se pierda, en tal curso causal se inmiscuye otro, la imprudencia del sujeto que cruza la carretera de forma temeraria. Esa es la conducta a la que imputar el resultado. A la conclusión contraria llegaríamos si durante el trayecto ordinario el transportista toma un bache y, como consecuencia de la falta de adecuada fijación de la mercancía, ésta sufre daños que la hacen inútil. En ese caso, el riesgo

⁷⁵⁶ STS de 29 de mayo de 1999 (rec. 1879/1998), FJ Único.

⁷⁵⁷ SSTs de 11 de diciembre de 2008 (rec. 1419/2007), FJ 4; de 30 de noviembre de 2009 (rec. 263/2009), FJ 4; de 14 de diciembre de 2011 (rec. 614/2011), FJ 1.

⁷⁵⁸ JAKOBS, G. *Op.cit.*, pp. 91-93. En un sentido similar, si bien omitiendo la última posibilidad como un grupo de casos independiente, FRISCH, W. *La imputación objetiva...* *Op.cit.*, pp. 82 y ss.

⁷⁵⁹ Sobre tal juicio intuitivo se han propuesto varias doctrinas, entre las que destaca la posición de JAKOBS, G. *Op.cit.*, pp. 180-186. En ella, se afirma que si la conducta del trabajador modifica la realidad de las cosas hasta el punto de hacerlas imprevisibles asumiendo los riesgos generales de la vida, se podrá afirmar que el riesgo se ha concretado en el resultado. Sin embargo, se trata de construcciones dogmáticas que pretenden racionalizar un análisis intuitivo, por lo que resulta razonable afirmar la necesidad de realizar tal análisis ciñéndolo adecuadamente dentro del proceso de imputación que estamos dibujando.

jurídicamente desaprobado que ha creado el transportista sí se ha concretado en el resultado.

A partir de este punto, la doctrina penalista ha analizado diversas situaciones que acontecen cuando concurre el consentimiento de la víctima, o cuando es un tercero quien, de forma consentida o no, pone a la víctima en la situación de peligro (respectivamente, autopuesta y heteropuesta en peligro). Sin embargo, tal como anunciamos en el primer epígrafe de este estudio, el nivel de construcción dogmática que requiere cada teoría de imputación es proporcional a la importancia de los bienes jurídicos en juego. Consecuentemente, habida cuenta de que el interés protegido en el ámbito laboral es el interés empresarial, y no un bien jurídico tan trascendental para la vida en sociedad como los que protege el ordenamiento jurídico penal, resulta innecesario establecer categorizaciones acerca de las diversas situaciones que se pueden producir, bastando un análisis abstracto sobre si tal situación provoca un cambio planificable en el mundo asumiendo los riesgos generales de la vida, o no es así.

IV. Imputación objetiva de la conducta omisiva en los supuestos de *comisión por omisión*

En la construcción jurídica de este capítulo, el concepto *acción* debe entenderse en un sentido amplio, incluyendo actuaciones positivas (comisión) pero también omisiones del sujeto. La diferencia estriba en que mientras la comisión implica una injerencia en el bien jurídico de un tercero, la omisión supone la ausencia de una intervención para salvaguardar dicho bien⁷⁶⁰.

La omisión puede darse en dos modalidades diferentes: como una omisión pura, esto es, una pasividad expresamente sancionada por la norma; o bien mediante la figura de la comisión por omisión, que es la realización de una conducta prohibida a través de un omitir. La diferencia entre ambas modalidades de omisión se basa en que la modalidad de comisión por omisión requiere un desvalor añadido en la pasividad del sujeto, que hace que esta pasividad se equipare a la comisión activa del delito⁷⁶¹. El desvalor añadido, núcleo de la comisión por omisión, se basa en lo que se conoce como un *deber de*

⁷⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Comisión y omisión. Criterios de distinción” en AAVV (dir. GIMBERNAT ORDEIG, E). *La comisión por omisión*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 13-14.

⁷⁶¹ *Ídem*, p. 15.

*garante*⁷⁶², una especial posición que coloca al sujeto en una posición de especial protección del bien jurídico. De forma análoga a la interpretación sobre cuándo se crea un riesgo jurídicamente desaprobado en los delitos de comisión, también la atribución de las posiciones de garantía en las omisiones es un criterio de interpretación de la norma sancionadora, donde se valora cuándo una omisión es tan suficientemente grave como para ser equiparada a la acción⁷⁶³.

Estos deberes de garantía se fundamentan en la consecución del mayor grado de libertad y autonomía. Así, cuando se establece un especial deber a un sujeto, se hace porque el sacrificio que sufre en su libertad se ve sobrepasado por el mayor grado de autonomía que disfrutan el resto de los posibles implicados. Precisamente porque el sustrato de los deberes es la autonomía personal, deberán imponerse al sujeto que tenga capacidad para orientar su conducta libremente, no a quien eventualmente esté subordinado a las órdenes de otro, puesto que en ese caso tal orientación conductual no será libre⁷⁶⁴. Lo que ocurre, es que estas iniciales posiciones de garantía se fragmentan cuando entramos en estructuras empresariales complejas. En efecto, en virtud de este desarrollo, los deberes de protección en principio corresponden al empresario, puesto que es el sujeto titular de la organización en la que residen los riesgos a controlar, y como titular, debe ser responsable de ellos. De esta forma el sacrificio impuesto al empresario queda compensado por el mayor grado de autonomía del que disfrutan todos los que se relacionan con la empresa y pueden confiar en que los riesgos quedan salvaguardados de esta forma.

Pero a medida que se diversifican las tareas laborales y la empresa va creciendo, tales riesgos van progresivamente delegándose en algunos trabajadores. El titular de la organización, así, delega en un trabajador un deber de protección concreto que ostenta, produciéndose tal delegación con la integración del trabajador en el ámbito personal de

⁷⁶² LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. *Penar por omitir. Fundamento de los deberes de garantía*, Universidad Santo Tomás/Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, p. 41. En un sentido similar, si bien hablando de un compromiso de contención que asume el sujeto, SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Op.cit.*, p. 18.

⁷⁶³ LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. *Op.cit.*, pp. 42 y 45. El Tribunal Supremo sigue la misma línea, afirmando que la omisión debe ser idéntico *valorativamente al hecho positivo, con un sentido social equivalente* a él. Así, STS de 19 de mayo de 2011 (rec. 11166/2010), FJ 3.

⁷⁶⁴ *Ídem*, pp. 52-54. En este estudio nos centraremos en las obligaciones positivas de actuación, toda vez que son las que operan en las relaciones laborales. Si bien encuentran el mismo fundamento que las obligaciones negativas, el proceso ponderativo que las legitima debe tener en mente que imponen un grado de sacrificio mayor a la autonomía del sujeto que aquéllas.

conformidad con la libre autonomía de ambos, y la asunción definitiva de dichas tareas. Con tal delegación, el deber se transmite al delegado (trabajador), pero ello no implica que el empresario quede totalmente exento de su deber, sino que continúa teniéndolo, si bien modificado. Ahora no deberá velar por su correcto desempeño, ya que el dominio directo sobre el deber lo ostenta el trabajador, pero deberá supervisar la tarea desempeñada por el trabajador e intervenir si éste no cumple bien su función⁷⁶⁵. Producida esta delegación, la nota determinante para ver si el empleador debe considerarse responsable de la omisión o si debe responder únicamente el subordinado estriba en el adecuado cumplimiento de estas tareas de vigilancia y control, ya que, una vez cumplidas, el empresario puede confiar en que su empleado va a actuar de forma diligente mientras dure el efecto de dicho control⁷⁶⁶.

De esta forma, a partir del empresario se va creando una red de deberes de protección en atención a las tareas encomendadas a cada subordinado, quienes, a su vez, deberán velar por los deberes encomendados a los trabajadores a su cargo. Ahora bien, téngase en cuenta que la delegación del deber debe producirse de forma *libre*⁷⁶⁷, lo que plantea problemas habida cuenta de la falta de plena autonomía que tiene el trabajador cuando se integra en el ámbito empresarial⁷⁶⁸. En principio, la delegación producida en el ámbito empresarial no guarda especialidades respecto a cualquier otra, ya que la atenuación de autonomía para el trabajador no llega por sí misma a invalidarla totalmente de cara a aceptar la asunción de esta clase de deberes. Ahora bien, si el trabajador fuera obligado por la parte empleadora a asumir el deber de forma coactiva abusando de su posición, yendo más allá de las potestades que de forma natural le concede su carácter de empleador, entonces sí se podría justificar que la delegación no resulta válida. Asimismo, en línea con ello, si el trabajador no estuviera objetivamente preparado para la asunción del deber (por quedar fuera de su grupo profesional, por ser su primer trabajo y encomendársele una tarea especialmente peligrosa, o cualquier otra circunstancia

⁷⁶⁵ LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. *Op.cit.*, pp. 104-110.

⁷⁶⁶ De forma análoga al operar de la limitación laboral al principio de confianza en Derecho penal. Así, véase MARAVER GÓMEZ, M. *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Civitas/Thomson Reuters, 2009, pp. 141-143.

⁷⁶⁷ LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. *Op.cit.*, p. 110.

⁷⁶⁸ *Vid.* Cap. I.III.2.

análoga), entonces la delegación carecerá de validez por ser de imposible cumplimiento⁷⁶⁹.

En definitiva, las obligaciones asumidas contractualmente de conformidad a lo previsto en la normativa laboral⁷⁷⁰, siempre que sean de posible cumplimiento y se asuman dentro de los límites de la normal autonomía que disfruta el trabajador, crean para él deberes de actuación positivos, cuya falta de atención (omisión) podrá desembocar en sanciones laborales como si se hubiera cometido la falta a través de un actuar positivo, a través de la figura de la comisión por omisión.

Esta situación es la que aconteció en la conocida STSJ País Vasco de 20 de septiembre de 2016 (rec. 1550/2016), en la que se sanciona a un trabajador que, en sus funciones de responsable de equipo, no evitó el acoso laboral y sexual que sufrían algunas de sus subordinadas por parte de otro trabajador, también subordinado suyo, siendo plenamente consciente de la situación. A pesar de que el Tribunal no entra en la justificación de la sanción como consecuencia de la omisión, centrándose en la gravedad y culpabilidad del incumplimiento, la convalidación del despido disciplinario acordado por la empresa sigue un *iter* similar al descrito. Así, el hecho de que el despido tuviera encomendadas funciones de responsabilidad respecto a sus subordinados conlleva el deber de evitar las situaciones de acoso producidas. Por esta especial posición, la falta de actuación por su parte se considera tan disvaliosa como para justificar que sea despedido como si hubiera cometido él mismo el acoso⁷⁷¹.

De hecho, en la protección judicial del acoso en el trabajo es donde se puede verificar que el deber de protección no desaparece para el empresario tras la delegación

⁷⁶⁹ LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. *Op.cit.*, p. 112. Si bien en un supuesto alejado de una delegación empresarial, véase la STS de 26 de marzo de 1994 (Pte. Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater), FJ 2, donde se afirma que la delegación de la posición de garante será válida si el delegado está capacitado y cuenta con los medios necesarios para llevar a cabo las tareas encomendadas.

⁷⁷⁰ De forma análoga al ámbito penal, donde el artículo 11.a CP establece las obligaciones asumidas legal o contractualmente como fuentes de los deberes de protección.

⁷⁷¹ En el asunto resuelto se observa una tendencia injustificada de las empresas a acudir a tipos sancionadores abiertos para justificar sus despidos. Así, la empresa acude a la transgresión de la buena fe contractual y al abuso de confianza, tal como se puede comprobar en el FJ 4 de la sentencia. Sin embargo, habida cuenta de las circunstancias, el tipo sancionador idóneo para solventar esta situación habrían sido los artículos 54.2.c ET (que sanciona las ofensas verbales o físicas a compañeros de trabajo) y 54.2.g ET, que castiga el acoso sexual. Con todo, según se puede comprobar en la carta de despido, la empresa también alegó el artículo 55.12 del Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad, que tipifica la pasividad en el puesto de trabajo, lo que puede entenderse como un tipo omisivo específico, a pesar de que el Tribunal no lo tomara en consideración al hilo de su argumentación.

en el trabajador. Así, como consecuencia de la especialidad que esta figura tiene en cuanto conducta lesiva de Derechos fundamentales, el trabajador acosado podrá demandar judicialmente al empresario y también al acosador (en cuanto causante directo de la lesión) y al trabajador que omite la vigilancia de las conductas de acoso, en virtud de los artículos 177.1 y 177.4 LRJS.

Finalmente, sirva destacar que, aun planteándose la mayoría de los problemas en atención al análisis de la posición de garante del trabajador, no es el único requisito para verificar la comisión por omisión. También se requiere una probabilidad cuasisegura de evitar el resultado con el (omitido) actuar del sujeto⁷⁷², lo que aboca de forma ineludible a un análisis individualizado de las circunstancias concurrentes en el caso, si bien tal análisis se verá influenciado, en gran medida, por los deberes de garantía que el trabajador ostentara por las funciones encomendadas, toda vez que el estudio de la posición del trabajador influye de forma directa en verificar si un correcto actuar en el marco de tal posición habría evitado el resultado con un alto grado de probabilidad.

V. El requisito de imputación subjetiva. La necesidad de reprochabilidad análoga al ordenamiento jurídico penal y el alejamiento definitivo de los parámetros civiles

Para la adecuada imputación entre acción y resultado, se exige una atribución al autor de forma individualizada. Si en la imputación objetiva estudiábamos cuándo el resultado era *imputable* a la conducta del trabajador, ahora valoraremos si de tal conducta puede considerarse *responsable* al trabajador. En el ámbito laboral, esta atribución subjetiva se exige por virtud de la necesidad de culpabilidad prevista en el artículo 54.1 ET, relativo al despido disciplinario, si bien tal necesidad puede ser extrapolada a toda infracción cometida, aunque no sea susceptible de extinción contractual⁷⁷³, en los términos que estudiaremos.

Antes de ello, es preciso deshacer un equívoco terminológico que podría aproximar las sanciones laborales, de nuevo, al régimen civil. Este equívoco es consecuencia de

⁷⁷² SSTs de 27 de octubre de 2009 (rec. 818/2009), FJ 3; de 28 de abril de 2016 (rec. 1975/2015), FJ 1; de 11 de diciembre de 2017 (rec. 2019/2016), FJ 20.

⁷⁷³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, 1991, pp. 183-184; CASTRO ARGÜELLES, M.A. *El régimen disciplinario en la empresa. Infracciones y sanciones laborales*, Aranzadi, 1993, pp. 180-181. Esta última autora considera que los Convenios colectivos han cubierto el vacío “culpabilístico” del artículo 58 ET en su clausulado, donde de forma insistente se tipifican conductas culposas o negligentes. Aun así, la autora considera que a falta de tal precisión convencional, la sanción debería continuar calificándose como culpable por un argumento finalista, toda vez que una responsabilidad laboral objetiva perdería toda eficacia ejemplar.

equiparar la *culpabilidad* propia del presupuesto de toda sanción (y que, consecuentemente, es la que opera en Derecho del trabajo) a la *culpa* como criterio de atribución de responsabilidad que en ocasiones aparece en el ordenamiento jurídico civil. Por ello, es preciso traer a colación cada una de las situaciones en las que existe la atribución de una consecuencia jurídica en el régimen civil, para ver cuándo podemos hablar de culpa y del contenido que tiene, a fin de valorar si es similar al de la culpabilidad del ámbito sancionador. Así, podemos distinguir tres situaciones diferentes.

De un lado, la resolución por incumplimiento consagrada en el artículo 1124 CC. En esta figura jurídica no se exige culpabilidad, lo que hace que este mecanismo se distancie de forma inequívoca del despido disciplinario, que incluye este sistema de imputación como manifestación de su carácter sancionador⁷⁷⁴. Ahora bien, a pesar de no prever el sistema de culpabilidad, sí existe un mecanismo de imputación del incumplimiento que ocasiona la resolución contractual, puesto que hay que saber cuándo el incumplimiento justifica la resolución. Para ello, el elemento determinante al que hay que atender es que las circunstancias que lo rodean impidan que el ordenamiento jurídico pueda seguir pidiendo a la contraparte que continúe vinculado contractualmente⁷⁷⁵. No es, por tanto, una reprochabilidad en sentido estricto, sino una valoración de las circunstancias conexas al incumplimiento de conformidad con la normativa civil.

Por otro lado, también tenemos que tomar en consideración el par responsabilidad contractual/responsabilidad extracontractual, que igualmente requiere una imputabilidad del incumplimiento al sujeto que causa el daño. Y es aquí donde hallamos las manifestaciones del concepto *culpa*. En la responsabilidad contractual, la ausencia de culpa es uno de los criterios por los que el deudor puede quedar exento de responsabilidad al no haber transgredido su conducta el fin de protección de la norma al que anteriormente aludíamos⁷⁷⁶. En la responsabilidad extracontractual, de forma similar, la culpa es el tradicional mecanismo de imputación al que se une en determinadas ocasiones la responsabilidad objetiva por riesgo.

⁷⁷⁴ *Vid.* Cap. I.III.1.

⁷⁷⁵ PANTALEÓN PRIETO, F. “El sistema de responsabilidad contractual...” *Op.cit.*, pp. 1047-1048.

⁷⁷⁶ A este criterio se unen el hecho de que el incumplimiento viniera determinado por una circunstancia ajena a su ámbito de control, y que tal circunstancia no fuera razonablemente previsible en el momento de contratar, tal como puede verse en PANTALEÓN PRIETO, F. “El sistema de responsabilidad contractual...” *Op.cit.*, pp. 1067-1069.

Y es precisamente por ello por lo que *culpa* no equivale a *culpabilidad*. El primer concepto es uno de los criterios de atribución de la responsabilidad que son posibles en sistemas resarcitorios y que, tal como hemos señalado⁷⁷⁷, en puridad parten de un análisis de imputación objetiva que versa sobre el riesgo creado en relación con el nivel de riesgo permitido por el ordenamiento jurídico. Pero no tienen en cuenta una atribución de la responsabilidad en atención a criterios personales del autor, y eso le hace divergir de la *culpabilidad*, que es un criterio de reprochabilidad (subjetiva) de la conducta atribuible a un determinado sujeto, concepto propio de un sistema sancionador.

A modo de excursus, abundando en las diferencias existentes entre la responsabilidad contractual y el poder disciplinario, nótese que el papel del daño en cada sistema es diferente. Mientras que en un mecanismo resarcitorio el daño se configura como un elemento constitutivo de la responsabilidad que a su vez sirve para graduar la consecuencia jurídica impuesta al deudor, un prisma sancionador cambia radicalmente tal paradigma. Así, el daño no es en modo alguno un elemento constitutivo de la exigencia de la sanción, sino que este elemento constitutivo reside en la conducta del trabajador o en el resultado de dicha conducta, con total independencia del daño causado⁷⁷⁸. De esta forma, el papel que el daño puede tener en las sanciones laborales queda relegado al ámbito en el que el Estado no interviene racionalizando el poder disciplinario, que no es otro sino el de la graduación de la sanción dentro del marco abstracto que ha abierto la norma para esa concreta falta, que queda a la libre decisión empresarial sin posibilidad de revisión judicial⁷⁷⁹. Además, ya en lo que hace a los parámetros cuantitativos de la sanción, recuérdese que el empleador puede ampararse en la sanción laboral para imponer una medida que no tenga una finalidad estrictamente sancionadora, sino que se pueda calificar como resarcitoria⁷⁸⁰.

En resumen, debemos asumir la culpabilidad propia de los sistemas sancionadores, alejándonos de la culpa que opera en el orden civil. Entrando en el contenido de este

⁷⁷⁷ Vid. Cap. VI.III.1.

⁷⁷⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *Op.cit.*, pp. 180-185. En sentido contrario, CASTRO ARGÜELLES, M.A. *Op.cit.*, pp. 186-187.

⁷⁷⁹ SSTS de 11 de octubre de 1993 (rec. 3805/1992), FJ 5; de 27 de abril de 2004 (rec. 2830/2003), FJ 3. Por lo demás, entiendo que tal es la postura doctrinal contenida en FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *Op.cit.*, p. 183, al afirmar que el daño es criterio de valoración proporcional. Es decir, que no hace referencia a una proporcionalidad en abstracto de las normas sancionadoras.

⁷⁸⁰ Vid. Cap. I.III.2.

concepto, lo primero que se debe apuntar es que este criterio parte de un reproche individual, un reproche a un sujeto concreto que ha cometido la infracción, por lo que resulta inviable que éste se produzca de forma colectiva, a un grupo de trabajadores por el simple hecho de pertenecer a dicho grupo⁷⁸¹. Esta situación aconteció en el ATC 351/1989, de 19 de junio, en cuyo FJ 5 se convalida el despido de todos los representantes de los trabajadores que mantuvieron un paro laboral con posterioridad a la finalización de la huelga. Sin embargo, esta situación no implica que la sanción se haya impuesto prescindiendo de la individualidad inherente a la imputación subjetiva, sino que ésta se ha llevado a cabo y concurre de forma personal sobre todos y cada uno de los integrantes del órgano que, operando de forma solidaria, incurrieron en la falta laboral que se imputa. Es, en definitiva, el despido de una suma de individuos, y no de un colectivo en cuanto tal⁷⁸².

Más allá de su carácter individual, la *culpabilidad* se ha conceptualizado en el ordenamiento social de forma análoga al ámbito penal, entendiendo que se puede incurrir en responsabilidad laboral por *malicia* o *negligencia*, categorías análogas al dolo y la imprudencia propias del ámbito penal⁷⁸³, que presuponen la capacidad del sujeto de conocer las consecuencias de sus acciones y actuar conforme a tal deseo. De esta forma, existen dos formas de imputación subjetiva en el ámbito laboral: la primera de ellas, por dolo o malicia, que se apreciará con la concurrencia efectiva de las facultades de entendimiento y voluntad (y no su simple capacidad), es decir, que el sujeto sea plenamente consciente de su actuación, representándose como posible el resultado, y

⁷⁸¹ Es más, este carácter individuado de la culpabilidad es el que dificulta que las sanciones laborales puedan acceder a casación para unificación de doctrina, toda vez que las circunstancias concurrentes en la comisión de la acción varían de un suceso a otro. Este fenómeno, y su relación con la imputación subjetiva, puede verse de forma muy intuitiva en la STS de 20 de abril de 2005 (rec. 6701/2003), donde tras exponerse la reiteradísima doctrina sobre las sanciones y su dificultad de acceso a casación, el tribunal exceptúa de estos supuestos los relativos a despidos donde se discuta el alcance de un Derecho fundamental en el ámbito laboral, entendiendo que en tales casos no concurre esta dosis de individualidad que hace los asuntos inadmisibles. Como puede comprobarse, la imputación subjetiva ocupa un lugar central en la inadmisión, y no cualquier argumentación que pueda desembocar en cierto casuismo, puesto que también cada lesión de un Derecho fundamental en el ámbito laboral se rodea de ciertas circunstancias concretas que harían posible inadmitir el caso, tal como señala el voto particular rubricado por D. Aurelio Desdentado Bonete, D. Gonzalo Moliner Tamborero, D. Jesús Gullón Rodríguez, y D. Luis Gil Suárez.

⁷⁸² En sentido contrario, afirmando la posibilidad de imputación subjetiva desde un prisma colectivo, CASTRO ARGÜELLES, M.A. *Op.cit.*, pp. 183-184. La autora cita también la resolución expuesta, si bien aparece erróneamente reflejada como ATC 213/1982, de 9 de junio (véase nota al pie nº 265).

⁷⁸³ SSTS de 26 de enero de 1987 (Pte. Excmo. Sr. D. Ramón Muñoz Álvarez), FJ 2. En el ámbito doctrinal, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *Op.cit.*, p. 184; CASTRO ARGÜELLES, M.A. *Op.cit.*, pp. 185-186.

actúe movido por él. En segundo lugar, la actuación por imprudencia o negligencia, que implica carencia de atención o cuidado en los deberes del trabajador, sin perseguir el resultado que acontece⁷⁸⁴.

Así las cosas, cualquier circunstancia personal que impidiera al trabajador conocer lo que estaba haciendo impedirá la consideración de toda falta dolosa, sin perjuicio de la posibilidad de imponerla por negligencia. Pero además, téngase en cuenta que cierto tipo de circunstancias excluyentes de la culpabilidad (embriaguez, trastornos mentales, etc.) actúan de forma gradual. Así, puede ser que el trabajador supiera la conducta que estaba desempeñando pero sus facultades intelectivas se vieran afectadas en un mayor o menor grado. En tales situaciones, habrá que tomar en consideración estas circunstancias a fin de moderar o graduar la culpabilidad, de un modo similar a lo que acontece con las atenuantes en Derecho penal. Así, la culpabilidad afectada puede ser excluida por estos elementos o bien reducida, imponiéndose una sanción inferior a la que correspondiera de no concurrir⁷⁸⁵.

⁷⁸⁴ Tal distinción ha sido reiterada en práctica judicial. Así, véanse las SSTS de 27 de noviembre de 1984 (Pte. Excmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo), CDO 2; de 26 de enero de 1987 (Pte. Excmo. Sr. D. Ramón Muñoz Álvarez), FJ 2; de 11 de mayo de 1990 (Pte. Excmo. Sr. D. José Lorca García), FJ 4. En el ámbito doctrinal, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *Op.cit*, p. 184; CASTRO ARGÜELLES, M.A. *Op.cit*, p. 185. Posteriormente, tal línea jurisprudencial ha sido anclada a la teoría gradualista (si bien con un grado de desarrollo menor, limitándose a mencionar las circunstancias subjetivas) como manifestación de la proporcionalidad en la sanción, aludiendo a que tal proporcionalidad debe darse desde un punto de vista objetivo y otro subjetivo. Aunque la culpabilidad guarde cierta relación con la proporcionalidad, se trata de mecanismos diferentes toda vez que aquí nos encontramos en un proceso de imputación y no de valoración objetiva de la gravedad, lo que justifica el trato diferenciado que se ofrece en este trabajo. Sobre la valoración de la culpabilidad en la teoría gradualista, véanse por todas las SSTS de 6 de abril de 1990 (Pte. Excmo. Sr. D. Víctor Eladio Fuentes López), FJ 4; de 26 de diciembre de 2007 (rec. 302/2007), FJ 3. Respecto a la diferencia entre dolo y negligencia, véase la muy ilustrativa STSJ Extremadura de 3 de diciembre de 2015 (rec. 510/2015), en cuyo FJ 3 la conducta del trabajador (profesor de instituto) se desliga en dos actuaciones distintas, cada una merecedora de un grado diverso de culpabilidad. De una parte, el acceso a una página web de contenido sexual donde mantuvo conversaciones telemáticas de tal índole durante la realización de un examen, que merece la calificación de dolo; de otra parte, el descuido al mantener el proyector encendido durante la realización del examen, que provocó que los alumnos pudieran observar el contenido del monitor durante todo el proceso, lo que se califica como negligencia.

⁷⁸⁵ SSTS de 29 de marzo de 1990 (Pte. Excmo Sr. D. Juan Carlos Fernández López), FJ 2; de 30 de abril de 1991 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde), FJ 5. Existen otras resoluciones sobre atenuantes pero que no resultan aplicables al caso, al valorar la gravedad objetiva de la conducta, entre las que se pueden citar las SSTS de 15 de febrero de 1990 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde), FJ 2; de 21 de marzo de 1990 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde), FJ 5; de 10 de mayo de 1990 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde), FJ 2. Doctrinalmente, afirmando la posibilidad de atenuar la sanción, que de hecho figura en numerosos convenios colectivos, CASTRO ARGÜELLES, M.A. *Op.cit*, pp. 197 y ss.

Realizado este desarrollo, conviene contextualizarlo a la luz de lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores. Como hemos indicado, la referencia a la culpabilidad figura únicamente en el artículo 54.1 ET, relativo al despido disciplinario, sin que figure en el artículo 58 ET que regula el resto de las sanciones laborales. No parece que esta omisión sea consecuencia de un olvido del legislador, dado el estrecho margen temporal en que se publicaron las normas en conflicto⁷⁸⁶ y, máxime, cuando en el Preámbulo de la Ley 16/1976 de Relaciones Laborales, que introduce el actual artículo 58 ET en nuestro ordenamiento jurídico, se reconoce el carácter mínimo de tal normativa que deberá ser refundida con otras normas en un texto posterior. El legislador, por tanto, tenía en mente la refundición de tales normas en una sola, creando un cuerpo articulado coherente que eliminara estas eventuales omisiones⁷⁸⁷.

Así las cosas, si el legislador era totalmente consciente de que para el despido disciplinario se requería culpabilidad, al contrario que para el resto de sanciones laborales, esta diferencia es deliberada, y únicamente se puede interpretar a la luz del mecanismo de reprochabilidad subjetiva inherente a toda sanción. De esta forma, no es que las sanciones laborales conservativas de la relación laboral no requieran tal culpabilidad, y ésta sea un elemento propio del despido como sanción más grave posible. Es que tal culpabilidad es inherente a toda sanción, también a las conservativas de la relación laboral, si bien es más acentuada en el despido disciplinario, requiere un elemento culpabilístico reforzado, coincidente con el dolo en los términos expuestos. Consecuentemente, si se quiere imponer un despido disciplinario, el incumplimiento laboral del trabajador deberá ser doloso, deberá reunir los elementos cognitivo (saber la consecuencia de su acción) y volitivo (actuación representándose tal resultado). Si no concurren ambos elementos, no se podrá despedir, sin perjuicio de la posibilidad de que se ejecute por reincidencia de faltas previas. Asimismo, cabe la posibilidad de que la

⁷⁸⁶ El actual artículo 58 ET fue introducido en nuestro ordenamiento a través del artículo 34 de la Ley 16/1976 de Relaciones Laborales. El actual precepto regulador del despido disciplinario únicamente tuvo que esperar cuatro años más, hasta la Ley 8/1980 del Estatuto de los Trabajadores.

⁷⁸⁷ Téngase en cuenta que durante estos años existía un periodo de transición política que impide considerar todas las normas publicadas durante este tiempo de forma aislada. Así, doctrinalmente se ha apuntado que la Ley 16/1976 de 8 de abril suponía el cisma de la rigidez laboral, y que precisamente como reacción a tal exceso protector se publicaron dos normas de capital importancia: el Decreto-ley 17/1976, de 8 de octubre, y posteriormente el Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo (este último parcialmente vigente hoy día). Estas normas influyeron de forma más que notable el Estatuto de los Trabajadores de 1980, que junto con la promulgación de la Constitución Española de 1978 consagraron nuestro actual modelo de relaciones laborales. En tal sentido, DURÁN LÓPEZ, F. “Un siglo de Derecho del trabajo: el Derecho de un siglo” en AAVV. *El Derecho español en el siglo XX*, Marcial Pons, 2000, pp. 145-146.

norma convencional pueda calificar el supuesto como falta muy grave sin exigir tal elemento culpabilístico reforzado, en cuyo caso el empleador podrá imponer cualquier otra sanción de las previstas como consecuencia jurídica a la comisión de una falta así calificada, ya que las faltas consagradas convencionalmente que llevan aparejada la sanción de despido no son más que concreciones de los supuestos genéricos previstos en el artículo 54 ET, y por tanto requieren de los mismos presupuestos para su imposición, incluyendo el mismo elemento subjetivo⁷⁸⁸.

⁷⁸⁸ *Vid.* Cap. III.III.2.

CONCLUSIONI

PRIMA.- Il potere disciplinare del datore di lavoro deriva dalla struttura stessa del rapporto di lavoro, caratterizzata dalla disuguaglianza delle parti di cui si occupa il diritto del lavoro. Sebbene l'esistenza di un contratto di lavoro sia necessaria per la sussistenza di tale potere, la sua origine non risiede esattamente in esso, ma deriva da un insieme di facoltà che il datore di lavoro ha semplicemente per il fatto di esserlo. In questo modo, accogliamo la teoria mista, che distingue tra contratto di lavoro come nesso imprescindibile per apprezzarne la sussistenza, e rapporto di lavoro, da cui derivano tutti i poteri che trascendono tale nesso, compreso il potere disciplinare. Nonostante tale teoria sia stata qualificata come contrattualista in quanto ricorre al contratto di lavoro per spiegare l'origine di tale potere, in realtà si tratta di una teoria mista, che combina questa connotazione contrattuale con altre caratteristiche proprie del versante istituzionalista, estranee al contratto di lavoro. Ed è proprio in questo contenuto al di fuori delle mura del contratto che si trova il potere disciplinare.

SECONDA.- Derivando originariamente dalla posizione delle parti nel rapporto di lavoro, la natura del potere disciplinare si spiega con riferimento alle norme sanzionatorie stesse. Si può quindi affermare che si tratta di una figura giuridica che segue un duplice regime: mentre dal punto di vista aziendale si configura come un diritto soggettivo che può essere esercitato dal datore di lavoro, quando incide sulla sfera giuridica del lavoratore opera come una sanzione. In definitiva, è l'esercizio di un diritto che infligge un male ai dipendenti, condividendo la struttura normativa tipica di qualsiasi sanzione. Questo carattere sanzionatorio è indissolubilmente legato all'idea di potere e autorità della parte imprenditoriale.

Il potere e l'autorità dell'imprenditore si possono collocare, ancora una volta, nella tipica configurazione dei rapporti produttivi e nella nota di disuguaglianza che essi contengono. Tuttavia, nell'ambito delle sanzioni, si può parlare di una speciale subordinazione, in quanto la struttura normativa delle sanzioni sopra descritta rende ancora più accentuata questa disuguaglianza di parti, avvicinandosi ai rapporti di diritto sanzionatorio pubblico, rispetto ai quali l'unica (sebbene non minore) differenza sta nella natura pubblica o privata del soggetto investito dell'autorità che impone il male al subordinato.

TERZA.- Costituzionalmente, il potere disciplinare del datore di lavoro trova il suo fondamento soltanto nella libertà d'impresa sancita dall'art. 38 CE, in quanto i poteri dell'organizzazione aziendale comprendono il potere di sanzionare i comportamenti dei lavoratori dipendenti che incidono negativamente sulla produzione. Tuttavia, il diritto di proprietà (art. 33 CE) non può servire come base per sostenere tale potere, poiché questo diritto fondamentale protegge solamente l'appropriazione del risultato del processo produttivo, senza incidere sul processo stesso.

QUARTA.- La concezione del potere disciplinare come potere privato consente di affermare che la responsabilità contrattuale del lavoratore non trova posto nell'ambito dei rapporti di lavoro, neppure per via sussidiaria. Questo risulta non solo per ragioni storiche (in particolare, l'abrogazione dell'art. 63 LCT/1944, che prevedeva la responsabilità del lavoratore per determinati atti), ma anche per ragioni ontologiche e sistematiche.

Per quanto riguarda le ragioni ontologiche, si può affermare che la normativa del lavoro ha incluso l'elenco delle condotte per le quali il lavoratore può essere oggetto di responsabilità nell'istituzione del regime disciplinare aziendale, in modo tale che sia totalmente e inequivocabilmente escluso il sistema di responsabilità civile contrattuale, concepito per un tipo di rapporto in cui le parti sono poste su un piano di parità. Poiché non esiste lo stesso tipo di rapporto nell'ambito del diritto del lavoro, la sua applicazione sussidiaria non è appropriata.

Per quanto riguarda le ragioni sistematiche, può accadere che l'ordinamento giuridico sancisca la responsabilità civile in materia di rapporti di lavoro solo quando il sistema sanzionatorio non mostra tutte le sue virtù (violazione dell'obbligo di permanenza), quando il destinatario del danno è un terzo, o quando vi è una tale prossimità del danno alla persona del lavoratore che risulta evidente che il lavoratore debba essere considerato l'unico responsabile. Quest'ultimo fenomeno si può apprezzare nella responsabilità che il lavoratore ha per le multe stradali che gli possono essere inflitte, nel qual caso l'azienda può andare esente da qualsiasi sanzione amministrativa se comprende che il lavoratore è l'unico responsabile della sanzione, potendo esercitare nei confronti di questi un'azione di responsabilità civile.

QUINTA.- La maggior parte delle garanzie sanzionatorie sono garanzie limitative del potere pubblico che nel nostro ordinamento giuridico sono concepite come diritti

fondamentali. Tuttavia, poiché le misure adottate in virtù del potere disciplinare aziendale partecipano anche al concetto di sanzione, anch'esse sono limitate da quelle.

Ora, poiché tali figure giuridiche sono intese come dei limiti allo *ius puniendi* statale, non si ha una loro automatica applicazione al rapporto di lavoro privato, ma tale applicazione deve essere effettuata in modo tale che il suo contenuto sia modellato sul rapporto giuridico in cui si sviluppa. E questo in virtù (data la consacrazione come diritti fondamentali) della teoria del collegamento orizzontale immediato.

SESTA.- In effetti, ragioni storiche, sociologiche e giuridiche impongono di pronunciarsi a favore del collegamento orizzontale dei diritti fondamentali quale parametro idoneo per lo sviluppo di queste garanzie nella sfera privata. Da un punto di vista storico, perché in origine i diritti fondamentali sono stati pensati non solo per limitare il potere dello Stato, ma anche per stimolare i rapporti sociali tra gli individui che sono alla base dello Stato stesso. Da una prospettiva sociologica, perché nella società attuale i confini tra pubblico e privato si confondono, e incluso le relazioni di subordinazione si trovano anche tra gli individui, di cui lo stesso rapporto di lavoro è un esempio prototipico. E da un approccio giuridico, poiché la Costituzione che riconosce e consacra i diritti fondamentali e ha un ruolo predominante nel nostro ordinamento giuridico, conferisce loro una forza espansiva e una posizione prevalente da cui si irradiano all'intero ordinamento, compresa la sfera privata.

Questo collegamento orizzontale opera immediatamente, cioè senza che la legge o il giudice debbano intervenire per facilitare l'irradiazione del diritto fondamentale nel rapporto giuridico privato; al contrario, avviene direttamente, senza intermediari. Il sistema privato è pienamente condizionato dalla necessità di rispettare i diritti fondamentali nelle relazioni sottostanti. Inevitabilmente, ciò implica che, al momento dello sviluppo nel diritto privato, la garanzia fondamentale si scontra con altri valori protetti, in modo tale che sarà necessario studiare in un piano concreto come tale operatività si svolga. Questa procedura può essere valutata solo caso per caso, in considerazione sia dello specifico rapporto giuridico su cui si proietta il diritto fondamentale, sia del contenuto di ogni diritto fondamentale che opera nel rapporto privato.

SETTIMA.- Il contenuto di ogni diritto fondamentale, di ogni garanzia sanzionatoria, richiede una valutazione caso per caso che focalizza il resto del lavoro. Ma

tutti sono proiettati su un substrato comune, che è il rapporto di lavoro privato e, più in particolare, il rapporto disciplinare. Questo rapporto è fortemente orientato alla subordinazione del dipendente rispetto al datore di lavoro, il che giustifica una proiezione più intensa di questi diritti fondamentali. Questo perché non solo siamo di fronte alla subordinazione propria di tutto il diritto del lavoro, ma in questa specifica manifestazione della parte sociale del diritto si può parlare di una speciale subordinazione. Non siamo in una relazione in cui vi è un solo potere di una parte rispetto all'altra, ma questo potere si manifesta in modo particolarmente intenso perché il datore di lavoro può minacciare un male che l'ordinamento giuridico gli permette di infliggere.

OTTAVA.- L'imposizione di una sanzione senza rispettare le garanzie ad essa connesse comporta la sua nullità, data la natura di diritto fondamentale che è propria delle garanzie. Tale nullità dovrà essere richiesta all'organo giudiziario, cumulando tale rivendicazione con la violazione di un diritto fondamentale, come consentito dal diritto del lavoro. È proprio a causa di tale cumulo che la causa può diventare un ricorso e, in considerazione delle difficoltà nel ricorrere ad una cassazione unificante, successivamente si potrà presentare direttamente *recurso de amparo* senza proporre prima un'azione di nullità dei ricorsi. A questo punto, la (possibile) via giudiziaria della sanzione commerciale finirà, poiché la mancanza di gravità di tali misure impedisce il loro accesso alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

NONA.- Il principio di legalità in materia di diritto pubblico è stato trasferito intuitivamente nel campo delle sanzioni lavoristiche, poiché possiamo vedere come le sue principali manifestazioni sono state adeguatamente stabilite in modo disaggregato dalla dottrina e dalle risoluzioni di alcuni organi giudiziari. Ma questo non è sufficiente per una corretta comprensione del ruolo svolto dalla garanzia sanzionatoria all'interno del rapporto di lavoro. Come meccanismo di tutela della persona sanzionata, il principio di legalità è dotato di alcuni presupposti e richieste che derivano direttamente dal suo contenuto di diritto fondamentale, parte del quale non è contemplato nella branca sociale del diritto.

DECIMA.- In primo luogo, il principio di legalità richiede che le norme sanzionatorie siano stabilite, in termini generali, da una legge o da un contratto collettivo statutario. Questo porta a due fenomeni da considerare: uno di essi è l'eccesso di regolamentazione, dove si ha una doppia regolamentazione della sanzione lavoristica; e

l'altro è la sottoregolamentazione, dove non sono proprio questi strumenti a stabilire il precetto in questione.

La situazione di eccesso di regolamentazione si verifica quando il contratto collettivo disciplina condotte previamente tipizzate da una legge. In questi casi, la norma convenzionale si considera una precisazione dello sviluppo giuridico, in modo tale che, se prevede una sanzione inferiore per la stessa condotta, sarà necessario attenersi ad essa, senza che si possa imporre la sanzione maggiore in applicazione diretta della legge.

Per quanto riguarda la situazione di sottoregolamentazione, ciò si verifica perché a volte la legge o il contratto collettivo si riferiscono ad altri strumenti giuridici per una completa regolamentazione (norme sanzionatorie in bianco). Questo rinvio è del tutto fattibile giuridicamente, anche se la legge o l'accordo come fonte principale della sanzione devono stabilire il nucleo minimo della sanzione, in modo che non si possa considerare che la qualificazione in queste norme abbia un carattere meramente formale. Questo problema è molto evidente laddove si tratti dell'istituzione di programmi di *compliance* in azienda, dove la prassi abituale è l'istituzione di un sistema sanzionatorio unilaterale da parte dell'imprenditore. Di per sé, queste norme non possono stabilire sanzioni, ma obblighi che si integrano nel nesso contrattuale come concretizzazione degli obblighi più generici assunti inizialmente nel rapporto di lavoro, consentendo il ricorso al regime disciplinare generale in caso di violazione.

UNDICESIMA.- Il secondo requisito del principio di legalità è uno sforzo di concretezza che deve essere realizzato nella configurazione della sanzione (mandato di determinazione). Questo sforzo di precisione non deve essere assoluto, ma ammette un certo grado di astrazione proprio del linguaggio, in modo tale che questa indeterminatezza in ambito lavoristico si cristallizza nella possibile definizione di clausole generali (quali la violazione della buona fede contrattuale o l'abuso di fiducia). Tali clausole risultano valide in quanto non rimettono il potere disciplinare al datore di lavoro, lasciando nelle sue mani la possibilità di sanzionare qualsiasi condotta che ritenga opportuno, ma stabiliscono un minimo, delle linee guida di base che gli atti commessi dal dipendente devono soddisfare per essere sanzionati. Stabiliscono, in ultima analisi, un alto grado di indeterminatezza nella configurazione della sanzione, ma questa indeterminatezza non porta ad un rinvio alla libera discrezionalità del datore di lavoro – questione che si porrebbe in contrasto con il principio di legalità –, ma alla necessaria conciliazione del mandato di determinazione con il potere disciplinare lavoristico.

Questo mandato di determinazione è messo in discussione anche dalle clausole convenzionali che a volte si trovano come clausole conclusive di sistemi disciplinari, consentendo la sanzione di condotte analoghe o simili a quelle precedentemente descritte. Ma queste norme non aprono la possibilità di ammettere l'analogia nelle sanzioni lavoristiche – analogia che è proibita in qualsiasi sistema sanzionatorio -, ma fanno riferimento ad una possibile interpretazione estensiva dei precetti precedenti. Anche così, opportunamente qualificate come norme abilitanti di un'interpretazione estensiva, questi precetti si oppongono al mandato di determinazione perché non includono il nucleo fondamentale della condotta proibita.

Tuttavia, ciò non impedisce che la possibilità di realizzare un'interpretazione analogica (non un'analogia diretta) derivi dalle stesse clausole validamente sancite dalla norma giuridica o convenzionale, dato che è proprio in esse che si stabilisce questo nucleo minimo, e tutte le condotte che ad esse assomiglino - con il limite di condividere la formulazione letterale del precetto – potranno essere validamente punite. In breve, non vi è alcuna sanzione per il semplice fatto di somigliare ai comportamenti sopra descritti, fermo restando che il lavoratore può essere punito per aver commesso un atto simile a quello descritto in un precetto specifico, purché condivida con esso un'analogo carattere ingiusto, purché non si discosti dal suo tenore letterale.

Tuttavia, la concretezza richiesta dal mandato di determinazione non sempre avrà lo stesso contenuto generale. A volte, il contratto collettivo punisce comportamenti che possono essere posti in essere solo in quanto lavoratori del settore specifico a cui si applica il testo. Pertanto, trattandosi di una regola speciale per il settore di attività a cui si applica, lo sforzo di concretezza che i negoziatori dovranno compiere dovrà essere maggiore, poiché non si tratta di una regola generale, ma di una regola specifica che deve fornire un più elevato livello di garanzie e sicurezza giuridica ai lavoratori che nello specifico si trovano assoggettati ad essa.

DODICESIMA.- Dal principio di legalità deriva anche il requisito della tipicità; cioè, colui che applica la norma è necessariamente vincolato ad essa. Pertanto, la formulazione della sanzione dovrà obbligatoriamente stabilire quale precetto specifico è stato applicato e per quale motivo è stato sanzionato. Allo stesso modo, una volta scelta la norma applicabile, il datore di lavoro deve scegliere una sanzione adeguata alla gravità della condotta, tra le possibilità offerte dalla norma sanzionatoria. Cioè, se la colpa è qualificata come lieve, grave o molto grave, sarà necessario sanzionarla con una delle

sanzioni previste per ciascuno di questi livelli di gravità. Se il datore di lavoro sceglie una sanzione diversa, anche se più favorevole al lavoratore, avrà violato il principio di tipicità, non avendo applicato rigidamente il sistema sanzionatorio normativamente previsto.

TREDICESIMA.- La quarta e ultima garanzia che deriva dal principio di legalità è il divieto di retroattività delle norme sfavorevoli. Questo concetto giuridico è stato adeguatamente riconosciuto dalla giurisprudenza sociale in applicazione dell'articolo 9.3 CE, anche se in ambiti che restano estranei al potere disciplinare imprenditoriale. Pertanto, lo stesso contenuto, derivato dalla stessa garanzia, si deve applicare ad uno schema più in linea con quello naturalmente concepito per esso, come il sistema sanzionatorio. Quindi, nei casi in cui durante l'irrogazione della sanzione o la sua esecuzione entri in vigore una legge o un contratto collettivo che modifichi il sistema sanzionatorio aggravando la condotta punibile, sarà impossibile applicare retroattivamente tale modifica, come previsto dall'art. 25.1 CE. D'altra parte, se la norma che entra in vigore successivamente risulta più favorevole per il lavoratore, tale retroattività potrà essere applicata. Infatti, se gli organi che configurano il sistema sanzionatorio ritengono che non è più opportuno punire la condotta, o risulta adeguato sanzionarla in misura minore, ci si dovrà attenere alla modifica legislativa o convenzionale, a condizione che la sanzione non abbia terminato di applicarsi o che i suoi effetti non si siano consolidati.

QUATTORDICESIMA.- Infine, dal principio di legalità derivano esigenze sull'imposizione della sanzione o sulla sua stessa configurazione, che, in caso di violazione, condurranno alla nullità della misura afflittiva. E le conseguenze giuridiche saranno diverse nell'uno o nell'altro caso. Anche se nel primo caso si deve procedere secondo gli effetti generali di ogni nullità, ad una conclusione diversa si deve giungere se il vizio di incostituzionalità si trova nella configurazione normativa. In queste situazioni, il datore di lavoro deve assumersi le conseguenze sfavorevoli di aver eseguito un potere concesso da una norma giuridica o convenzionale sulla cui validità e legittimità confidava. Pertanto, gli sarà stato causato un danno che potrà rivendicare al creatore della norma: ai negozianti del contratto collettivo, o al legislatore stesso.

Nel caso di responsabilità esigibile ai negozianti del contratto collettivo, ci troviamo di fronte ad un caso di responsabilità civile extracontrattuale (art. 1902 CC). A livello sovra-imprenditoriale, sarà del tutto possibile far valere tale responsabilità nei confronti delle organizzazioni sindacali e delle associazioni di imprese che sono intervenute

nel contratto collettivo, in quanto dotate di personalità giuridica come associazioni, anche se nel caso del sindacato questa responsabilità presenta una particolarità: si dovrà risolvere in conformità con l'art. 5.1 LOLS, che non fa altro che sancire il principio della responsabilità organica nel caso delle associazioni sindacali.

A livello aziendale, troviamo alcune peculiarità su cui occorre soffermarsi: in primo luogo, vi sarà una riduzione di responsabilità, in quanto lo stesso datore di lavoro (l'unico legittimato a negoziare il contratto collettivo dalla parte patronale) avrà contribuito alla causazione del danno, il che permette di ricondurre la questione alla figura generale del concorso nel danno tipica in campo civile. In secondo luogo, non è certo che la responsabilità possa essere diretta contro i negoziatori del contratto collettivo dalla parte sociale, che saranno i rappresentanti unitari o le sezioni sindacali. Nel caso delle sezioni sindacali, questa possibilità, è fattibile in quando può essere utilizzata un'interpretazione estensiva dell'art 5.2 LOLS, che permette di attribuire la responsabilità al sindacato stesso per l'atto compiuto dalla sezione sindacale, l'unica a ciò legittimata secondo le norme di legge. Tuttavia, se il contratto collettivo è stato negoziato dai rappresentanti unitari, il reclamo in linea di principio dovrà essere diretto contro i delegati del personale o i membri del comitato aziendale a titolo personale, in assenza di personalità giuridica di tali organi. Comunque, se i rappresentanti unitari sono affiliati ad un sindacato e ne hanno eseguito precise istruzioni nella negoziazione, il reclamo potrà essere indirizzato, ancora una volta, contro il sindacato stesso ai sensi dell'art. 5.2 LOLS. Anche in questo caso il contratto collettivo sarebbe stato negoziato dai membri del sindacato secondo le sue indicazioni, il che permette di identificarlo come causa del danno.

Se il reclamo è diretto contro il legislatore perché la norma sanzionatoria invalida era una norma giuridica, ci troviamo di fronte ad una situazione a cavallo tra la responsabilità amministrativa dello Stato legiferante e il diritto del lavoro, che richiede una modifica legislativa date le evidenti insufficienze dell'ordinamento processuale lavoristico nel prevedere tali situazioni. In effetti, il datore di lavoro può invocare la responsabilità del legislatore in virtù sia del principio di responsabilità delle autorità pubbliche sia del diritto al risarcimento dei danni derivanti dall'esercizio dei servizi pubblici, che sono costituzionalmente sanciti rispettivamente dagli artt. 9.3 e 106.2 CE. Tuttavia, tale rivendicazione deve basarsi sulla premessa che la norma applicata è stata dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte costituzionale e che tale organo non si è pronunciato sugli effetti retroattivi della sentenza, in quanto presupposti

imprescindibili per il requisito della responsabilità in base alla normativa contenzioso-amministrativa, che ne ostacola fortemente il funzionamento.

QUINDICESIMA.- La presunzione di innocenza è una garanzia che, contrariamente al resto di quelle qui analizzate, ha subito oscillazioni giurisprudenziali per quanto riguarda il suo ambito di azione. Mentre in un primo momento la Corte Costituzionale e il Tribunal Supremo l'hanno applicata al rapporto di lavoro, questo orientamento è stato successivamente modificato, limitando il suo campo di azione, il che dà l'idea che, intuitivamente, il suo contenuto si presta ad essere applicato al diritto del lavoro. In ogni caso, attualmente vi è unanimità nei nostri organi giurisprudenziali nel riconoscere che tale garanzia si applichi solo all'esercizio del potere pubblico, operando come limite all'esercizio dello *ius puniendi* dello Stato. Siamo, insomma, di fronte ad una rigida concezione della presunzione di innocenza, ma una concettualizzazione delle garanzie sanzionatorie come quella che si sta facendo in questo lavoro ci permette di accogliere una concezione ampia, in linea con il primo orientamento dei nostri tribunali e con una certa parte della dottrina che già si è pronunciata in questo senso.

SEDICESIMA.- Inoltre, l'adesione a questa concezione ampia trova un solido sostegno nella giurisprudenza sovranazionale che riconosce l'aspetto materiale del principio della presunzione di innocenza. Questa manifestazione di garanzia si riferisce all'impossibilità di trattare un individuo come se fosse colpevole prima dell'imposizione della sanzione, da cui deriva che se una condotta è suscettibile di essere punita con una pena e una sanzione lavoristica, questo cumulo di misure afflittive dovrebbe essere effettuato in modo tale che in nessun caso il lavoratore debba essere identificato come colpevole di un reato prima che la giurisdizione specializzata concluda in tal senso. Di conseguenza, la presunzione di innocenza nel suo aspetto materiale è parzialmente integrata nel campo di applicazione delle sanzioni lavoristiche, andando oltre il loro contenuto tradizionale.

DICIASSETTESIMA.- Al di là di questo contenuto materiale, la presunzione di innocenza ha un contenuto procedurale in cui trova il suo consueto terreno di gioco come regola probatoria. Mantenendo questo ruolo, la presunzione di innocenza è stata parzialmente incorporata nella normativa lavoristica, sancendo l'inversione delle posizioni procedurali delle parti, motivo per cui non possiamo qualificare questi precetti come mere manifestazioni giuridiche. Queste norme riaffermano l'uso del meccanismo sanzionatorio, introducendo nel procedimento una verità provvisoria riferita

all'innocenza del lavoratore, che il datore di lavoro deve ripristinare se intende ottenere una convalida della sanzione irrogata. Sono, in breve, manifestazioni della presunzione di innocenza che operano nell'ambito sanzionatorio. Il fatto che il contenuto di queste norme entri in gioco al momento del controllo giurisdizionale della sanzione non preclude tale conclusione, poiché con esse si considera illegale l'imposizione di qualsiasi sanzione in cui non si stato possibile falsare questa verità provvisoria. Di conseguenza, lo stesso *standard* deve essere soddisfatto al momento dell'imposizione della sanzione da parte del datore di lavoro, poiché non è possibile che la stessa misura sia considerata valida o invalida a seconda che il lavoratore svolga o meno una condotta attiva di contestazione legale.

Tuttavia, la presunzione di innocenza come regola probatoria va oltre questi riconoscimenti legali. Pertanto, per imporre la sanzione, deve essere effettuata una verifica minima dei fatti commessi, ritenuta valida da un punto di vista oggettivo; cioè, deve essere credibile nella sua forma e nel suo contenuto per poter procedere a servire come base della sanzione, consentendo l'appropriato contraddittorio del lavoratore. Questa possibilità di contraddittorio è di straordinaria importanza, perché per rispettarla è indispensabile introdurre un semplice meccanismo procedurale attraverso la chiamata all'udienza del lavoratore - la contestazione - che prevede la possibilità di difesa dopo aver esaminato le prove del datore di lavoro. Questa chiamata all'udienza rende il nostro ordinamento giuridico pienamente rispettoso della Convenzione 158 dell'OIL, che stabilisce in modo concreto e diretto di dare al lavoratore l'opportunità di difendersi.

Per il resto, la prova che si pratica in questo momento deve essere rispettosa dei diritti fondamentali e conforme alla legge, perché altrimenti non potrà accedere al processo per l'irrogazione della sanzione, così come tutti gli elementi probatori che derivano da questa. È anche possibile che questa prova si configuri come una prova di indizi, ma deve essere incorporata nel procedimento sanzionatorio secondo lo *standard* di ammissibilità proprio del regime civile, senza dover rispettare il rigido schema penale di ammissione delle prove, che condurrebbe a una stagnazione del rapporto giuridico privato in cui si sviluppa.

DICIOTTESIMA.- La valorizzazione probatoria è un processo che è totalmente disconnesso dal diritto fondamentale alla presunzione di innocenza, che ha però una stretta connessione con esso. Nonostante la più che comprensibile confusione suscitata, la valutazione della prova in campo disciplinare lavoristico non è influenzata dal principio

in dubio pro operario, in quanto questo principio tradizionale, pilastro fondamentale del diritto del lavoro, ha un contenuto limitato all'interpretazione normativa completamente indipendente da considerazioni di fatto. Ma questo non implica che nel diritto del lavoro sia proibito avere un contenuto simile. In effetti, il non considerare un fatto commesso come conseguenza di nutrire dubbi sulla sua esistenza alla luce delle prove (contenuto del principio penalistico tradizionale *in dubio pro reo*) si concretizza nell'ambito lavoristico attraverso le norme che determinano l'inapplicabilità della sanzione quando l'inadempienza imputata non è accreditata.

DICIANNOVESIMA.- Il gioco della presunzione di innocenza in ambito lavoristico conduce allo studio di varie situazioni che si verificano quando il lavoratore ha posto in essere una condotta punibile in ambito sociale e penale. Quindi, anche se il lavoratore sarà sospeso dal contratto di lavoro mentre è privato della libertà a causa del versante materiale della presunzione d'innocenza, questa decade quando, successivamente, venga condannato mediante una sentenza definitiva di privazione della libertà e tale sentenza venga eseguita.

In queste situazioni, è evidente che il contratto di lavoro viene rescisso. Ma questa estinzione è una conseguenza diretta dell'impossibilità di prestare il servizio per la risoluzione giudiziaria finale che ordina la privazione della libertà del lavoratore, ponendoci di fronte a una estinzione per *factum principis* come causa equiparabile alla forza maggiore. Pertanto, è necessario scartare le posizioni che ritengono che questi casi siano riconducibili a ripetute e ingiustificate assenze dal posto di lavoro (perché la privazione di libertà costituisce una realtà impeditiva dell'erogazione del servizio che fa sì che le assenze di partecipazione non siano da considerarsi involontarie), o alla figura delle dimissioni (perché non vi è una volontà inequivocabile di estinguere il contratto). Allo stesso modo, la mancata comunicazione della privazione della libertà personale al datore di lavoro non può considerarsi causa di estinzione per violazione della buona fede contrattuale, in quanto in questi casi vi è una evidente impossibilità di comportarsi secondo le norme di comportamento ordinarie, data la prossimità dell'esecuzione della sentenza penale.

VENTESIMA.- Il principio della presunzione di innocenza può svolgere un ruolo anche nei casi in cui venga imposto un procedimento giudiziario parallelo (penale e del lavoro), dal momento che entrambi possono essere ricondotti. Quindi, in primo luogo il Tribunale del lavoro sarà vincolato dalla dichiarazione di colpevolezza che risulta dal

procedimento penale (non così per l'assoluzione), vincolo che si applicherà anche per quanto riguarda i fatti provati nel procedimento penale, in virtù del principio di intangibilità delle decisioni giudiziarie definitive. Tuttavia, questo vincolo non funziona quando si verifica la situazione contraria: quando il procedimento del lavoro viene risolto per primo e i fatti in esso comprovati sono destinati ad essere trasferiti al processo penale. Inoltre, anche quando si impugna il processo del lavoro, la fermezza della risoluzione penale può essere di importanza decisiva per la risoluzione del caso, perché i fatti comprovati possono essere incorporati nella giurisdizione penale attraverso il processo della incorporazione documentale nel procedimento, a condizione che vengano soddisfatti gli altri requisiti necessari a tal fine.

Infine, il trattamento parallelo dei procedimenti può portare a situazioni in cui una risoluzione definitiva del conflitto di lavoro può essere contraddetta da una sentenza penale che è divenuta definitiva. In questo caso, è aperto solo il ricorso eccezionale di revisione delle sentenze definitive per ragioni tassative, tra le quali va sottolineata l'inesistenza del fatto o la mancata partecipazione del lavoratore. Sebbene la giurisprudenza attuale ritenga che tali circostanze possano essere apprezzate nella procedura di riesame del lavoro solo quando il processo penale si sia concluso con una sentenza o un'ordinanza di libera archiviazione (e a condizione che includano espressamente l'inesistenza del fatto o la mancata partecipazione del lavoratore), l'aspetto materiale del principio della presunzione d'innocenza, così come configurato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, induce a una nuova comprensione di questa dottrina. Questa modifica consentirebbe la revisione della sentenza, indipendentemente dal motivo della revisione, e qualunque sia la risoluzione con cui si conclude il procedimento, a condizione che il lavoratore non sia stato condannato penalmente. Il mantenimento della dottrina tradizionale, convalidando la risoluzione finale del lavoro, significa consacrare la colpevolezza del lavoratore senza che sia stata adeguatamente provata nella giurisdizione specializzata e competente a tal fine.

VENTUNESIMA.- La proporzionalità ha un ruolo fondamentale nello studio della validità della sanzione del lavoro imposta, poiché può opporsi a diverse figure giuridiche che direttamente o indirettamente la contengono: lo stesso principio di proporzionalità in senso stretto, la reiterazione o recidiva, e infine, il principio del *ne bis in idem*.

VENTIDUESIMA.- Il principio di proporzionalità *stricto sensu* è inerente al sistema sanzionatorio, basato sulla legittimazione da parte dello Stato al potere

disciplinare del datore di lavoro. Lo Stato non può legittimare ogni posizione di potere, ma solo quella che rispetti i parametri costituzionali, tra cui rileva la necessità che la sanzione che ne deriva sia proporzionata. E questa proporzionalità si deve valutare sia al momento della configurazione della sanzione, sia al momento della sua imposizione. Per quanto riguarda la configurazione delle sanzioni, il requisito della proporzionalità deve rispettare il ruolo che l'ordinamento giuridico attribuisce al legislatore e negoziatori dei contratti collettivi per configurare le sanzioni, dal quale risulta che, per apprezzare una sproporzione astratta nel precetto sanzionatorio stesso, questa deve darsi in modo palese ed eccessivo. E, analogamente a quanto avvenuto nel caso di errata conformazione del precetto sanzionatorio per violazione del principio di legalità, nel caso in cui la norma sanzionatoria non sia proporzionale, procederà l'eventuale richiesta di responsabilità extracontrattuale da parte di tali soggetti.

Ma la più grande manifestazione del principio di proporzionalità si ha al momento dell'imposizione della sanzione. Sebbene questo requisito sia stato tradizionalmente mantenuto nell'analisi del comportamento commesso, qualificandone il livello di gravità e attribuendogli le conseguenze giuridiche ad esso inerenti, tale concezione si deve superare per consentire anche il controllo della proporzionalità della sanzione, della conseguenza giuridica stessa (e non solo della condotta che ne è all'origine). Analogamente a quanto già detto a proposito del ruolo dei configuratori della sanzione, anche in questo ambito il controllo di proporzionalità dovrà essere prudente per non invadere l'ambito di competenza aziendale, in modo tale che si possa dire che una sanzione è giuridicamente riprovevole come sproporzionata se è del tutto irragionevole in base alle circostanze concomitanti, il che obbliga ad una valutazione casistica della stessa. In tal modo, avizzeremo in una concettualizzazione della proporzionalità del lavoro in tutti i suoi aspetti, rispettando il ruolo del datore di lavoro nella sua imposizione.

VENTITREESIMA.- L'assunzione del controllo della proporzionalità della sanzione implica ammettere la possibilità che sia valutata la reiterazione o la recidiva in senso tecnico, al di là della sua concezione classica come presupposto fattuale che integri una nuova e più grave sanzione. Pertanto, la commissione di sanzioni reiterate può essere presa in considerazione al fine di classificare l'ultima infrazione commessa in modo più grave rispetto alle precedenti, indipendentemente dal fatto che si tratti di una possibilità esplicita o meno nei contratti collettivi applicabili, a condizione che ciò non vada oltre il quadro astratto tipizzato dalla norma per quella specifica condotta, rispettandone così il

principio di tipicità. Un regime giuridico completo che preveda tale possibilità non dispone, tuttavia, di una clausola che consenta di valutare da quale momento in poi si possa comprendere che l'ultima sanzione è scollegata dalle precedenti, come previsto dall'ordinamento giuridico italiano.

VENTIQUATTRESIMA.- Il principio del *ne bis in idem* è stato generalmente applicato nel settore delle sanzioni del lavoro, anche se come principio generale del diritto, e non come principio costituzionale derivato dai principi di legalità e proporzionalità, che permette di avere un contenuto più ampio e sviluppato una volta che si assume quest'ultima possibilità. In questo modo, il principio di proporzionalità assume un'importanza speciale perché ammette la duplicazione di procedure o sanzioni, a condizione che materialmente le due punizioni inflitte possano essere viste come una risposta unitaria dell'ordinamento giuridico, e non come un'autentica dualità sanzionatoria, che è ciò che tale principio vieta. Sulla base di questo contenuto, il principio del *ne bis in idem* porta a considerazioni diverse a seconda di ciascuno gruppo di casi che si possono presentare.

In primo luogo, si deve analizzare il concorso di una sanzione penale e una sanzione del lavoro, che può verificarsi contemporaneamente o successivamente. Nell'imposizione successiva di sanzioni siamo di fronte ad un problema di proporzionalità in senso materiale, cioè se sia possibile che entrambe si cumulino formando una risposta unitaria del sistema giuridico, tenendo conto della evidente complementarità di entrambe le procedure quando si impongono sanzioni di natura diversa. Se dall'insieme delle circostanze concomitanti si ritiene che le sanzioni definitivamente irrogate siano complementari, tale giudizio sarà superato. Altrimenti, prima di ritenere che il principio del *ne bis in idem* è stato violato con la seconda sanzione, sarà necessario valutare se, nella sua imposizione, è stato introdotto un criterio compensativo del livello di afflizione della prima; cosa difficile considerando la diversa natura di ogni sanzione, sebbene possa essere possibile quando concorrono la sanzione dell'ammenda e la sanzione della sospensione del rapporto di lavoro e della retribuzione.

Nell'imposizione simultanea di sanzioni, oltre al problema materiale sopra descritto, che ritroviamo anche qui, abbiamo un ulteriore problema di natura procedurale, perché il datore di lavoro non può imporre la sanzione finché la giurisdizione penale non si pronuncia, il che ci può porre pienamente di fronte all'eventuale prescrizione del potere sanzionatorio. In queste complesse situazioni, il termine di prescrizione inizia nel

momento in cui il datore di lavoro ha piena conoscenza dei fatti, sia durante l'elaborazione del procedimento penale o fino alla sua conclusione. Data l'evidente incertezza giuridica che ciò comporta, il datore di lavoro può notificare al lavoratore la sua volontà di sanzionare fin dal momento in cui il fatto è stato commesso, anche se attende di ricevere una formazione completa sull'accaduto. Nel frattempo, può adottare misure precauzionali per garantire l'efficacia della sanzione, che saranno obbligatorie quando siano necessarie per garantire la sicurezza e la salute dei lavoratori che possono essere danneggiati sul luogo di lavoro.

D'altra parte, l'imposizione di due sanzioni del lavoro deve seguire gli stessi criteri, pur tenendo presente che entrambe devono essere imposte per gli stessi fatti, presi in considerazione a partire da quelli che il precetto sanzionatorio considera rilevanti. Quindi, se le diverse manifestazioni del potere disciplinare sono la conseguenza di una stessa risposta normativa frammentata in due atti consecutivi, il principio del *ne bis in idem* non può essere considerato violato. Ciò è rilevante, soprattutto perché ne consente l'applicazione a situazioni in cui il datore di lavoro revoca una sanzione per imporne una diversa. In questi casi, se la seconda sanzione è più leggera della prima, questo principio non si intende violato, dato che entrambe le manifestazioni del potere sanzionatorio sono una sola, il che non viola il principio di proporzionalità alla base del *ne bis in idem*. Ma evidentemente si dovrà giungere a una diversa conclusione in caso contrario, nell'ipotesi di maggiore gravità della seconda sanzione.

Né si può ritenere che il diritto del lavoro non violi in alcun modo il principio del *ne bis in idem*. Ciò si verifica in due casi problematici: da un lato, nell'ipotesi che il giudice autorizzi il datore di lavoro a imporre una nuova sanzione. Tale potere non si può considerare lesivo del principio del *ne bis in idem* perché il secondo atto disciplinare deve essere considerato parte dello stesso esercizio del potere sanzionatorio mediante il quale si assicura, appunto, che la sanzione sia proporzionata. Lo stesso vale per le possibilità di rettificare casi di licenziamento disciplinare improprio per vizi formali. È chiaro che queste nuove sanzioni si limitano ad una correzione di tali vizi, senza entrare nel loro contenuto sostanziale e, di conseguenza, senza che possano essere considerate in alcun modo come un doppio esercizio del potere sanzionatorio aziendale.

VENTICINQUESIMA.- Nelle sanzioni del lavoro imposte perché la condotta del lavoratore ha portato ad un determinato risultato dannoso per l'interesse aziendale, dobbiamo andare oltre il tradizionale sistema di causalità finora utilizzato (causalità

naturale), per accogliere il meccanismo di imputazione che opera in altri rami dell'ordinamento giuridico, consistente nell'apprezzare l'esistenza di imputazione tra azione e risultato su un doppio piano: imputazione oggettiva e imputazione soggettiva.

VENTISEIESIMA.- L'imputazione obiettiva è predicata in due varianti: l'imputazione obiettiva per commissione e l'imputazione obiettiva per omissione. La prima si basa su un doppio giudizio, vale a dire la creazione di un rischio giuridicamente non consentito e la concretizzazione di tale rischio nel risultato. In questo modo, le azioni del dipendente devono aver creato un rischio che potrebbe eventualmente ledere l'interesse aziendale e che, secondo la normativa sanzionatoria, si ritiene vada oltre il rischio inerente alla prestazione di mansioni lavorative, in conformità con il ruolo svolto dal dipendente e con le sue particolari conoscenze, senza che concorrano circostanze particolari che possano giustificare tale azione come innocua per l'interesse aziendale o addirittura che si sia verificata nell'interesse della tutela di tale interesse.

Ma non è sufficiente che l'azione dell'individuo crei questo rischio, ma deve anche concretizzarsi nel risultato, che ci pone di fronte alla problematica dei nessi causali, in cui il rischio legalmente disapprovato dal lavoratore concorre con altri di terze parti, o anche del datore di lavoro stesso. Inoltre, il rischio del lavoratore potrebbe non giustificare il risultato creato, in modo tale da dover essere imputato ad un mero incidente. Per valutare quando il rischio si concretizza nel risultato, si deve esprimere un giudizio intuitivo su quando l'azione del soggetto provoca un cambiamento nelle circostanze preesistenti, di entità tale che il risultato possa essergli attribuito.

Per quanto riguarda l'imputazione oggettiva per omissione, dobbiamo iniziare circoscrivendo la nostra analisi, in quanto lascerà da parte le tipologie che prevedono sanzioni per mere omissioni, perché il loro studio deve essere condotto secondo i parametri indicati. Al contrario, ci occuperemo della situazione particolare che si verifica quando un'omissione è considerata così onerosa da giustificare una sanzione come se fosse stata commessa attivamente. Ciò è noto come commissione per omissione. Queste situazioni, questo particolare disvalore che consente di considerare un'omissione equivalente a una condotta attiva, è giustificata dalla particolare posizione che un soggetto ha rispetto al bene protetto che gli era stato affidato; cioè, per l'obbligo di garanzia che potrebbe essere la causa del danno.

Questo obbligo di garanzia ha origine nel datore di lavoro, in qualità di titolare dell'organizzazione aziendale, anche se successivamente viene delegato ai suoi dipendenti, a seconda dei compiti affidati a ciascuno di essi. Tuttavia, ciò non vuol dire che il datore di lavoro sia esonerato dall'obbligo di garanzia, bensì che questo si trasforma in un dovere di vigilanza e intervento nei confronti del lavoratore, che ora è responsabile dell'esecuzione diretta di tale dovere. Tuttavia, affinché questa delega sia valida, deve avvenire liberamente, cioè senza abusi della posizione aziendale, poiché l'attenuazione dell'autonomia del lavoratore nell'assunzione delle sue mansioni lavorative non ostacola in alcun modo la libera assunzione dell'obbligo di garanzia. Allo stesso modo, la delega deve essere possibile, il che giustifica che il lavoratore deve essere obiettivamente preparato ad assumerla.

VENTISETTESIMA.- D'altra parte, per quanto riguarda l'imputazione soggettiva, questa si identifica con un rimprovero dell'azione commessa nei confronti del soggetto, e a questo personalmente attribuita. In questo senso, un'infrazione si considera riprovevole se commessa con dolo (conoscendo le conseguenze dell'azione e, comunque, realizzandola) o con negligenza (non adempiendo ai doveri di diligenza richiesti al lavoratore). Questo giudizio deve essere individuale e non è influenzato dal danno causato dal risultato prodotto, che può essere preso in considerazione, a seconda dei casi, come criterio di valutazione della proporzionalità della sanzione da parte del datore di lavoro.

Infine, va rilevato che un'interpretazione congiunta degli attuali articoli 54.1 e 58 ET consente di affermare che il licenziamento disciplinare, quale sanzione più grave nei confronti della sfera giuridica del lavoratore, richiede una particolare colpevolezza, dato che questo concetto compare solo nel primo dei precetti citati. Pertanto, oltre a una serie di colpe, un licenziamento disciplinare può essere eseguito solo quando le azioni del lavoratore siano state commesse dolosamente, conoscendo e volendo le conseguenze delle sue azioni.

ANEXO I.- INTRODUCCIÓN

La rama social del Derecho surge como una especialidad jurídica que tiene por objeto la prestación de trabajo, pero también la dimensión humana en la que ésta se desenvuelve, habida cuenta de que es inescindible de ella. Cuando el trabajador presta las tareas para las que ha sido contratado, según nos dice la literatura clásica, se *está dando a sí mismo*, porque no puede separar su prestación de su propia persona⁷⁸⁹. Por ello, si bien encuentra su origen en el Derecho civil, su particular objeto hace que se configure como un Derecho especial respecto a él, sin perjuicio de guardar íntimas conexiones, lo que explica el papel subsidiario que tiene el Derecho común en la actualidad (art. 4.3 CC)⁷⁹⁰. Pero, más allá de estos anclajes con el Derecho civil, dada la multiplicidad de conflictos que el Derecho del trabajo debe solventar, desarrolla sus propios institutos jurídicos cuando son necesarios, o bien adopta construcciones que se pueden ver en otras ramas del ordenamiento si sirven al mismo fin. Manifestación de la singularidad del Derecho laboral es, por ejemplo, la instrumentalización de la representación colectiva de los agentes sociales, pero también están presentes mecanismos importados de otros sistemas, como pudiera ser el Derecho administrativo, con amplio juego en lo relativo al empleo público, así como en la regulación de instituciones públicas que sirven a la protección del trabajador (FOGASA, Inspección de Trabajo y Seguridad Social, o Administración laboral).

Uno de los aspectos provenientes de otros sectores del ordenamiento jurídico, y que no ha tenido un recorrido doctrinal tan amplio en nuestra doctrina (sin perjuicio de la presencia de obras de capital importancia como son las de CREMADES o FERNÁNDEZ LÓPEZ⁷⁹¹) ha sido el poder disciplinario. En efecto, de forma constante se ha considerado que este poder no constituye una manifestación original propia del ámbito laboral, sino que es reflejo de institutos jurídicos incorporados a ella. En el origen de esta incorporación se ha mirado al régimen civil. El poder disciplinario sería, de esta forma, uno de los instrumentos que el sistema obligacional pondría a disposición de la parte acreedora -del

⁷⁸⁹ SINZHEIMER, H (trad. LISO, F.) “La democratizzazione del rapporto di lavoro” en *Giornale di Diritto del lavoro e di relazioni industriali*, Franco Angeli Editore, n° 2, 1979, pp. 220-223.

⁷⁹⁰ GARCÍA BECEDAS, G. *Introducción al Derecho español del trabajo. Caracteres y fundamento*, Civitas, 1993, pp. 245-246.

⁷⁹¹ CREMADES SANZ-PASTOR, B. M. *La sanción disciplinaria en la empresa (estudio de la responsabilidad disciplinario-laboral del trabajador)*, Instituto de Estudios Políticos, 1969; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, 1991.

empleador- para asegurar la prestación debida. Y ciertamente, el poder disciplinario es un instrumento derivado del contrato de trabajo que sirve a tal fin. Pero no es sólo eso. También constituye un régimen sancionador y, en consecuencia, la manifestación más intensa de la distribución del poder en el seno de la empresa. Sanción y poder.

De un lado, en cuanto poder, hablar de las sanciones laborales es hablar de democracia. Más concretamente, de democracia industrial, definida como los procedimientos de toma de decisiones de índole económica que se lleva a cabo en las empresas. Este concepto de democracia posee una doble perspectiva: primero, la perspectiva externa, que trata sobre la participación en la política económica de la empresa⁷⁹²; y segundo, la perspectiva interna, que es la relevante a los efectos de este trabajo. En efecto, la democracia industrial interna versa sobre la estructura de poder en la empresa, sobre la distribución del poder empresarial inherente a la relación laboral dentro de una sociedad capitalista⁷⁹³. En la medida en que el poder disciplinario es la máxima y más singular expresión del poder empresarial, su propia configuración nos indica cómo se distribuye el poder dentro de la empresa, distribución del poder que nuestro Estado reconoce y legitima, lo que hace que nunca pueda llegar a tener prerrogativas ilimitadas por parte del sujeto dominante en la relación. Ciertamente, los condicionantes que deba cumplir el empleador para imponer una medida disciplinaria, manifestaciones de la restricción que sufre en su poder disciplinario inicialmente ilimitado, nos muestra cómo se divide el poder en la empresa, hasta qué punto se puede calificar como democrático el sistema laboral implantado en nuestro modelo social⁷⁹⁴.

⁷⁹² Sobre la perspectiva externa de la democracia industrial pueden verse, ampliamente, VALDÉS DALRÉ, F. "Democracia industrial en Europa: balance de un debate" en AAVV. *Estudios de Derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, 1980, pp. 487-521; POOLE, M. *Hacia una nueva democracia industrial: la participación de los trabajadores en la empresa*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995.

⁷⁹³ GARCÍA BECEDAS, G. *Democracia y relaciones laborales: (programación nacional, política de inversiones y contrato de trabajo)*, Akal, 1982, p. 53. Véase también, haciendo referencia a esta perspectiva interna pero prescindiendo de tal nomenclatura, APARICIO TOVAR, J; BAYLOS GRAU, A. "Autoridad y democracia en la empresa" en AAVV (dirs. APARICIO TOVAR, J; BAYLOS GRAU, A). *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, 1992, pp. 9-15.

⁷⁹⁴ La democracia económica, que engloba a la democracia industrial, requiere una alta dosis de libertad respecto al poder económico que ostenta la empresa. Véase SINZHEIMER, H. *Op.cit.*, pp. 232-233. Es precisamente este fenómeno el que acontece cuando el empresario debe cumplir un mayor número de requisitos para sancionar al trabajador, requisitos que derivan de las propias garantías que el ordenamiento pone a su disposición simplemente por ser sobre quien se impone una medida sancionadora.

De otro lado, en cuanto sanción, el poder disciplinario incorpora connotaciones que lo alejan del sistema civil para adentrarse en un régimen distinto. Aunque el poder disciplinario es consecuencia del contrato de trabajo (si bien proviene de una realidad sociológica previa a su perfección), más allá de la fuente de la que emana su estructura es en realidad un claro reflejo de medidas similares que en nuestro ordenamiento jurídico constituyen auténticas sanciones. El ejemplo más claro es el sistema penal, donde al carácter de sanción se incorporan las connotaciones propias del ejercicio del *ius puniendi*. Las consecuencias jurídicas previstas en el orden penal no son únicamente sanciones, sino *penas* en cuanto incorporan la manifestación pública en su imposición. Más allá de esta particularidad, el instituto jurídico es el mismo que en el régimen sancionador laboral. Las penas son sanciones, al igual que las que se imponen en Derecho del trabajo, con la diferencia de que las primeras son impuestas por un órgano público, mientras que las segundas lo son por parte de una de las partes del contrato, por un particular. En fin, el poder disciplinario es un sector del ordenamiento laboral que incorpora construcciones de otras ramas jurídicas y, más concretamente, tanto del régimen civil como del sancionador, perspectiva esta última que, sorprendentemente, se ha visto huérfana de un amplio desarrollo sistemático y doctrinal.

Es, precisamente, este vacío doctrinal el que se pretende colmar con el trabajo que se presenta. Los estudios relativos al poder disciplinario se han centrado en su régimen civil, reivindicando su vertiente privada y relegando su carácter sancionador a un segundo plano. Pero no se pueden entender las sanciones empresariales sin complementar esta visión con su carácter sancionador, sin tomar en consideración de forma conjunta su “vertiente privada” y su “vertiente pública”. La prueba de que un análisis de este tipo es necesario en la doctrina española nos la ofrecen las bases de datos donde se muestra la cruda realidad en forma de procedimientos judiciales. Insistentemente se vienen aplicando de forma disgregada garantías sancionadoras a las sanciones de trabajo, de un modo confuso y sin seguir un orden sistemático claro, lo que hace necesario arrojar algo de luz a tan difícil situación desde una perspectiva científica, explicar cómo las garantías sancionadoras se aplican y, sobre todo, por qué. Un análisis complementario de este tipo, centrado en la parte más desatendida de las sanciones de trabajo pero sin descuidar la naturaleza privada de la sanción, es algo novedoso en nuestra doctrina científica. A pesar de encontrarnos en un tema de investigación clásico, esta perspectiva modifica el enfoque

identificando un prisma desde el que no se había mirado anteriormente, arrojando nuevas pautas e intentando ofrecer conclusiones aplicables.

Este estudio, en fin, trata de reabrir un debate que creíamos agotado, planteando alternativas que nos permiten salir del camino marcado por la influencia del Derecho común. Se trata de ampliar la perspectiva de análisis, de oxigenar una discusión lastrada por los lugares comunes donde acababan las rutas marcadas por la casi única dimensión *iusprivatista*. Como dijo ALAIN SUPIOT al hablar del trabajo del jurista, “*si hay las líneas precisas, es posible olvidar a quienes las trazan, y apostar todo en los espacios que dibujan, o incluso contravenir las reglas del juego para tratar de ganar. Cabe asumir el riesgo. A eso se le llama libertad*”⁷⁹⁵. Pero no se puede ganar a cualquier precio, ya que es irrenunciable el rigor científico y el operar conforme a las pautas de la disciplina jurídica. Con ello presente, el avance que se persigue sobre el objeto de la investigación parte de la necesaria influencia de sectores ajenos al ámbito laboral, que nos permite abrir estos horizontes, adquirir los conceptos y conocimientos que aseguran integrar las lagunas que, por su propia naturaleza, el Derecho del trabajo necesita colmar. De ahí el necesario desarrollo multidisciplinar que contiene este estudio, y que representa una de mis principales pautas metodológicas, que influye en su resultado final.

En este contexto, y con la mirada puesta en estos objetivos, el trabajo se divide en dos partes bien diferenciadas. En la primera de ellas, que abarca los dos primeros capítulos, se dejan sentadas las premisas metodológicas que habilitan al desarrollo pormenorizado de las garantías que se lleva a cabo posteriormente. Y ya desde el primer capítulo se puede apreciar el contenido transversal y multidisciplinar del trabajo. Así, el inicio de la investigación se centra en analizar el origen y naturaleza del poder disciplinario, para lo que será ineludible traer a colación la importantísima obra de H.L.A. HART⁷⁹⁶ a efectos de identificar dicho poder con una sanción y con un derecho subjetivo, sustentando dicha proposición en los mimbres que nos ofrece la Filosofía del Derecho. Ello nos permitirá examinar los pormenores de este régimen dual, así como la posibilidad de que sea compatible con el sistema civil de responsabilidad contractual dentro del Derecho del trabajo, lo que, como veremos, resulta de difícil viabilidad. El segundo

⁷⁹⁵ SUPIOT, A. *Crítica del Derecho del trabajo*, Presses Universitaires de France, 1994 (trad. GIL Y GIL, J.L., Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996), p. 299.

⁷⁹⁶ HART, H.L.A. *The concept of law*, Oxford University Press, 1961 (trad. CARRIÓ, G.R. Ed. Nacional, 2ª edición reimpressa), 1980.

capítulo, por su parte, centra el estudio en las propias garantías sancionadoras; como la gran mayoría de ellas están consagradas como Derechos fundamentales, deviene imprescindible desarrollar la teoría de la vinculación horizontal inmediata de estos Derechos; es decir, comprobar si pueden (y, en su caso, cómo) ser extrapolados a una relación jurídico-privada como es la relación laboral. De esta forma, como se intentará demostrar, las garantías públicas tradicionalmente penales deberán ser aplicadas al ordenamiento privado, si bien pasando por el tamiz de la vinculación horizontal a fin de acomodarlos a la propia naturaleza y estructura de la relación de trabajo.

Sentadas las premisas metodológicas, la segunda parte del trabajo, que agrupa los cuatro últimos capítulos, aborda cada una de las principales garantías sancionadoras y, sustentados en las consideraciones anteriormente desarrolladas, trata de elaborar un cuerpo doctrinal sólido que atienda a la verdadera naturaleza de las sanciones laborales y de las garantías sancionadoras. En este sentido, se analizará tanto cómo debe configurarse una sanción laboral, así como el modo en que debe imponerse por el empleador, atendiendo a las exigencias que derivan de los principios de legalidad (Capítulo III), presunción de inocencia (Capítulo IV) y proporcionalidad y *non bis in ídem* (Capítulo V). Mención especial merece la exigencia de proporcionalidad, ya que es la única que se aparta parcialmente de la metodología ya expuesta, por no derivar directamente de un Derecho fundamental. Con todo, ello no impide que se pueda realizar una operación análoga a la que se lleva a cabo en el resto de garantías, toda vez que se trata de una exigencia derivada de la configuración básica de nuestro Estado⁷⁹⁷. De hecho, el papel mediador del Estado resulta fundamental para permitir en nuestro ordenamiento las sanciones laborales: se reconocen y legitiman por parte del Estado, pero siempre de conformidad con sus principios y valores constitucionales.

El último Capítulo del trabajo (Capítulo VI) versa sobre la necesidad de introducir en el ámbito disciplinario laboral la teoría de la imputación objetiva. El contenido de este capítulo se aleja en parte de los precedentes porque no hace referencia a una garantía *stricto sensu*, sino al modo en que un resultado dañino para la empresa puede imputarse a la conducta del trabajador entendiendo que éste ha cometido una falta y que, por ello, debe serle impuesta una sanción. Nos alejamos del ámbito de las garantías pero, en la

⁷⁹⁷ Configuración básica que se desprende de los artículos 1.1 y 10.1 CE. Como es sabido, el primero de estos preceptos establece el carácter de Estado social y democrático de Derecho, mientras que el segundo hace referencia a la dignidad de la persona como uno de los fundamentos básicos del orden político y de la paz social.

medida en que se trata de un aspecto de las sanciones laborales que carece de cualquier tratamiento doctrinal, queda perfectamente justificada su aportación en este estudio a efectos de ofrecer una visión completa de cómo debería ser impuesta una sanción laboral. Con todo, baste destacar ahora que, aunque pudiera considerarse caprichosa, la eventual aplicación de la teoría de imputación objetiva en las sanciones laborales deriva de la necesidad de desarrollar una teoría de imputación propia y singular en este ámbito, al igual que ha sucedido en otros sectores del ordenamiento, como es el caso de la responsabilidad civil extracontractual.

Por lo demás, conviene apuntar que el contenido ofrecido en este trabajo no resulta totalmente novedoso o creativo en sus bases conceptuales y aplicativas, tomando como guía adecuada para su desarrollo las pautas disponibles vía legal y judicial, si bien integradas y relacionadas de una forma parcialmente original. En efecto, como se ha indicado anteriormente, en la práctica judicial se reconoce que las sanciones laborales quedan investidas de ciertas manifestaciones de las garantías antedichas. De hecho, algunas de ellas cuentan con preceptos legales que las reconocen. Pero se trata de manifestaciones parciales que ofrecen una visión incompleta de estas garantías y de su adecuación a la sanción laboral como categoría dogmática. Se habla de tipicidad, proporcionalidad, presunción de inocencia, aun cuando se desconoce hasta dónde alcanzan estas garantías con exactitud, o por qué deben aplicarse. El objetivo primario, pero esencial, de este estudio es lograr una elaboración dogmática coherente en virtud de un método claramente inductivo, a partir de las parciales manifestaciones que podemos encontrar de los mecanismos sancionadores inherentes al poder disciplinario empresarial para llegar a una construcción sólida. El resultado es la caracterización de la sanción como tal, lo que permite sentar premisas que finalizarán con una adecuada comprensión de las garantías, indicándonos hasta dónde se debe llegar y, de conformidad con este desarrollo, qué debe añadirse o modificarse en el orden jurídico-laboral para ofrecer un total y adecuado desenvolvimiento de los principios sancionadores. Dicho de otro modo, hay que entender correctamente la naturaleza de la institución para poder pronunciarse de forma clara sobre las garantías que la rodean y, desde luego, su contenido.

Sólo así se puede interpretar la verdadera importancia de la dogmática. Tal como Platón ponía en boca de Sócrates en el *Menón*, el conocimiento científico se diferencia de una opinión verdadera en el hecho de que el primero está conectado al fundamento, al porqué lógico-ontológico que sustenta la proposición que se realiza. Como consecuencia

de esta conexión, la ciencia es un conocimiento que permanece, mientras que la mera opinión, por más que pueda ser cierta, resulta efímera al no tener fundamento alguno⁷⁹⁸. Así, si bien podemos tener opiniones verdaderas acerca de la aplicación de los principios sancionadores aplicables en el ámbito laboral, sólo una vez que hemos indagado acerca de la naturaleza del poder disciplinario podemos conectar con total garantía los principios sancionadores a este instituto.

Para finalizar, interesa destacar que esta construcción dogmática pretende tener una cierta relevancia en tiempos futuros, sin limitarse a ser una rémora del pasado inaplicable a las nuevas realidades del mundo laboral. Se ha escrito mucho (y bien) acerca de los efectos que las nuevas tecnologías pueden infligir a la relación de trabajo, y más concretamente, a su núcleo básico: a los conceptos de empresario y de trabajador⁷⁹⁹. Si bien es cierto que las nuevas realidades obligan a replantear el modo en que se presta el trabajo, dentro de toda sociedad capitalista un trabajador seguirá siendo un trabajador⁸⁰⁰. Y ello facilita que la dogmática aquí propuesta en materia de sanciones laborales pueda aplicarse en tal contexto, si bien puede ser necesaria alguna pequeña adaptación en el esquema básico trazado como consecuencia, precisamente, de la alteración que las nuevas tecnologías introducen en el modo de trabajar. Ello entronca de forma directa con el efecto facilitador de la conciliación de la vida personal, laboral y familiar que conllevan las nuevas tecnologías, al flexibilizar la prestación laboral (así como, ineludiblemente, con la corresponsabilidad como estadio más avanzado en tal ámbito). El estudio propuesto es consciente de estas circunstancias, planteando esta cuestión en la específica garantía en

⁷⁹⁸ PLATÓN. “Menón” en PLATÓN, *Diálogos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 523.

⁷⁹⁹ A título meramente ejemplificativo, pueden verse TODOLÍ SIGNES, A. *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, 2017; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L. “Plataformas, microworkers y otros desafíos del trabajo en la era digital” en AAVV. (coord. MORA CABELLO DE ALBA, L; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L). *El futuro del trabajo que queremos*, Bomarzo, 2017, pp. 105 y ss.

⁸⁰⁰ Esta argumentación es la que subyace a la posición doctrinal que defiende una cierta modificación de los indicios de laboralidad, pero sin que deba plantearse su alteración. Véanse CRUZ VILLALÓN, J. “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, nº 138, 2017, pp. 13 y ss; CRUZ VILLALÓN, J. “El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo”, *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, nº 83, 2018, pp. 13 y ss. En el mismo sentido, hablando de la pretendida novedad de los documentos de la OIT y del CESE que tratan esta problemática, véase MOLINA NAVARRETE, C. “Esencia y existencia de las relaciones de trabajo y de su derecho en la era digital: ¿y si el futuro estuviera en lo clásico? Al maestro J. Vida Soria, in memoriam”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, nº 432, 2019, p. 8.

que puede ser problemática: en el principio de legalidad. Y se ofrece una solución razonada, coherente con el resto del estudio, y que no supone pérdida alguna del estándar protector del trabajador.

Para concluir esta introducción, tras estas breves reflexiones y consideraciones acerca del objeto de estudio únicamente resta invitar a adentrarse en su contenido. Más allá de las conclusiones finales a las que se llega, se pretende sentar las bases de un debate abierto acerca de un tema que (contrariamente a lo que pudiera parecer) no se muestra totalmente cerrado, replantear viejas ideas y apuntar los fundamentos de otras nuevas; en definitiva, aportar argumentos para replantear el poder disciplinario. Si se cumplen estos objetivos el esfuerzo no será baldío y contribuirá al avance científico y dogmático de elementos estructurales de nuestra disciplina, independientemente de la conformidad con las soluciones concretas que se ofrecen en este trabajo.

ANEXO II.- CONCLUSIONES

PRIMERA.- El poder disciplinario del empleador surge a raíz de la propia estructura de la relación laboral, marcada por la desigualdad de partes de la que se ocupa el Derecho del trabajo. Si bien se precisa la existencia de un contrato de trabajo para que se verifique su concurrencia, no radica exactamente en él su origen, emanando de un haz de facultades que el empleador ostenta simplemente por el hecho de serlo. De esta forma, asumimos la teoría mixta que diferencia entre contrato de trabajo como nexo imprescindible para apreciar su concurrencia, y relación de trabajo, de donde emanan todas las potestades que trascienden de tal nexo, incluyendo el poder disciplinario. A pesar de que esta teoría ha sido calificada como contractualista por acudir al contrato de trabajo para explicar el origen de tal poder, en realidad se trata de una teoría mixta, que aúna esa connotación contractual con otras características propias de la vertiente institucionalista, ajenas al contrato de trabajo. Precisamente en este contenido extramuros del contrato encontramos el poder disciplinario.

SEGUNDA.- Surgiendo de forma originaria de la posición de las partes en la relación de trabajo, la naturaleza del poder disciplinario se explica atendiendo a las propias normas sancionadoras. Así, podemos afirmar que se trata de una figura jurídica que sigue un régimen dual: mientras que desde la perspectiva empresarial se configura como un derecho subjetivo que potestativamente puede ejercitar el empleador, al incidir en la esfera jurídica del trabajador opera como una sanción. Es, en definitiva, el ejercicio de un derecho que inflige un mal a los empleados, al compartir la estructura normativa típica de toda sanción. Este carácter sancionador va inescindiblemente unido a la idea de poder y autoridad que ostenta la parte empresarial.

El poder y autoridad del empresario se pueden situar, de nuevo, en la configuración típica de las relaciones productivas y la nota de desigualdad que contienen. Pero en el ámbito sancionador se puede hablar de una especial subordinación, ya que la propia estructura normativa sancionadora antes aludida hace que esta desigualdad de partes resulte todavía más acentuada, aproximándose a relaciones de derecho sancionador público, respecto a las cuales la única (aunque no menor) diferencia radica en la naturaleza pública o privada del sujeto revestido de autoridad que impone el mal al subordinado.

TERCERA.- Constitucionalmente, el poder disciplinario del empresario encuentra su anclaje únicamente en la libertad de empresa consagrada en el artículo 38 CE, ya que las potestades de organización empresarial incluyen la facultad de sancionar los comportamientos de los empleados que incidan negativamente en la producción. Sin embargo, el derecho de propiedad (art. 33 CE) no puede servir de base que pudiera sustentar tal potestad, ya que este derecho fundamental únicamente protege la apropiación del resultado del proceso productivo, sin incidir en el propio proceso.

CUARTA.- La concepción del poder disciplinario como poder privado permite afirmar que la responsabilidad contractual del trabajador no tiene cabida en el ámbito de las relaciones de trabajo, ni siquiera por vía subsidiaria. Razones históricas así lo aconsejan (en particular, la derogación del artículo 63 LCT/1944, que sí preveía responsabilidad del trabajador por ciertos actos), pero junto a ellas se sitúan razones ontológicas y sistemáticas.

Respecto a las ontológicas, podemos afirmar que la normativa laboral ha recogido el elenco de conductas por las que el trabajador podrá ser objeto de responsabilidad al establecer el régimen disciplinario empresarial, de tal forma que queda excluido total e inequívocamente el sistema de responsabilidad civil contractual, pensado para un tipo de relaciones donde las partes se sitúan en pie de igualdad. Al no darse el mismo tipo de relación en el ámbito laboral, no procede su aplicación subsidiaria.

En cuanto a las razones sistemáticas, podemos comprobar que el ordenamiento jurídico consagra la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones laborales únicamente cuando el sistema sancionador no despliega toda su virtualidad (vulneración de la obligación de permanencia), cuando el destinatario del daño es un tercero, o cuando existe una proximidad tan grande del daño con la propia persona del trabajador que se puede entender que éste debe ser considerado el único responsable. Este último fenómeno se puede apreciar en la responsabilidad que tiene el trabajador por las multas de tráfico que le pueden ser impuestas, en cuyo caso la empresa puede quedar exenta de toda sanción administrativa si entiende que el trabajador es el único responsable de la multa, pudiendo deducirle acciones civiles de responsabilidad.

QUINTA.- La mayoría de garantías sancionadoras son garantías limitativas del poder público que en nuestro ordenamiento jurídico se conceptualizan como Derechos fundamentales. Pero dado que las medidas adoptadas en virtud del poder disciplinario

empresarial también participan del concepto de sanción, éstas también quedan limitadas por aquéllas.

Ahora bien, como tales figuras jurídicas están pensadas como límites al *ius puniendi* estatal, no procede su automática aplicación a la relación privada de trabajo, sino que esta aplicación debe realizarse de tal forma que se amolde su contenido a la relación jurídica en que se desenvuelve. Y ello por virtud (dada la consagración como Derechos fundamentales) de la teoría de la vinculación horizontal inmediata.

SEXTA.- En efecto, razones históricas, sociológicas y jurídicas obligan a pronunciarse en favor de la vinculación horizontal de los Derechos fundamentales como parámetro idóneo para el desenvolvimiento de estas garantías en el ámbito privado. Desde un prisma histórico, porque en su origen los Derechos fundamentales no estaban pensados únicamente para limitar el poder del Estado, sino también para dinamizar las relaciones sociales entre los individuos que están en la base del propio Estado. Desde una perspectiva sociológica, porque en la sociedad actual se difuminan las fronteras entre lo público y lo privado, e incluso se encuentran relaciones de subordinación también entre individuos, de las que es, por cierto, ejemplo prototípico la propia relación de trabajo. Y desde un enfoque jurídico, porque la Constitución que reconoce y consagra los Derechos fundamentales tiene un papel predominante en nuestro ordenamiento jurídico, les concede una fuerza expansiva y una posición prevalente desde la que irradian al ordenamiento en su conjunto, incluyendo al ámbito privado.

Esta vinculación horizontal opera de forma inmediata, es decir, sin necesidad de que interfiera la ley o el juez para facilitar la irradiación del Derecho fundamental en la relación jurídica privada; muy al contrario, se produce de forma directa, sin intermediarios. El ordenamiento privado queda condicionado de forma plena por la necesidad de que en las relaciones subyacentes se respeten los Derechos fundamentales. Ineludiblemente, ésto implica que, a la hora de desenvolverse en el Derecho privado, la garantía iusfundamental choque con otros valores protegidos, de tal suerte que habrá que estudiar en un plano concreto de qué modo se lleva a cabo tal operatividad. Procedimiento que únicamente puede valorarse de forma casuística, en atención tanto a la concreta relación jurídica sobre la que se proyecta el Derecho fundamental, cuanto al propio contenido de cada Derecho fundamental que opere en la relación privada.

SÉPTIMA.- El contenido de cada Derecho fundamental, de cada garantía sancionadora, requiere una valoración casuística que centra el resto del trabajo. Pero todas ellas se proyectan sobre un sustrato común, que es la relación privada de trabajo y, más concretamente, la relación disciplinaria empresarial. Relación que está fuertemente orientada hacia la subordinación del empleado respecto al empleador, lo que justifica una proyección más intensa de estos Derechos fundamentales. Y es que no nos situamos únicamente ante la subordinación propia de todo el Derecho del trabajo, sino que en esta concreta manifestación de la rama social del Derecho podemos hablar de una especial subordinación. No estamos en una relación donde únicamente exista un poder de una parte respecto a la otra, sino que este poder se manifiesta de forma especialmente intensa porque el empleador puede amenazar con un mal que el ordenamiento jurídico le habilita para infligir.

OCTAVA.- La imposición de una sanción sin respetar las garantías que lleva aparejadas aboca a su nulidad, habida cuenta del carácter de Derecho fundamental que tienen. Esta nulidad habrá de ser solicitada al órgano judicial acumulando a tal pretensión la de lesión de un Derecho fundamental, tal como permite la normativa laboral. Precisamente por esta acumulación es por la que el asunto podrá llegar a suplicación y, ante las dificultades para acudir a casación unificadora, posteriormente se podrá instar directamente recurso de amparo sin pasar por el incidente de nulidad de actuaciones. En ese punto finalizará el (posible) recorrido judicial de la sanción empresarial, ya que la falta de gravedad de estas medidas impide su acceso al TEDH.

NOVENA.- El principio de legalidad en el ámbito jurídico-público ha sido trasladado al campo de las sanciones laborales de forma intuitiva, ya que podemos comprobar cómo sus principales manifestaciones han sido adecuadamente establecidas de forma disgregada por la doctrina y las resoluciones de algunos órganos judiciales. Pero ello no es suficiente para una adecuada comprensión del papel que juega la garantía sancionadora dentro de la relación del trabajo. En cuanto mecanismo de protección del sancionado, el principio de legalidad se dota de ciertos presupuestos y exigencias derivados directamente de su contenido iusfundamental, parte del cual no ha sido contemplado en la rama social del ordenamiento.

DÉCIMA.- En primer lugar, el principio de legalidad exige que las normas sancionadoras se establezcan, con carácter general, en una ley o en un convenio colectivo estatutario. Ello desemboca en dos fenómenos en los que conviene detenerse: uno de ellos

de sobrerregulación, donde existe una regulación dual de la sanción laboral; y otro de infrarregulación, donde no son precisamente estos instrumentos los que establecen el precepto en cuestión.

La situación de sobrerregulación se da cuando el convenio colectivo regula conductas ya previamente tipificadas en una ley. En estas situaciones, la norma convencional se considera una precisión del desarrollo legal, de tal suerte que si establece una menor sanción para la misma conducta habrá que estar a ella, sin que se pueda imponer la mayor por aplicación directa de la ley.

En cuanto a la situación de infrarregulación, ésta se produce porque en ocasiones la ley o el convenio colectivo remiten a otros instrumentos jurídicos para su total regulación (normas sancionadoras en blanco). Esta remisión es totalmente viable jurídicamente, aunque la ley o el convenio como fuente principal de la sanción deben establecer el núcleo mínimo de la sanción, de tal forma que no se pueda considerar que la habilitación en estas normas tiene un carácter meramente formal. Esta problemática resulta muy llamativa en lo que hace al establecimiento de los programas de *compliance* en la empresa, donde la práctica habitual es el establecimiento de un sistema sancionador unilateral por parte del empresario. Por sí mismas, estas normas no pueden establecer sanciones, si bien establecen obligaciones que se integran en el nexo contractual como concreción de las más genéricas obligaciones inicialmente asumidas en la relación laboral, lo que habilita para que se pueda acudir al régimen disciplinario general en caso de transgresión.

UNDÉCIMA.- La segunda exigencia del principio de legalidad es un esfuerzo de concreción que se debe llevar a cabo en la configuración de la sanción (mandato de determinación). Este esfuerzo de precisión no debe ser absoluto, sino que admite cierto grado de abstracción propio del lenguaje, de tal suerte que esta indeterminación en el ámbito laboral cristaliza en el posible establecimiento de cláusulas generales (como la transgresión de la buena fe contractual o el abuso de confianza). Estas cláusulas resultan válidas porque no remiten el poder disciplinario al empresario, dejando en sus manos la posibilidad de sancionar toda conducta que estime por conveniente, sino que establecen un mínimo, unas pautas básicas que los hechos cometidos por el trabajador habrán de cumplir si se quieren sancionar. Establecen, en definitiva, un alto grado de indeterminación en la configuración de la sanción, pero esa indeterminación no desemboca en la remisión a la libre discrecionalidad del empresario -cuestión que se

opondría frontalmente al principio de legalidad-, sino a la necesaria acomodación del mandato de determinación al poder disciplinario laboral.

Este mandato de determinación también se encuentra en entredicho por las cláusulas convencionales que en ocasiones se encuentran como cláusula de cierre de los sistemas disciplinarios, permitiendo la sanción de hechos análogos o similares a los que describen previamente. Pero estas normas no abren la posibilidad de admitir la analogía en las sanciones laborales -analogía que resulta prohibida en todo sistema sancionador-, sino que hacen referencia a una posible interpretación extensiva de los preceptos previos. Aun así, adecuadamente calificadas como normas habilitantes de una interpretación extensiva, estos preceptos se oponen frontalmente al mandato de determinación por no incluir el núcleo básico de la conducta prohibida.

Ahora bien, ello no impide que del propio clausulado válidamente consagrado en la norma legal o convencional derive la posibilidad de realizar una *interpretación analógica* (que no una directa analogía), habida cuenta de que en ellos sí se establece este núcleo mínimo, y todas las conductas que se asemejen a ellas -con el límite de compartir el tenor literal del precepto- podrán ser válidamente castigadas. En definitiva, no cabe una sanción por el simple hecho de parecerse a las conductas anteriormente descritas, sin perjuicio de que sí se pueda castigar al trabajador por haber cometido un hecho similar al descrito en un concreto precepto, siempre que comparta con él un injusto similar, siempre que no se salga de su tenor literal.

Con todo, la concreción exigida por el mandato de determinación no siempre tendrá este mismo contenido general. En ocasiones, el convenio colectivo castiga conductas que únicamente se pueden llevar a cabo por el hecho de ser un trabajador del concreto sector al que se aplica dicho texto. Por ello, como se trata de una norma especial para el sector de actividad al que se aplica, el esfuerzo de concreción que tendrán que llevar a cabo los negociadores deberá ser mayor, ya que no están desarrollando una norma general, sino una norma específica que debe dotar de un mayor nivel de garantías y de seguridad jurídica a los trabajadores que se encuentren especialmente sometidos a ella.

DUODÉCIMA.- Del principio de legalidad también deriva la exigencia de tipicidad; esto es, que el aplicador de la norma quede necesariamente vinculado a ella. Por ello, la carta de sanción deberá establecer de forma obligatoria qué concreto precepto se ha aplicado y por qué motivo se sanciona. Asimismo, una vez se haya elegido la norma

aplicable, el empleador deberá elegir una sanción adecuada a la gravedad de dicha falta, de entre las posibilidades que le abre la norma sancionadora. Es decir, si se califica la falta como leve, grave, o muy grave, de forma necesaria habrá que sancionar con una de las sanciones previstas para cada uno de esos niveles de gravedad. En caso de que el empresario elija una sanción diferente, aunque resulte más favorable para el trabajador, habrá vulnerado el principio de tipicidad por no haber aplicado de forma rígida el sistema sancionador previsto normativamente.

DECIMOTERCERA.- La cuarta y última garantía derivada del principio de legalidad es la prohibición de retroactividad de las normas desfavorables. Esta figura jurídica ha sido adecuadamente reconocida por la jurisprudencia social en aplicación del artículo 9.3 CE, si bien en ámbitos que quedan extramuros del poder disciplinario empresarial. Así las cosas, el mismo contenido, derivado de la misma garantía, debe aplicarse a un esquema más acorde al naturalmente pensado para él, como es el sistema sancionador. Por tanto, en aquellos casos en los que durante la imposición de la sanción o su ejecución entre en vigor una ley o un convenio colectivo que modifique el sistema sancionador agravando la conducta castigada, resultará imposible aplicar retroactivamente dicha modificación, por mandato del artículo 25.1 CE. Por el contrario, si la norma que entra en vigor posteriormente resulta más favorable al trabajador, sí podrá llevarse a efecto dicha retroactividad. En efecto, si los órganos configuradores del sistema sancionador entienden que ya no es adecuado castigar una conducta, o resulta adecuado castigarla en un grado menor, habrá que estar a lo que diga la modificación legislativa o convencional, siempre que la sanción no se haya terminado de cumplir o se hayan consolidado sus efectos.

DECIMOCUARTA.- En fin, a partir del principio de legalidad derivan exigencias acerca de la imposición de la sanción o sobre su propia configuración, que, en caso de transgresión, desembocará en la nulidad de la medida aflictiva. Y las consecuencias jurídicas serán diferentes en uno y otro caso. Si bien en el primer caso hay que proceder de conformidad con los efectos generales de toda nulidad, a una conclusión contraria y novedosa debemos apuntar si el vicio de inconstitucionalidad se encuentra en la configuración normativa. En estas situaciones, el empleador debe asumir las consecuencias desfavorables de haber ejecutado una potestad a la que le habilitaba una norma legal o convencional en cuya validez y licitud confiaba. Por ello, se le habrá

causado un daño que podrá reclamar al creador de la norma: a los negociadores del convenio colectivo, o bien al propio legislador.

En el caso de responsabilidad exigible a los negociadores del convenio colectivo, nos hallaremos ante un supuesto de responsabilidad civil extracontractual (art. 1902 CC). A nivel supraempresarial, resultará totalmente viable dirigir tal reclamación de responsabilidad a los sindicatos y a las asociaciones empresariales que hubieran intervenido en el convenio colectivo, ya que cuentan con personalidad jurídica en cuanto asociaciones, si bien en el caso del sindicato esta responsabilidad cuenta con una particularidad: deberá resolverse de conformidad con el artículo 5.1 LOLS, que no hace más que consagrar el principio de responsabilidad orgánica en el caso de asociaciones sindicales.

A nivel empresarial, nos encontramos con algunas particularidades en las que conviene detenerse: en primer lugar, existirá una minoración de la responsabilidad porque el propio empresario (único legitimado para negociar el convenio colectivo por la parte patronal) habrá colaborado en la causación del daño, lo que permite reconducir esta cuestión a la figura general de colaboración en el daño tradicional en el ámbito civil. En segundo lugar, resulta dudoso que pueda dirigirse responsabilidad contra los sujetos negociadores del convenio colectivo por la parte social, que serán los representantes unitarios o las secciones sindicales. En el caso de secciones sindicales, esta posibilidad sí resulta viable toda vez que se puede acudir a una interpretación extensiva del artículo 5.2 LOLS, que permite atribuir responsabilidad al propio sindicato por el acto llevado a cabo por parte de la sección sindical, única legitimada para ello de acuerdo a la normativa legal. Pero en caso de que hayan sido los representantes unitarios quienes han negociado el convenio colectivo, la reclamación en principio habrá de dirigirse contra los propios delegados de personal o integrantes del Comité de empresa a título personal, ante la ausencia de personalidad jurídica de estos órganos. Con todo, si los representantes unitarios son afiliados a un sindicato y han seguido instrucciones precisas de él en la negociación, la reclamación podrá dirigirse, de nuevo, contra el propio sindicato por aplicación del artículo 5.2 LOLS. Otra vez el convenio colectivo habría sido negociado por afiliados del sindicato siguiendo sus órdenes, lo que permite identificarlo como el causante del daño.

Si la reclamación se dirige contra el legislador porque la norma sancionadora inválida ha sido una norma legal, nos hallamos ante una situación a caballo entre la

responsabilidad administrativa del Estado legislador y el Derecho del trabajo, que requiere una modificación legislativa dadas las evidentes insuficiencias del ordenamiento procesal laboral al prever tales situaciones. En efecto, el empresario podrá reclamar responsabilidad al legislador en virtud tanto del principio de responsabilidad de los poderes públicos como del derecho a indemnización como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, que se consagran constitucionalmente en los artículos 9.3 y 106.2 CE, respectivamente. Ahora bien, esta reclamación deberá partir de la premisa de que la norma aplicada ha sido declarada inconstitucional por parte del Tribunal Constitucional y que este órgano no se ha pronunciado acerca de los efectos retroactivos del fallo, como presupuestos ineludibles para la exigencia de responsabilidad conforme a la normativa contencioso-administrativa, lo cual dificulta enormemente su operatividad.

DECIMOQUINTA.- La presunción de inocencia es una garantía que, contrariamente al resto de las aquí analizadas, sí ha tenido fluctuaciones jurisprudenciales en lo que respecta a su ámbito de actuación. Si bien en un primer momento el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo la aplicaban a la relación de trabajo, posteriormente se modificó esta doctrina restringiendo su campo de juego, lo que da idea de que, intuitivamente, su contenido invita a ser aplicado al Derecho del trabajo. En todo caso, actualmente existe unanimidad en nuestros órganos jurisprudenciales a la hora de reconocer que esta garantía se aplica únicamente al ejercicio del poder público, operando como un límite al ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Estamos, en fin, ante una concepción estricta de la presunción de inocencia, pero una conceptualización de las garantías sancionadoras como la que se viene haciendo en este trabajo permite acoger una concepción amplia, en línea con la primera doctrina de nuestros tribunales de justicia y con cierto sector doctrinal que ya se ha pronunciado en este sentido.

DECIMOSEXTA.- Es más, el hecho de acoger esta concepción amplia encuentra un sólido apoyo en la jurisprudencia supranacional que reconoce la vertiente material del principio de presunción de inocencia. Esta manifestación de la garantía hace referencia a la imposibilidad de que se trate a un particular como si fuera culpable antes de la imposición de la pena, de donde deriva que si una conducta es susceptible de ser castigada a través de una pena y una sanción laboral, esta acumulación de medidas aflictivas deberá realizarse de tal forma que en ningún caso se identifique al trabajador como culpable de un ilícito penal antes de que la jurisdicción especializada concluya en tal sentido. En

consecuencia, la presunción de inocencia en su vertiente material se integra de forma parcial en el ámbito de las sanciones laborales, yendo más allá de su contenido tradicional.

DECIMOSÉPTIMA.- Más allá de este contenido material, la presunción de inocencia tiene un contenido procesal donde encuentra su campo de juego habitual como regla probatoria. Ostentando este rol, la presunción de inocencia se ha plasmado parcialmente en la normativa laboral al consagrar la inversión de las posiciones procesales de las partes, motivo por el que no podemos calificar a estos preceptos como simples manifestaciones legales. Estas normas reafirman la utilización del mecanismo sancionatorio al introducir en el procedimiento una verdad interina referente a la inocencia del trabajador, que el empresario deberá revertir si pretende lograr una convalidación de la sanción impuesta. Son, en definitiva, manifestaciones de la presunción de inocencia que operan en el ámbito sancionador. El hecho de que el contenido de estas normas entre en juego en el momento de la revisión judicial de la sanción no obsta a tal conclusión, ya que con ellas se califica como ilícita la imposición de toda sanción en la que no se haya podido desvirtuar esta verdad interina. Y en consecuencia, el mismo estándar deberá cumplirse en el momento de la imposición de la sanción por el empleador al no resultar posible que una misma medida se califique como válida o inválida en función de si el trabajador lleva a cabo una conducta activa de impugnación en vía judicial.

Con todo, la presunción de inocencia como regla probatoria va más allá de estos reconocimientos legales. Así, para imponer la sanción debe practicarse una mínima prueba sobre los hechos cometidos que se considere válida desde un punto de vista objetivo; esto es, que sea creíble en su forma y contenido como para proceder a servir de base de la sanción, permitiendo la adecuada contradicción del trabajador. Esta posibilidad de contradicción reviste una extraordinaria importancia, porque para su cumplimiento deviene imprescindible introducir un sencillo mecanismo de procedimentalización a través de una llamada a audiencia al trabajador *-contestazione-* que permita su posibilidad de defensa tras haber examinado la prueba del empleador. Esta llamada a audiencia haría a nuestro ordenamiento jurídico plenamente respetuoso con el Convenio 158 OIT, que establece de forma concreta y directa la exigencia de dar la oportunidad al trabajador de defenderse.

Por lo demás, la prueba que se practique en este momento deberá ser respetuosa con los Derechos fundamentales y conforme a la legalidad, porque en caso contrario no

podrá acceder al trámite de imposición de la sanción, al igual que todos los elementos probatorios que se deriven de ella. También resulta posible que esta prueba se configure como una prueba de indicios, pero ésta deberá incorporarse al trámite sancionador de acuerdo al estándar de admisibilidad propio del régimen civil, sin tener que atender al rígido esquema de admisión penal que abocaría a un estancamiento de la relación jurídica privada en la que desenvuelve.

DECIMOCTAVA.- La valoración probatoria es un proceso que queda totalmente desconectado del Derecho fundamental a la presunción de inocencia, pero que tiene una estrecha conexión con él. A pesar de la más que comprensible confusión suscitada, la valoración de la prueba en el ámbito disciplinario laboral no queda afectada por el principio *in dubio pro operario*, ya que este tradicional principio, pilar básico del Derecho del trabajo, tiene un contenido circunscrito a la interpretación normativa totalmente independiente de consideraciones fácticas. Pero ello no implica que en el ordenamiento laboral tengamos vedado un contenido similar. En efecto, no considerar cometido un hecho como consecuencia de albergar dudas sobre su existencia a la luz de la prueba practicada (contenido del tradicional principio penal *in dubio pro reo*) se plasma en el ámbito laboral a través de las normas que determinan la improcedencia de la sanción cuando no quedara *acreditado* el incumplimiento imputado.

DECIMONOVENA.- El juego de la presunción de inocencia en el ámbito laboral conduce al estudio de diversas situaciones que se producen cuando el trabajador ha llevado a cabo una conducta sancionable en los ámbitos social y penal. Así, si bien el trabajador verá suspendido el contrato de trabajo mientras está privado de libertad por influjo de la vertiente material de la presunción de inocencia, ésta decae cuando, con posterioridad, es condenado mediante sentencia firme a una pena de privación de libertad y se ejecuta dicha pena.

En estas situaciones, es evidente que procede la extinción del contrato de trabajo. Pero esta extinción será consecuencia directa de la imposibilidad de prestación del servicio por la resolución judicial firme que ordena la privación de libertad del trabajador, situándonos ante una extinción por *factum principis* como causa equiparable a la fuerza mayor. Por ello, se deben desechar las posiciones que entienden que estos casos son reconducibles a las ausencias reiteradas e injustificadas del puesto de trabajo (porque la privación de libertad constituye una realidad impositiva de la prestación del servicio que hace que las faltas de asistencia no deban considerarse involuntarias), o bien hacia la

figura de dimisión (por no existir una voluntad inequívoca de extinción contractual). Del mismo modo, la falta de aviso de la privación de libertad al empleador tampoco puede considerarse causa de extinción por transgresión de la buena fe contractual, porque en estos casos existe una imposibilidad manifiesta de comportarse conforme a las pautas ordinarias de conducta, ante la proximidad de la ejecución de la resolución penal.

VIGÉSIMA.- El principio de presunción de inocencia también puede jugar en los casos en los que se impone la tramitación paralela de procedimientos judiciales (penal y laboral), dado que ambos se pueden retroalimentar. Así, en primer lugar el Tribunal laboral quedará vinculado por la declaración de culpabilidad resultante del procedimiento penal (no así por la declaración absolutoria), vinculación que se predicará también en lo que respecta a los hechos probados en el proceso penal, por virtud del principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes. Sin embargo, esta vinculación no operará cuando se dé la situación contraria: cuando el procedimiento laboral quede resuelto en primer lugar y los hechos probados en él se pretendan trasladar al proceso penal. Además, incluso cuando el proceso laboral esté en fase de recurso, la firmeza de la resolución penal puede tener una importancia decisiva para la resolución de aquél, porque se podrán incorporar los hechos probados en la jurisdicción penal a través del trámite de incorporación documental al proceso, siempre que se cumplan el resto de requisitos necesarios para ello.

Finalmente, la tramitación paralela de procedimientos puede desembocar en situaciones donde una resolución laboral firme puede quedar contradicha por la sentencia penal que ha adquirido firmeza con posterioridad. En este supuesto, queda abierto únicamente el excepcional recurso de revisión de sentencias firmes por motivos tasados, entre los que interesa destacar la inexistencia del hecho o la falta de participación del trabajador. Si bien la jurisprudencia actual considera que estas circunstancias únicamente se podrán apreciar en el procedimiento laboral de revisión cuando el proceso penal haya finalizado mediante sentencia o auto de sobreseimiento libre (y siempre que recojan expresamente la inexistencia del hecho o falta de participación del trabajador), la vertiente material del principio de presunción de inocencia tal como viene siendo configurada por el TEDH invita a entender modificada esta doctrina. Esta modificación pasaría por permitir la revisión de la sentencia, cualquiera que sea el motivo de revisión, y cualquiera que sea la resolución por la que finaliza el procedimiento, siempre que no se haya condenado penalmente al trabajador. El mantenimiento de la doctrina tradicional,

convalidando la resolución laboral firme, supone consagrar la culpabilidad del trabajador sin haber sido adecuadamente probada en la jurisdicción especializada y competente para ello.

VIGESIMOPRIMERA.- La proporcionalidad ostenta un papel fundamental a la hora de estudiar la validez de la sanción laboral impuesta, ya que puede oponerse a varias figuras jurídicas que de forma directa o indirecta la contienen: el propio principio de proporcionalidad en sentido estricto, la reiteración o reincidencia, y finalmente, al principio *non bis in ídem*.

VIGESIMOSEGUNDA.- El principio de proporcionalidad *stricto sensu* es inherente al sistema sancionador, fundamentado en la legitimación que realiza el Estado del poder disciplinario del empleador. El Estado no puede legitimar toda posición de poder, sino únicamente la que se adecúe a sus parámetros constitucionales, entre los que destaca la necesidad de que la sanción que resulte de tal posición sea proporcionada. Y esta proporcionalidad se debe valorar tanto en el momento de la configuración de la sanción, como en el momento de su imposición. En lo que respecta a la configuración sancionadora, la exigencia de proporcionalidad debe respetar el papel que el ordenamiento jurídico concede al legislador y a los negociadores de los convenios colectivos para configurar las sanciones, de donde resulta que para apreciar una abstracta desproporción en el propio precepto sancionador, ésta debe darse de forma patente y excesiva. Y, de forma análoga a lo que acontecía en el caso de incorrecta conformación del precepto sancionador por transgredir el principio de legalidad, en caso de que la norma sancionadora no sea proporcional procederá la eventual exigencia de responsabilidad extracontractual por parte de tales sujetos.

Pero la mayor manifestación del principio de proporcionalidad la hallamos en el momento de imposición de la sanción. Si bien tradicionalmente esta exigencia se ha mantenido en el análisis de la conducta cometida, al calificar su nivel de gravedad y anudarle la consecuencia jurídica inherente a él, tal concepción debe superarse para permitir también el control de proporcionalidad de la sanción, de la propia consecuencia jurídica (y no únicamente de la conducta que da lugar a ella). De forma análoga a lo ya afirmado respecto al papel de los configuradores de la sanción, el control de proporcionalidad en este ámbito también deberá ser cauteloso a fin de no invadir el ámbito competencial empresarial, de tal suerte que únicamente se podrá decir que una sanción es jurídicamente reprochable por desproporcionada si resulta totalmente irrazonable de

conformidad con las circunstancias concurrentes, lo que obliga a una valoración casuística de la misma. De esta forma, avanzaremos en una conceptualización de la proporcionalidad laboral en todas sus vertientes respetando el papel del empresario en su imposición.

VIGESIMOTERCERA.- La asunción del control de proporcionalidad de la sanción implica admitir la posibilidad de que se valore la reiteración o reincidencia en sentido técnico, más allá de su clásica concepción como presupuesto fáctico integrante de una nueva sanción más grave. Así, la comisión de reiteradas sanciones puede tenerse en cuenta a efectos de graduar la última falta cometida de forma más grave que las anteriores, sea una posibilidad explicitada o no en los convenios colectivos aplicables, siempre que con ello no se vaya más allá del marco abstracto tipificado en la norma para esa concreta falta, respetando con ello el principio de tipicidad. Un régimen jurídico completo que prevea esta posibilidad echa en falta, sin embargo, una cláusula que permita valorar a partir de qué momento se puede entender que la última sanción está desconectada de las anteriores, tal como se prevé en el ordenamiento jurídico italiano.

VIGESIMOCUARTA.- El principio *non bis in ídem* ha sido habitualmente aplicado en el ámbito de las sanciones laborales, si bien como principio general del Derecho, y no como principio constitucional derivado de los principios de legalidad y proporcionalidad, lo que permite que tenga un contenido más amplio y desarrollado una vez asumimos esta última posibilidad. De esta forma, el principio de proporcionalidad cobra una especial importancia porque admite la duplicidad de procedimientos o de sanciones siempre que materialmente los dos castigos infligidos puedan verse como una respuesta unitaria del ordenamiento jurídico, y no como una auténtica dualidad sancionadora, que es lo proscrito por este principio. A partir de este contenido, el principio *non bis in ídem* aboca a diferentes consideraciones en función de cada uno de los grupos de casos que se pueden presentar.

En primer lugar, debemos analizar la concurrencia de una sanción penal y una sanción laboral, que puede darse de forma simultánea o sucesiva. En la imposición sucesiva de sanciones nos hallamos ante un problema de proporcionalidad en sentido material, es decir, si es posible que ambas se acumulen conformando una respuesta unitaria del ordenamiento jurídico teniendo en cuenta la evidente complementariedad de ambos procedimientos al imponerse sanciones de naturaleza distinta. Si del conjunto de las circunstancias concurrentes se estima que las sanciones finalmente impuestas son

complementarias, tal juicio se superará. En caso contrario, antes de entender vulnerado el principio *non bis in ídem* con la segunda sanción, habrá que valorar si en su imposición se ha introducido algún criterio compensador del nivel de aflicción de la primera; algo difícil en atención al diferente carácter de cada sanción, aunque puede resultar posible cuando concurren la pena de multa y la sanción de suspensión de empleo y sueldo.

En la imposición simultánea de sanciones, además del problema material anteriormente descrito que también volvemos a encontrar aquí, tenemos un problema adicional de naturaleza procesal, porque el empresario no puede imponer la sanción hasta que la jurisdicción penal se pronuncie, lo que puede nos sitúa de lleno ante la posible prescripción de la potestad sancionadora. En estas complejas situaciones, el plazo de prescripción se inicia en el momento en que el empleador tiene un conocimiento cabal de los hechos, bien durante la tramitación del procedimiento penal, bien hasta su culminación. Dada la evidente inseguridad jurídica que ello supone, el empleador podrá notificar al trabajador su voluntad de sancionar desde el mismo momento en que se cometió el hecho, aunque para ello espere a adquirir una completa formación acerca de lo acontecido. Entretanto, podrá adoptar medidas cautelares para asegurar la efectividad de la sanción, que serán de asunción obligatoria cuando sean precisas para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores eventualmente perjudicados en su puesto de trabajo.

De otro lado, la imposición de dos sanciones laborales debe seguir el mismo criterio, si bien teniendo presente que ambas deben imponerse por los mismos hechos, tomados en consideración a partir de los que el precepto sancionador considera relevantes. Así, si las diferentes manifestaciones del poder disciplinario son consecuencia de una misma respuesta normativa que se fragmenta en dos actos consecutivos, no se podrá considerar que se infrinja el principio *non bis in ídem*. Esto es relevante, sobre todo, porque permite su aplicación a las situaciones en las que el empleador revoca una sanción para imponer otra diferente. En estos casos, si la segunda sanción es más leve que la primera no se entenderá lesionado este principio, habida cuenta de que ambas manifestaciones del poder sancionador son una, que no lesiona el principio de proporcionalidad subyacente al *non bis in ídem*. Pero evidentemente, a diferente conclusión habremos de llegar en caso contrario, en el supuesto de una mayor gravedad de la segunda sanción.

Tampoco se puede considerar que la normativa laboral infrinja el principio *non bis in ídem* en ningún aspecto. Esto se plantea en dos supuestos problemáticos: por una parte,

en la posibilidad de que el juez autorice al empresario a imponer una nueva sanción. Esta potestad no se puede considerar lesiva del principio *non bis in ídem* porque el segundo acto disciplinario se debe considerar parte del mismo ejercicio del poder sancionador mediante el cual se asegura, precisamente, que la sanción sea proporcional. Y la misma suerte corren las posibilidades de subsanación del despido disciplinario improcedente por vicios formales. Es claro que estas nuevas sanciones se limitan, únicamente, a una corrección de tales vicios, sin entrar en su contenido sustantivo y, consecuentemente, sin que puedan considerarse en modo alguno como un doble ejercicio de la potestad sancionadora empresarial.

VIGESIMOQUINTA.- En las sanciones laborales impuestas porque la conducta del trabajador ha desembocado en un determinado resultado lesivo contra el interés empresarial, debemos ir más allá del tradicional sistema de causalidad que hasta ahora se ha venido utilizando (causalidad natural), para acoger el mecanismo de imputación que opera en otras ramas del ordenamiento jurídico, consistente en apreciar la existencia de imputación entre acción y resultado en un doble plano: imputación objetiva e imputación subjetiva.

VIGESIMOSEXTA.- La imputación objetiva se predica en dos variantes: la imputación objetiva por comisión, y la imputación objetiva por omisión. La primera de ellas se basa en un doble juicio, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, y la concreción de tal riesgo en el resultado. De esta forma, el actuar del trabajador habrá debido crear un riesgo que eventualmente pudiera lesionar el interés empresarial, y que, de conformidad con la normativa sancionadora, se considere que va más allá del riesgo inherente a la prestación de las tareas laborales, de conformidad con el rol desempeñado por el empleado y con sus conocimientos especiales, sin que concurren especiales circunstancias que puedan justificar tal actuación por ser inocuas para el interés empresarial o, incluso, haberse producido en aras a lograr su protección.

Pero no basta con que la actuación del particular cree este riesgo, sino que además debe concretarse en el resultado, lo que nos sitúa ante la problemática de los cursos causales, en los que el riesgo jurídicamente desaprobado por el trabajador concurre con otros de terceros, o incluso del propio empresario. Es más, puede que el riesgo del trabajador no justificara el resultado creado, de tal forma que hubiera que imputarlo a un mero accidente. Para valorar cuándo el riesgo se concreta en el resultado hay que llevar a cabo un juicio intuitivo acerca de cuándo el actuar del sujeto provoca un cambio en las

circunstancias preexistentes de tal entidad como para que pueda serle atribuido el resultado.

En lo que respecta a la imputación objetiva por omisión, debemos comenzar circunscribiendo nuestro análisis, toda vez que dejará de lado los tipos que prevén sanciones por meras omisiones, ya que su estudio deberá realizarse conforme a los parámetros indicados. Nos ocuparemos, por el contrario, de la especial situación que se produce cuando un omitir se considera tan gravoso como para justificar una sanción como si se hubiera cometido de forma activa. Es lo que se conoce como comisión por omisión. Estas situaciones, este especial desvalor que permite considerar una inacción equiparándola a un actuar activo, está justificado por la especial posición que tiene un sujeto respecto al bien protegido que tenía encomendado; esto es, por el deber de garantía que pudiera ostentar el causante del daño.

Este deber de garantía se origina en el empresario, en cuanto titular de la organización empresarial, si bien posteriormente va delegándolo en sus empleados, en función de las tareas encomendadas a cada uno. Ahora bien, ello no implica que el empresario se libere del deber, sino que éste transmuta a un deber de vigilancia e intervención respecto al trabajador, el -ahora- encargado de ejecutar de forma directa tal deber. Con todo, para que esta delegación sea válida, deberá producirse de forma libre, es decir, sin abuso de la posición empresarial, toda vez que la atenuación de la autonomía del trabajador al asumir sus tareas laborales en modo alguno obsta para que se entienda libre la asunción del deber de garantía. Asimismo, la delegación debe ser posible, lo que justifica que el trabajador debe estar objetivamente preparado para asumirlo.

VIGESIMOSÉPTIMA.- Por otro lado, en lo que hace a la imputación subjetiva, ésta se identifica con una reprochabilidad de la acción cometida hacia el sujeto, atribuyéndosela personalmente. En este sentido, una falta se considera reprochable cuando se comete con malicia (sabiendo las consecuencias de la acción y, aun así, cometiéndola) o con negligencia (incumpliendo los deberes de cuidado exigibles al trabajador). Este juicio debe ser individual, y en él no influye el daño causado con el resultado producido, que se podrá tener en cuenta, en su caso, como criterio para graduar la proporcionalidad de la sanción por parte del empresario.

Finalmente, sirva destacar que una interpretación conjunta de los actuales artículos 54.1 y 58 ET nos permiten afirmar que el despido disciplinario, en cuanto sanción más

gravosa contra la esfera jurídica del trabajador, requiere de una especial culpabilidad, habida cuenta de que este concepto figura únicamente en el primero de los preceptos citados. Así, además de tras una sucesión de faltas, sólo se podrá ejecutar un despido disciplinario cuando el actuar del trabajador haya sido cometido maliciosamente, sabiendo y queriendo las consecuencias de sus acciones.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV (coord. MONEREO PÉREZ, J.L.) *Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Comares, 2002.

ABRAMOVICH, V; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, 2002.

ACOSTA ESTÉVEZ, J.B. *El sistema jurídico de la Organización Internacional del Trabajo y el Derecho español*, CEDECS, 1997.

AGUADO CORREA, T. *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, EDERSA, 1999.

ALARCÓN CARACUEL, M.R. “La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, nº 28, 1986.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P. *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*, Comares, 2007.

ALEXY, R. *Teoría de los Derechos fundamentales*, Centro de estudios constitucionales, 1993.

ALFARO AGUILA-REAL, J. “Autonomía privada y Derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho civil*, BOE, nº 1, 1993.

ALFONSO MELLADO, C. “La responsabilidad civil por daños en las relaciones colectivas de trabajo” en AAVV. *La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales. XXIII Congreso Nacional de Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Cinca/AEDTSS, 2013.

ALONSO GARCÍA, M.C. *La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador*, Marcial Pons, 1999.

ALONSO OLEA, M. *El despido (un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario)*, Instituto de Estudios Políticos, 1957.

ALONSO OLEA, M. “Suspensión e interrupción del contrato de trabajo”, *Rivista di Diritto Internazionale e Comparato del Lavoro*, CEDAM, nº 1, 1970.

ALONSO OLEA, M. “La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador”, *Revista de Política Social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 118, 1978.

ALONSO OLEA, M. *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, Civitas, tomos II, III y VI, 1984, 1985 y 1988.

ALONSO OLEA, M. “Sobre la forma del despido en relación con el Convenio (de la OIT, núm. 158, Ginebra, 1982), sobre la terminación de la relación de trabajo”, *Documentación Laboral*, ACARL, nº 20, 1986.

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. *Sobre el principio de legalidad*, Tirant lo Blanch, 2009.

ANDREONI, A. “Il lavoro agile nel collegamento negoziale”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, EDIESSE, nº 1, 2018.

APARICIO TOVAR, J; BAYLOS GRAU, A. “Autoridad y democracia en la empresa” en AAVV (dirs. APARICIO TOVAR, J; BAYLOS GRAU, A). *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, 1992.

ARAGÓN REYES, M. “Tipología de las normas constitucionales” en AAVV. *Libro homenaje a D. Íñigo Cavero Lataillade*, Tirant lo Blanch, 2005.

ARAGÓN REYES, M; LOSADA GONZÁLEZ, H. “La libertad de empresa”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, nº 108, 2014.

ARIAS DOMÍNGUEZ, Á. *La acción normativa de la Organización Internacional del Trabajo*, Laborum, 2002.

ARIÑO ORTIZ, G. *Principios constitucionales de la libertad de empresa: libertad de comercio e intervencionismo administrativo*, Marcial Pons, 1995.

ARZOZ SANTISTEBAN, X. “La eficacia del CEDH en las relaciones entre particulares” en AAVV *Los Derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, UAM/BOE, nº 21, 2017.

AUTIÉ, D. *La rupture abusive du contrat de travail*, París, 1955.

BACIGALUPO ZAPATER, E. “Presunción de inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia/BOE, tomo 41, nº 2, 1988.

- BARREIRO GONZÁLEZ, G. *Diligencia y negligencia en el cumplimiento. Estudio sobre la prestación del trabajo debida por el trabajador*, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.
- BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, Tecnos, 1985.
- BAYLOS GRAU, A. *Derecho de huelga y servicios esenciales*, Tecnos, 2ª edición, 1988.
- BAYLOS GRAU, A. *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Trotta, 1991.
- BAYLOS GRAU, A; PÉREZ REY, J. *El despido o la violencia del poder privado*, Trotta, 2009.
- BAYÓN CHACÓN, G; PÉREZ BOTIJA, E. *Manual de Derecho del trabajo*, Marcial Pons, 7ª edición, 1968.
- BAYÓN MOHÍNO, J.C. “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, *Analisi e Diritto*, Marcial Pons, 2008.
- BELADIEZ ROJO, M. “La eficacia de los Derechos fundamentales entre particulares. Algunas consideraciones sobre el distinto alcance que pueden tener estos derechos cuando se ejercen en una relación jurídica de derecho privado o de derecho público” en AAVV. *Los Derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Anuario de la facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, UAM/BOE, nº 21, 2017.
- BELADIEZ ROJO, M. “El recurso de amparo y la especial trascendencia constitucional”, *Revista General de Derecho Constitucional*, Iustel, nº 25, 2017.
- BELDA PÉREZ-PEDRERO, E. “La presunción de inocencia”, *Anuario Parlamento y Constitución*, Cortes de Castilla la Mancha, nº 5, 2001.
- BILBAO UBILLOS, J.M. *La eficacia de los Derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de estudios políticos y constitucionales, 1997.
- BILBAO UBILLOS, J.M. “La consolidación dogmática y jurisprudencial de la drittwirkung: una visión de conjunto”, en AAVV *Los Derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, UAM/BOE, nº 21, 2017.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. *La garantía constitucional de la inocencia*, Tirant lo Blanch, 2003.

CAMAS RODA, F. “La responsabilidad civil por daños en el Derecho del trabajo” en AAVV. *La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales. XXIII Congreso Nacional de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, AEDTSS/Cinca, 2013.

CARO, M. “Il principio del ne bis in ídem e i limiti al legittimo esercizio del potere disciplinare”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, Giuffrè, nº 2, 2011.

CARRO IGUELMO, A.J. *La suspensión del contrato de trabajo*, Bosch, 1959.

CARRO IGELMO, A.J. *El despido disciplinario*, Bosch, 1984.

CASAS BAAMONDE, M.E. “La calificación jurídica del despido. Despidos improcedentes y nulos” en APARICIO TOVAR, J; BAYLOS GRAU, A (eds.) *El régimen del despido tras la reforma laboral*, IBIDEM, 1995.

CASTRO ARGÜELLES, M.A. *El régimen disciplinario en la empresa. Infracciones y sanciones laborales*, Aranzadi, 1993.

CEREZO MIR, J. “El versari in re illicita en el Código Penal español”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1962, tomo 15, fascículo 1.

CHACÁRTEGUI JÁVEGA, C. “Cuestiones prejudiciales penales y presunción de inocencia en el proceso laboral” en AAVV (coords. ALARCÓN CARACUEL, M.R; MIRÓN HERNÁNDEZ, M.M). *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar (aspectos laborales, fiscales, penales y procesales)*, Marcial Pons, 2000.

CIDONCHA MARTÍN, A. *La libertad de empresa*, Civitas, 2006.

CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe V (2) Terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1982.

CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Protección contra el despido injustificado*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1995.

CORSO, S.M. “I confini applicativi dell’art. 7 St.Lav. tra ontologia disciplinare e sentenza di patteggiamento”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, EDIESSE, nº 3, 2017.

CREMADES SANZ-PASTOR, B. M. *La sanción disciplinaria en la empresa (estudio de la responsabilidad disciplinario-laboral del trabajador)*, Instituto de Estudios Políticos, 1969.

CRUZ VILLALÓN, J. “Los principios informadores del ordenamiento laboral” en FARGAS FERNÁNDEZ, J (coord.) *Los derechos laborales desde la perspectiva de la teoría general del contrato y de la normativa internacional*, Huygens, 2016.

CRUZ VILLALÓN, J. “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, nº 138, 2017.

CRUZ VILLALÓN, J. “El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo”, *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, nº 83, 2018.

CRUZ VILLALÓN, J; GARCÍA MURCIA, J. “La regulación de las condiciones de trabajo en los convenios colectivos (1980-1982)”, *Revista de Política Social*, nº 137, 1983.

CRUZ VILLALÓN, P. “Derechos fundamentales y derecho privado”, *Revista de la Academia sevillana del notariado*, EDERSA, 1988.

DELFINO, M. “Il potere disciplinare tra dimensione individuale e dimensione collettiva”, *Diritti lavori mercati*, vol. 8 fasc. 3, 2010.

DESDENTADO BONETE, A. “De nuevo sobre la contradicción de sentencias en el recurso de casación para la unificación de doctrina” en AAVV. *El proceso laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, LexNova, 2001.

DESDENTADO BONETE, A. “El principio pro operario” en VILLA GIL, L.E; LÓPEZ CUMBRE, L (dirs.) *Los principios del Derecho del trabajo*, Centro de Estudios Financieros, 2003.

DESDENTADO BONETE, A. “El proceso social en la doctrina constitucional reciente (2003-2007). Una reseña crítica”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 73, 2008.

DÍAZ CABIALE, J.A; MARTÍN MORALES, R. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, 2001.

DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, M. “Pretensiones indemnizatorias de daños y perjuicios por los empresarios frente a sus trabajadores (reflexión sobre su procedencia y exposición sistemática de pronunciamiento del Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia”, *Aranzadi social revista doctrinal*, Aranzadi, nº 21, 2009.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. “Ne bis in ídem material y procesal. Especial referencia al cambio de jurisprudencia constitucional en España”, *Revista de Derecho*, Universidad Centroamericana, nº 9, 2004.

DIÉGUEZ CUERVO, G. “Las reglas disciplinarias del trabajo”, *Revista de política social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 67, 1965.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. “Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual” en PANTALEÓN PRIETO, F (coord.) *La responsabilidad en el Derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, BOE/UAM, nº 4, 2000.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Tomo V. La responsabilidad civil extracontractual*, Civitas/Thomson Reuters, 2011.

DOMÉNECH PASCUAL, G. “Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños derivados de una ley inconstitucional”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Civitas, nº 110, 2001.

DOMINGO OSLE, E. “Reflexiones acerca de la subsanación del despido”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, tomo I, 1993.

DUBY, G. “Poder privado, poder público: partir de las palabras”, *Revista de occidente*, Fundación Ortega y Gasset, nº 83, 1988.

DURÁN LÓPEZ, F. “La organización del trabajo como facultad del empresario y sus límites: el cambio de puesto de trabajo y la clasificación profesional”, *Revista de Política Social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 108, 1975.

DURÁN LÓPEZ, F. “El poder disciplinario del empresario como facultad de ejercicio renunciante (sentencia del TCT de 17 de marzo de 1977. Ref. Ar. 1609), *Revista de política social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 118, 1978.

DURÁN LÓPEZ, F. “Las garantías del cumplimiento de la prestación laboral: el poder disciplinario y la responsabilidad contractual del trabajador”, *Revista de política social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 123, 1979.

DURÁN LÓPEZ, F. “Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido”, *Relaciones laborales*, La Ley, nº 11, 1990.

DURÁN LÓPEZ, F. “Un siglo de Derecho del trabajo: el Derecho de un siglo” en AAVV. *El Derecho español en el siglo XX*, Marcial Pons, 2000.

ELÍAS MONDEJA, A. “La presunción de inocencia en el Derecho laboral”, *Revista General de Derecho*, Augusto Vicente y Almela, nº 576, 1992.

ESTEVE SEGARRA, A. *Las asociaciones empresariales: régimen jurídico y representatividad*, Aranzadi, 2003.

FALGUERA BARÓ, M.Á. “La normativa de la OIT y su translación en el ordenamiento interno por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Algunas reflexiones de futuro tras la última reforma laboral”, *Lex Social: revista de los Derechos sociales*, Universidad Pablo de Olavide, vol. 6, nº 1, 2016.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, Civitas, 1993.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *El sindicato. Naturaleza jurídica y estructura*, Civitas, 1982.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, 1991.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. “El poder disciplinario en la organización de la empresa”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales*, nº 23, 2000.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, 2005.

FERNÁNDEZ TOLEDO, R. “El poder disciplinario del empleador: configuración jurídica de la sanción laboral que puede imponer al trabajador dependiente”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, nº XLIV, 2015.

FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. *Poder disciplinario empresarial y proceso especial de impugnación de sanciones*, Consejo Económico y Social del Principado de Asturias, 2005.

- FERRANTE, V. “Fondamento e natura del potere disciplinare” en MAINARDI, S (dir). *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, UTET, 2012.
- FONT GALÁN, I., “Notas sobre el modelo económico de la Constitución española”, *Revista de Derecho Mercantil*, Aranzadi, nº 152, 1979.
- FREIXES SANJUAN, T. *Los derechos sociales de los trabajadores en la Constitución*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986.
- FRISCH, W. *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal* (trad. ROBLES PLANAS, R.), Atelier, 2004.
- FRISCH, W. *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas* (trad. COCA VILA, I.), Atelier, 2015.
- GALIANA MORENO, J.M. “El Convenio nº 158 de la OIT y su incidencia en los despidos individuales”, *Revista jurídica de la Región de Murcia*, nº 4, 1986.
- GALIANA MORENO, J.M. “La eficacia de los convenios colectivos en el Derecho español del trabajo” en AAVV. *La eficacia de los convenios colectivos. XIII Congreso Nacional de Derecho del trabajo*, Ministerio de Trabajo, 2003.
- GARCÍA BECEDAS, G. *Democracia y relaciones laborales: (programación nacional, política de inversiones y contrato de trabajo)*, Akal, 1982.
- GARCÍA BECEDAS, G. “Los requisitos del despido disciplinario y el Convenio 158 de la OIT”, *Revista de Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, nº 85, 1987.
- GARCÍA BECEDAS, G. *Introducción al Derecho español del Trabajo. Caracteres y fundamento*, Civitas, 1993.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, Civitas, 2005.
- GARCÍA MURCIA, J. “Diferenciación de trato, igualdad de oportunidades y negociación colectiva” en AAVV. *La nueva función de la negociación colectiva y los Acuerdos Interconfederales sobre el empleo. X Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1998.
- GARCÍA PIÑEIRO, N.P. *Las asociaciones empresariales en el Derecho español*, Consejo Económico y Social, 2005.

- GARCÍA PLANAS, G. “Consecuencias del principio non bis in ídem en Derecho penal”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, BOE/Ministerio de Justicia, nº 42, vol. 1, 1989.
- GARCÍA TORRES, J; JIMÉNEZ-BLANCO, A. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, 1986.
- GARRIDO MAYOL, V. *La responsabilidad patrimonial del Estado. Especial referencia a la responsabilidad del Estado legislador*, Tirant lo Blanch, 2004.
- GASCÓN ABELLÁN, M. *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, 3ª edición, 2010.
- GENOVESI, O. “Licenziamenti disciplinari e previsioni contrattuali”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, EDIESSE, nº 4, 2017.
- GIL Y GIL, J.L. *La prescripción de las faltas laborales*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993.
- GIL Y GIL, J.L. *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, Ministerio de justicia, 1993.
- GIL Y GIL, J.L; SAGARDOY DE SIMÓN, Í. *La protección contra el despido disciplinario*, Cinca, 2007.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Tecnos (reimpresión), 1999.
- GIMENO SENDRÁ, V. “Los principios de legalidad y non bis in ídem en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, tomo 3, 2007.
- GIUGNI, G. *Diritto sindacale*, Bari, 1980 (trad. VIDA SORIA, J./MONTALVO CORREA, J., Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983).
- GODÍNEZ VARGAS, A. “El principio de presunción de inocencia y el proceso de despido disciplinario”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, nº 64, 1994.
- GONZÁLEZ ALONSO, A. “La responsabilidad del Estado legislador por vulnerar el Derecho europeo o la Constitución: un análisis comparativo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 106, 2016.

GONZÁLEZ ALONSO, A; RUIZ-RISUEÑO MONTOYA, F.M. “El nuevo recurso de amparo constitucional a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. (A propósito de la reciente Sentencia del TEDH Arribas Antón c. España)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, Civitas, nº 54/2015 (versión online).

GONZÁLEZ BEILFUSS, M. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, 2ª edición, 2015.

GONZÁLEZ DE RIVERA I SERRA, X. “Conversaciones entre la norma internacional y la norma interna: la aplicación por los órganos judiciales” en FARGAS FERNÁNDEZ, J (coord.) *Los derechos laborales desde la perspectiva de la teoría general del contrato y de la normativa internacional*, Huygens, 2016.

GONZÁLEZ MOLINA, M.D. *La responsabilidad civil de los sindicatos derivada del ejercicio de acciones colectivas*, Tirant lo Blanch, 2000.

GOÑI SEIN, J.L. “Programas de cumplimiento empresarial (compliance programs): aspectos laborales” en MIR PUIG, S; CORCOY BIDASOLO, M; GÓMEZ MARTÍN, V (dirs.) *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer/BdeF, 2014.

HART, H.L.A. *The concept of law*, Oxford University Press, 1961 (trad. CARRIÓ, G.R. Ed. Nacional, 2ª edición reimpressa), 1980.

HASSEMER, W. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal* (trad. MUÑOZ CONDE, F; DÍAZ PITA, M.M), TEMIS, 1999.

HUECK, A; NIPPERDEY, H.C. *Compendio de Derecho del trabajo* (trad. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M; VILLA GIL, L.E de la, Ed. Revista de Derecho Privado, 1963).

HUERTA TOCILDO, S. “Principio de legalidad y normas sancionadoras” en AAVV. *El principio de legalidad. Actas de las V jornadas de la Asociación de letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Tribunal Constitucional, 2000.

IGARTUA MIRÓ, M.T. *La garantía de indemnidad en la doctrina social del Tribunal Constitucional*, Consejo Económico y Social, 2008.

- IGLESIAS CABERO, M. “Transgresión de la buena fe contractual” en AAVV. *Estudios sobre el despido disciplinario*, ACARL, 1989.
- JAÉN VALLEJO, M. *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, Akal/Iure, 1987.
- JAKOBS, G. *La imputación objetiva en Derecho penal* (trad. CANCIO MELIÁ, M.), Civitas, 1996.
- KAHN-FREUND, O. *Trabajo y derecho*, Ministerio de trabajo y Seguridad Social, 1987.
- KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*, Viena, 1960 (trad. Roberto J. Vernengo, Porrúa/UNAM, México, 1991).
- KORSCH, K. *Lucha de clases y Derecho del trabajo*, 1922 (trad. VERMAL, J. L, Ariel, 1980).
- LAHERA FORTEZA, J. “La contractualización del convenio colectivo: una lectura contractualista”, *Derecho de las relaciones laborales*, Wolters Kluwer, nº 1, 2015.
- LANDA ZAPIRAIN, J.P., “El ingreso al trabajo (En torno al artículo 16)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, nº 100 (1), 2000.
- LARENZ, K. *Metodología de la ciencia del Derecho*, 2ª edición, Berlín, 1979 (trad. RODRÍGUEZ MOLINERO, M., Ariel, 2ª edición, 1980).
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. “La proporcionalidad de la norma penal” en *Cuadernos de Derecho público*, Instituto Nacional de Administración Pública, nº 5, 1998.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. *Sobre la retroactividad penal favorable*, Civitas, 2000.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. *Penar por omitir. Fundamento de los deberes de garantía*, Universidad Santo Tomás/Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. “El derecho a la tipicidad penal” en VIVER PI-SUNYER, C. (coord.) *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, 2006.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. *Sólo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, 2009.

LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. “¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional”, *InDret*, nº 3, 2012.

LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. “Proporcionalidad penal” en MAQUEDA ABREU, M.L; MARTÍN LORENZO, M; VENTURA PÜSCHEL, A (coords.) *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho*, Universidad Complutense de Madrid, 2016.

LAZZARI, C. “Il código disciplinare” en CARINCI, F (dir.) MAINARDI, S (coord.) *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, UTET, Torino, 2012.

LEÓN VILLALBA, F.J de. *Acumulación de sanciones penales y administrativas*, BOSCH, 1998.

LOMBARDI, G. *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970.

LÓPEZ, J. “La facultad de dirección”, *Revista de política social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 122, 1979.

LÓPEZ CUMBRE, L. *La impugnación del Convenio colectivo por sujeto firmante*, Cinca, 2006.

LOUSADA AROCHENA, J.F. “La reclamación al Estado del pago de salarios de tramitación en juicios por despido”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Universidade da Coruña, nº 16, 2012.

LUQUE PARRA, M. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, Bosch, 1999.

MAINARDI, S. *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, Giuffré, 2002.

MAINARDI, S. “Vecchie e nuove questioni in materia di procedimento disciplinare, titolarità del potere e termini a difesa”, *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, Giuffré, nº 1, 2003.

MARAVALL CASESNOVES, H. “Evolución del poder reglamentario en la empresa”, *Revista de política social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 3, 1949.

MARAVÉR GÓMEZ, M. *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Civitas/Thomson Reuters, 2009.

MARAZZA, M. “Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act”, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, Wolters Kluwer, nº 2, 2015.

MARESCA, A. “Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell’art. 18 Statuto dei Lavoratori”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, Giuffrè, nº 1, 2012.

MARÍN RICO, A. “Las causas de suspensión del contrato de trabajo descritas en los apartados g) y h) del art. 45 del Estatuto de los trabajadores” en AAVV (dir. MARÍN CORREA, J.M). *La suspensión del contrato de trabajo*, Consejo General del Poder Judicial, 1994.

MARTÍN VALVERDE, A. “Principios y reglas en el Derecho del Trabajo. Planteamiento teórico y algunos ejemplos” en VILLA GIL, L.E de la; y LÓPEZ CUMBRE, L (dirs.) *Los principios del Derecho del trabajo*, Centro de Estudios Financieros, 2003.

MARTÍNEZ VAL, J., “El contenido esencial de la libertad de empresa”, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 3, 1982.

MELLA MÉNDEZ, L. “La responsabilidad civil por daños en el contrato de trabajo” en AAVV. *La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales. XXIII Congreso Nacional de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, AEDTSS/Cinca, 2013.

MELLA MÉNDEZ, L. *La responsabilidad indemnizatoria del trabajador durante la vigencia del contrato de trabajo*, Wolters Kluwer, 2017.

MELLACE, A. “Sussistenza del fatto contestato e proporzionalità del licenziamento disciplinare del lavoratore recidivo”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº 2, 2015.

MERCADER UGUINA, J.R. *Los principios de aplicación del Derecho del trabajo. Formación, decadencia y crisis*, Tirant lo Blanch, 2014.

MERCADER UGUINA, J.R; NOGUEIRA GUASTAVINO, M. *El recurso de amparo: un enfoque laboral*, Tirant lo Blanch, 2005.

MESQUITA, L. J de. “El poder disciplinario laboral” (trad. González Rothvoss), *Revista de política social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 9, 1951.

MESTRE DELGADO, E. “Desarrollo jurisprudencial del Derecho constitucional a la presunción de inocencia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia/BOE, tomo 38, nº 3.

MIGUEL LORENZO, A. M de. *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Civitas, 1993.

MIÑAMBRES PUIG, C. “El despido disciplinario verbal y el Convenio número 158 de la OIT” en AAVV. (coord. GÁRATE CASTRO, J). *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor honoris causa por la Universidad Santiago de Compostela*, Universidad Santiago de Compostela, 1997.

MIR PUIG, S. *La reincidencia en el Código Penal. Análisis de los arts. 10,14, 10,15, 61,6 y 516,3*, BOSCH, 1974.

MIR PUIG, S. *Derecho penal, parte general*, Reppertor, 10ª edición, 2015.

MOLINA NAVARRETE, C. “Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los Derechos fundamentales (el paradigma de la drittwirkung laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, nº 3, 1991.

MOLINA NAVARRETE, C. “Hacia una revisión constitucional de la función de la buena fe contractual en las relaciones jurídico-laborales”, *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, La Ley, nº 1, 1992.

MOLINA NAVARRETE, C. “Imputabilidad del incumplimiento resolutorio, carga de la prueba y de presunción de inocencia; en especial el juicio de culpabilidad por el ilícito laboral ex artículo 54, del Estatuto de los Trabajadores (reflexiones críticas sobre una ambigua e incierta jurisprudencia constitucional)”, *Revista General de Derecho*, Augusto Vicente y Almela, nº 604-605, 1995.

MOLINA NAVARRETE, C. “Formalismo jurídico, democracia en la empresa y tutela de la persona: la nueva configuración legal del despido disciplinario sin forma”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, nº 70, 1995.

MOLINA NAVARRETE, C. “Esencia y existencia de las relaciones de trabajo y de su derecho en la era digital: ¿y si el futuro estuviera en lo clásico? Al maestro J. Vida Soria,

in memoriam”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, nº 432, 2019.

MOLINA NAVARRETE, C; MORENO PÉREZ, J.M. “El incidente de aportación de documento nuevo y efectividad de la tutela judicial: un nuevo conflicto entre justicia y seguridad jurídica. STS de 5 de enero de 2000”, *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, nº 55, 2000.

MOLINA NAVARRETE, C; OLARTE ENCABO, S. “Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, La Ley, nº 2, 1999.

MONTALVO CORREA, J. “Relaciones laborales y Constitución, anotaciones a una década” en AA. VV. *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo, Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al Prof. Manuel Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990.

MONTAÑÉS PARDO, M.A. *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Aranzadi, 1999.

MONTOYA MELGAR, A. *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, 1965.

MONTOYA MELGAR, A. “Ejercicio y garantías de los derechos fundamentales en materia laboral”, *Revista de Política Social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 121, 1979.

MONTOYA MELGAR, A. “Valores, principios y derechos sociales en la Constitución Española de 1978” en AAVV. *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1989.

MONTOYA MELGAR, M. “La nueva configuración del poder de dirección del empresario” en VILLA GIL, L.E (coord.) *Reforma de la legislación laboral: estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Marcial Pons, 1995.

MONTUSCHI, L. Sub art. 7 en GHEZZI, G; MANCINI, G.F; MONTUSCHI, L; ROMAGNOLI, U. *Statuto dei diritti dei lavoratori. Art. 1-13*, Zanchelli/Il Foro Italiano, 1979.

MORAIS VALLEJO, C. “La privación de libertad del trabajador como causa suspensiva de la relación de trabajo”, *Revista de Política Social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 93, 1973.

MORENO DE TORO, C. *La responsabilidad civil del empresario por actos de sus empleados*, Consejo Económico y Social, 1999.

MORENO DE TORO, C. “Poder disciplinario, proporcionalidad y discrecionalidad en la imposición de las sanciones. Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha, de 7 de junio de 2005”, *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, nº 101, 2009.

MORENO FERNÁNDEZ, J.I. *La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador en materia tributaria y vías para reclamarla*, Aranzadi, 2009.

NARANJO DE LA CRUZ, R. *Los límites de los Derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2000.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M. “La impugnación de sanciones en la nueva ley de procedimiento laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, nº 4, 1991.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M. *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*, Aranzadi, 1997.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M. “Contracciones y dilataciones en la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: parto prematuro del incidente de nulidad de actuaciones e incongruencia omisiva”, *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, Tirant lo Blanch, nº 3, 2008.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M. “La trascendencia constitucional de la demanda de amparo tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional por la LO 6/2007”, *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, nº 51, 2010.

OJEDA AVILÉS, A. “Los acuerdos en la empresa en la estructura de la negociación colectiva” en AAVV. *El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa. VI Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tecnos/Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 1996.

ORDEIG FOS, J.M. “Impugnación de despidos y sanciones: tramitación procesal”, *Actualidad Laboral*, Wolters Kluwer, nº 1, 1992.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Sexto informe complementario: informe del Comité encargado de examinar la reclamación por la que se alega el incumplimiento por Francia de los Convenios sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), y la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confédération générale du travail-Force ouvrière*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2007.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Nota sobre el Convenio número 158 y la Recomendación número 166 sobre la terminación de la relación de trabajo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) y de la Recomendación correspondiente (núm. 166)*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2011.

OSSENBÜHL, F., “Las libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 32, 1991.

OVEJERO PUENTE, A.M. “Artículo 24.2” en AAVV (dirs. PÉREZ TREMS, P; SAIZ ARNAIZ, A). *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario 1978-2018. Tomo I (preámbulo a artículo 96)*, Tirant lo Blanch, 2018.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. *Derecho sindical español*, Tecnos, 5ª edición, 1994.

PANTALEÓN PRIETO, F. “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación” en AAVV. *Centenario del Código Civil*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

PANTALEÓN PRIETO, F. “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)”, *Anuario de Derecho Civil*, Ministerio de Justicia/BOE, nº 3, 1991.

PANTALEÓN PRIETO, F. “Artículo 1902” en AAVV (dirs. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C; BERCOVITZ, R; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L; SALVADOR CODERCH, P). *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 2ª edición, 1993.

PANTALEÓN PRIETO, F. “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *Anuario de Derecho Civil*, BOE, nº 4, 1993.

PANTALEÓN PRIETO, F. “Culpa” en AAVV. (dir. MONTOYA MELGAR, A.) *Enciclopedia jurídica básica. Volumen II*, Civitas, 1995.

PASTOR ALCOY, F. *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Tirant lo Blanch, 2003.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C; ALFARO ÁGUILA-REAL, J. “Artículo 38” en AAVV (dirs. CASAS BAAMONDE, M.E; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M). *Comentarios a la Constitución Española, XXX aniversario*, Wolters Kluwer, 2008.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Lecciones de Derechos fundamentales*, Dykinson, 2004.

PEDRAJAS HERRERO, A; HERRERO MARTÍN, J.B. “El despido disciplinario y la violación del Derecho a la presunción de inocencia: reflexiones críticas” en AAVV (ed. MARTÍNEZ ABASCAL, V.) *Problemas aplicativos del despido en las reformas laborales de 1994 y 1997*, IBIDEM, 1998.

PEDRAJAS MORENO, A. *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*, Trotta, 1992.

PENDÁS DÍAZ, B. *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, ACARL, 2ª edición, 1992.

PÉREZ MANZANO, M. *La prohibición constitucional de incurrir en bis in ídem*, Tirant lo Blanch, 2002.

PÉREZ MANZANO, M. “Reflexiones sobre el Derecho fundamental a no padecer *bis in ídem* al hilo de la STC 2/2003, de 16 de enero”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, tomo 3, 2003.

PÉREZ MANZANO, M. “El recargo de prestaciones sociales y la interdicción constitucional de doble sanción”, *Actum Social*, Francis Lefebvre, nº 44, 2010.

PÉREZ MANZANO, M. “La prohibición de incurrir en bis in idem en España y en Europa. Efectos internos de una convergencia jurisprudencial inversa (de Luxemburgo a Estrasburgo)” en AAVV (dirs. PÉREZ MANZANO, M; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A). *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, 2016.

PÉREZ MANZANO, M. “The spanish connection: los caminos del diálogo europeo en la configuración del alcance de la prohibición de incurrir en bis in idem” en AAVV (dir. GONZÁLEZ ALONSO, A; OUBIÑA BARBOLLA, S). *El vértice de los sistemas judiciales*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, UAM/BOE, nº 22, 2018.

PÉREZ YÁÑEZ, R. “Capítulo XIV: régimen disciplinario” en CALVO GALLEJO, F.J (coord.) y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. *Relaciones laborales y empresas de trabajo temporal: comentarios al tercer Convenio colectivo estatal de Empresas de trabajo temporal*, Laborum, 2002.

PERRINO, A.M. “Il principio di proporzionalità della sanzione disciplinare e la recidiva” en CARINCI, F (dir.); MAINARDI, S (coord.) *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, UTET, 2012.

PERSIANI, M. *Contratto di lavoro e organizzazione*, CEDAM, 1966.

PERSIANI, M. “Il potere disciplinare” en PERSIANI, M; CARINCI, F (dirs.) *Trattato di diritto del lavoro. Vol. IV: contratto di lavoro e organizzazione*, CEDAM, 2012.

PERSIANI, M. “Altra notarella su un problema di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti”, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, Wolters Kluwer, nº 3, 2015.

PEZZONI, M.T. “Sui vincoli contrattuali al potere disciplinare”, *Rivista italiana di Diritto del lavoro*, Giuffré, vol. 2, 1999.

PLATÓN. “Menón” en PLATÓN. *Diálogos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

POOLE, M. *Hacia una nueva democracia industrial: la participación de los trabajadores en la empresa*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995.

POQUET CATALÁ, R. *La actual configuración del poder disciplinario empresarial*, Tirant lo Blanch, 2011.

PUEBLA PINILLA, A.M de la. *La responsabilidad civil del sindicato. Un estudio sobre la responsabilidad derivada de la actividad sindical*, La Ley, 2000.

QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T de la. *El recurso de amparo y los Derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Civitas, 1981.

QUIRÓS LOBO, J.M. *Los principios generales del derecho en la doctrina laboral*, Aranzadi, 1984.

REGLERO CAMPOS, L.F. “Conceptos generales y elementos de delimitación” en AAVV. (coord. REGLERO CAMPOS, L.F). *Tratado de responsabilidad civil. Tomo I*, Aranzadi, 5ª edición, 2014.

REGLERO CAMPOS, L.F; MEDINA ALCOZ, L. “El nexos causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor” en AAVV. (coord. REGLERO CAMPOS, L.F). *Tratado de responsabilidad civil. Tomo I*, Aranzadi, 5ª edición, 2014.

RÍOS MARTÍN, J.C; CABRERA CABRERA, P.J. *Mil voces presas*, Universidad Pontificia de Comillas, 1998.

RIVERO LAMAS, J. *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, Universidad de Zaragoza, 1986.

ROCA TRÍAS, E; AHUMADA RUIZ, M.A. *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española*, XV Conferencia trilateral 24-27 de octubre 2013 Roma (online).

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. “Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución Española”, *Revista de Administración pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 177, 2008.

RODRÍGUEZ DEVESA, C., La privación de libertad del trabajador como causa de suspensiva de la relación de trabajo, *Revista de Política Social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 95, 1972.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L. “Plataformas, microworkers y otros desafíos del trabajo en la era digital” en AAVV. (coord. MORA CABELLO DE ALBA, L; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L). *El futuro del trabajo que queremos*, Bomarzo, 2017.

- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Derecho penal. Parte general*, Civitas, 1977.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. “Principio de legalidad y arbitrio judicial” en AAVV. *La vinculación del juez a la ley*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, BOE/UAM, nº 1, 1997.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. *El poder disciplinario y la negociación colectiva*, Comares, 2008.
- RODRÍGUEZ SANTOS, E. *La extinción de la relación laboral por dimisión del trabajador*, Tirant lo Blanch, 2007.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. “Carga de la prueba y presunción de inocencia en el proceso de despido”, *Relaciones laborales*, La Ley, nº 1, 1990.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. “La inadmisión del recurso de amparo y el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, nº 8503, 18 de marzo de 2015 (versión online).
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, La Ley, 1998.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, B. *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, 2013.
- RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido” en AAVV. *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución Española”, *Revista de Derecho Mercantil*, Aranzadi, nº 2, 1983.
- ROMAGNOLI, U. “Autoridad y democracia en la empresa: teorías jurídico-políticas” (trad. SALA FRANCO, T.) en *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, Sociedad de Estudios Laborales, nº 1-2, 1975-1976.
- ROMÁN DE LA TORRE, M.D. *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Grapheus, 1993.

- ROMERO ARIAS, E. *La presunción de inocencia. Estudio de alguna de las consecuencias de la constitucionalización de este Derecho fundamental*, Aranzadi, 1985.
- RON LATAS, R.P. “La modalidad procesal de despidos y sanciones en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”, *Actualidad Laboral*, Wolters Kluwer, nº 10, 2014.
- ROSSI, N. “Contrattazione collettiva e potere disciplinare del datore di lavoro”, *Rivista italiana di Diritto del lavoro*, vol. 4, 2015.
- ROVIRA VIÑAS, A. *El abuso de los Derechos fundamentales*, Península, 1983.
- RUBIO DE MEDINA, M.D. *La reclamación al Estado de salarios de tramitación en juicios por despido*, BOSCH, 2000.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, J. “Sobre la eficacia de los Derechos fundamentales: de la libertad natural a la drittwirkung der grundrechte”, *Anuario da facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 8, 2004.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. “La lesión a terceros en la contratación colectiva (el control de lesividad en los convenios colectivos)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, 1984.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. *Los principios de aplicación del Derecho del trabajo*, ACARL, 1989.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. *Los Derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Civitas, 2005.
- SALA FRANCO, T. *La libertad empresarial de contratación*, Instituto de Estudios Sociales, Ministerio de Trabajo, 1980.
- SALAS CARCELLER, A. “La carga de la prueba en el nuevo proceso civil. La derogación del artículo 1214 del Código Civil”, *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil* nº 27/2001 (versión online).
- SAN MIGUEL PRADERA, L.P. *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004.
- SAN PEDRO CORRAL, M. “Convenio 158 de la OIT: comentario a los artículos 1 y 7”, *Actualidad Laboral*, La Ley, nº 5, 1987.

SÁNCHEZ ICART, F.J; TORRES GOSÁLBEZ, L. “Privación de libertad y despido disciplinario”, *Actualidad Laboral*, Wolters Kluwer, nº 4, 1999.

SANGUINETI RAYMOND, W. “Derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales”, *Relaciones laborales*, La Ley, nº 21-22, 2012.

SANTANA GÓMEZ, A. *La interrupción y la suspensión como medidas cautelares en el procedimiento disciplinario*, Tirant lo Blanch, 1995.

SARAZÁ JIMENA, R. *La protección jurisdiccional de los Derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Tirant lo Blanch, 2011.

SEMPERE NAVARRO, A.V. “Problemas particulares sobre el poder disciplinario y las sanciones en la empresa”, *Tribuna Social*, CISS, nº 63, 1996.

SEMPERE NAVARRO, A.V. “Sobre la OIT y su acción normativa”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Aranzadi, nº 15, 2002 (versión online).

SEMPERE NAVARRO, A.V y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. *El artículo 50 del Estatuto de los trabajadores*, Aranzadi, 2001.

SEMPERE NAVARRO, A.V; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Aranzadi, 2003.

SIGNORELLI, B. “Il principio del ne bis in ídem e la sussistenza del fatto contestado nell’ambito del licenziamento disciplinare”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, Giuffré, nº 2, 2016.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Comisión y omisión. Criterios de distinción” en AAVV (dir. GIMBERNAT ORDEIG, E). *La comisión por omisión*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1994.

SIMS, E. “Seguridad del empleo (terminación de la relación de trabajo)” en AAVV (dir. JAVILLIER, J.C). *Las normas internacionales del trabajo. Un enfoque global*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2002.

SINZHEIMER, H (trad. LISO, F.) “La democratizzazione del rapporto di lavoro” en *Giornale di Diritto del lavoro e di relazioni industriali*, Franco Angeli Editore, nº 2, 1979.

SPEZIALE, V. “Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo”, en AAVV (coord. CHIECO, P.) *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, 2013.

SPEZIALE, V. “La carenza di potere disciplinare per violazione del ne bis in ídem e a seguito di conciliación sindical como hipótesis de insubsistencia del hecho contestado”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, Giuffré, nº 2, 2017.

SFILIMBERGO, I di. “Licenziamento disciplinare e controlli sul lavoratore. Il difficile temperamento tra controlli sul lavoratore e potere disciplinare”, *Giurisprudenza Italiana*, Wolters Kluwer, nº 6, 2017.

SUÁREZ GONZÁLEZ, F. “El origen contractual de la relación jurídica de trabajo”, *Revista de Política Social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 48, 1960.

SUPIOT, A. *Crítica del Derecho del trabajo*, Presses Universitaires de France, 1994 (trad. GIL Y GIL, J.L., Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996).

SUPIOT, A. *Grandeur et misère de l'État social. Leçon inaugurale prononcée le jeudi 29 novembre 2012*, Collège de France, 2013.

TEBA PINTO, M. “Privación de libertad del trabajador. Efectos sobre el contrato de trabajo” en AAVV. (dir. MARÍN CORREA, J.M). *La suspensión del contrato de trabajo*, Consejo General del Poder Judicial, 1994.

TEGOLA, O la. “Sulla responsabilità del datore di lavoro per fatto illecito del dipendente”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, EDIESSE, nº 2, 2018.

TERRADILLOS ORMAETXEA, E. *El poder disciplinario empresarial. Principios y garantías*, Tirant lo Blanch, 2004.

TERRADILLOS ORMAETXEA, E. *Principio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, 2004.

TODOLÍ SIGNES, A. “Glosa judicial. Infracciones en los transportes por carretera y la responsabilidad del trabajador. Comentario a la STS, Social, de 30 de noviembre de 2011 (RCUD nº 887/2011)”, *Actualidad laboral*, Wolters Kluwer, nº 21, 2012.

TODOLÍ SIGNES, A. *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, 2017.

VALDÉS DAL-RÉ, F. “Democracia industrial en Europa: balance de un debate” en AAVV. *Estudios de Derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, 1980.

VALDÉS DAL-RÉ, F. “La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral” en AAVV. *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990.

VALDÉS DAL-RÉ, F. “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador” en APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A. (dirs.) *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta/Fundación 1º de mayo, 1992.

VALDÉS DAL-RÉ, F. “Estado Social y Seguridad Social (I)”, *Relaciones laborales*, La Ley, tomo II, 1994.

VALDÉS DAL-RÉ, F. “Contrato de trabajo, Derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia (1)”, *Relaciones laborales*, La Ley, tomo II, 2003.

VALDÉS DAL-RÉ, F. “La eficacia general de los Derechos fundamentales en las relaciones laborales: experiencias de derecho comparado”, *Derecho de las relaciones laborales*, Lefebvre-El Derecho, nº 3, 2017.

VALLE MUÑOZ, F.A. *El proceso laboral de impugnación de sanciones disciplinarias*, Comares, 2002.

VÁZQUEZ SOTELO, J.L. *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal (estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español)*, Bosch, 1984.

VENEGAS GRAU, M. *Derechos fundamentales y derecho privado. Los Derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Marcial Pons, 2004.

VICENTE DOMINGO, E. “El daño” en AAVV. (coord. REGLERO CAMPOS, L.F). *Tratado de responsabilidad civil. Tomo I*, Aranzadi, 5ª edición, 2014.

- VICENTE MARTÍNEZ, R de. *El principio de legalidad penal*, Tirant lo Blanch, 2004.
- VIDA SORIA, J. *La suspensión del contrato de trabajo. Estudio de las causas que afectan a la prestación del trabajador*, Instituto de Estudios Políticos, 1965.
- VIDA SORIA, J. “Génesis de las normas laborales en la Constitución Española de 1978” en AAVV. *Estudios de Derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, 1980.
- VILLA GIL, L.E de la. “El factum principis” en PALOMEQUE LÓPEZ, M.C; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN (coords.) *Derecho del trabajo y seguridad social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, CEF, 2006 (originalmente publicado en AAVV. *Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo*, Universidad Complutense de Madrid, 1970).
- VILLA GIL, L.E de la. “Apuntes sobre el concepto de trabajador en el Derecho español” en PALOMEQUE LÓPEZ, M.C; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN (coords.) *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, CEF, 2006 (publicado originalmente en *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo*, Valencia, nº 4, 1972).
- VILLA GIL, L.E de la; GARCÍA BECEDAS, G; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. *Instituciones de Derecho del trabajo*, CEURA, 2ª edición, 1991.
- VIQUEIRA PÉREZ, C. *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*, Civitas, 1994.
- VIVES ANTÓN, T.S. “Artículo 25” en AAVV (dirs. PÉREZ TREMS, P; SAIZ ARNAIZ, A). *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario 1978-2018. Tomo I (preámbulo a artículo 96)*, Tirant lo Blanch, 2018.
- WEBER, M. *Economía y sociedad. Escobo de sociología comprensiva*, Tubinga, 1922 (trad. MEDINA ECHAVARRÍA, J; ROURA PARELLA, J; ÍMAZ, E; GARCÍA MÁYNEZ, E; FERRATER MORA, J, 2ª edición, 7ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 1984).
- YAMAGUCHI, T. *La theorie de la suspension du contrat de travail et ses applications pratiques dans le droit des pays membres de la communauté européenne*, LGDJ, 1963.