

## NOTAS:

- (1) Bayón Chacón - Pérez Botija.- Manual de Derecho del Trabajo.- Vol. II, 9 Ed. 1975.
- (2) Torres Gallego, E.- Comentario de urgencia a la Ley de Relaciones Laborales. APD, 1976.
- (3) Hernainz Márquez, M.- Tratado Elemental de Derecho del Trabajo.- Instituto de Estudios Políticos, 10 Ed.-1969.
- (4) Ver Legislación Laboral.- Edición preparada por Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo y Rodríguez de la Borbolla.- Universidad de Sevilla, 1975.
- (5) Montoya Melgar, A.- Derecho del Trabajo. Tecnos, 5 Ed.
- (6) Alonso Olea, M.- Derecho del Trabajo.- 8 Ed. Revisada.
- (7) Roa Rico, L.F.- Horas extraordinarias, comentarios y jurisprudencia. Revista de Trabajo n 89, 1988.
- (8) Sobre este proceso, ver Roa Rico, L.F. Obra citada.
- (9) García Murcia, J.- El nuevo tratamiento de las horas extraordinarias. Relaciones Laborales, Tomo II, 1986.
- (10) Somoza Albaronedo, F.- El Estatuto de los Trabajadores. Textos legales y comentarios.- Ministerio de T. y S.S., 1982.
- (11) Ghidini, M.- Diritto del Lavoro.- Padova, 1985. En el caso Italiano, junto al límite diario de dos horas extraordinarias existe el semanal de doce, con excepciones que permiten superarlos si hay, respectivamente; una compensación semanal o de nueve semanas.
- (12) Roa Rico, L.F.- Horas extraordinarias.- Comentarios a las leyes laborales. VV.AA.- Edersa.
- (13) Tribunal Supremo S.S.19-4-88.- R.A. 3379 y 27-5-88. R.A.4214.
- (14) García Murcia, J.- Obra citada.
- (15) Roa Rico, L.F.- Horas Extraordinarias, comentarios y jurisprudencia. Obra citada.
- (16) Roa Rico, L.F.- Comentarios a las Leyes Laborales. Obra citada.
- (17) Sobre las horas extraordinarias en los Acuerdos Nacionales, García Murcia, J. Obra citada.
- (18) Roa Rico, L.F.- Las horas extraordinarias en la empresa RENFE: Actualidad Laboral.- Tomo I-1989, pág. 42.
- (19) Alonso Olea, M.- Obra citada.
- (20) González Ortega, S.- Fuerza Mayor.- Trabajadores fijos discontinuos y no reapertura del centro de trabajo.- Relaciones Laborales, 1987.- Tomo II.
- (21) Ver SS. 31-5-88.-R.A. 4219; 29-6-88.-R.A. 4804; 6-7-89.-R.A. 5533; todas del Tribunal Supremo.
- (22) S.S. 21-2-73.-R.A. 813 y las ya citadas de 6-7-88 y 29-9-88.
- (23) Por ello, acertadamente, Roa Rico sitúa a las horas estructurales en campo intermedio entre las habituales y las de fuerza mayor. Horas extraordinarias, comentarios y jurisprudencia. Obra citada.
- (24) Además de las ya citadas, la STS 10-4-88 (R.A.3379) señala que "es irrelevante que las horas extraordinarias sean o no estructurales, pues las que no se tienen en cuenta para el cómputo a efectos de duración máxima de la jornada, son únicamente las trabajadas para prevenir siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes..."
- (25) Kahn-Freud, Otto.- Trabajo y Derecho, pág. 52. Ministerio de T. y S.S., 1987.

## LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA (SALA DE SEVILLA) EN MATERIA DE DESPIDO \*

**Sumario:** 1. No hay despido. 2. Despidos y derechos fundamentales. 3. Despidos, unidad de empresa y sucesión ilícita de empresa. 4. Doctrina general. 5. Inexistencia de caducidad de la acción apreciada por el Tribunal Superior y vuelta a la instancia para que conozca del fondo del asunto. 6. Procedentes. 7. Improcedentes. 8. Nulos. 9. Nulos radicales. 10. Regulación de empleo.

Por Tomás Iglesias Pérez \*\*

### 1. NO HAY DESPIDO

Sobre un supuesto en que había un contrato para una obra cierta y determinada, efectuado al amparo del Real Decreto 2.104/84, de 21 de noviembre, en el que el cese se había comunicado al trabajador a los pocos días de acreditarse la finalización de la obra, la sentencia 15/90, de 8 de enero, indica que: "si bien es cierto que a la llegada del término de la obra, se continúa en la prestación de los servicios, esta tácita reconducción, normalmente es expresiva de la presunta voluntad de que se produzca la novación del contrato, convirtiéndose en indefinido, lo que inicialmente fuera temporal, esta presunción debe ceder a la prueba en contrario acreditativa de la naturaleza temporal de la prestación, como así lo proclama el art. 2.2 c) del Real Decreto Ley citado y el art. 49.3 del E.T., cual acontece en nuestro caso". En el mismo sentido se pronuncia la sentencia 177/90, de 5 de marzo, para un supuesto en que tras varios contratos de obra determinada realizados al amparo del Real Decreto 2.104/84, las obras terminaron el 30-6-89 y sin embargo el trabajador continuó prestando sus servicios hasta el 11-7-89 "lo que es intrascendente,

\* Este trabajo fue presentado como comunicación a las *Jornadas sobre Tribunales Superiores de Justicia y Jurisprudencia Social*, Barcelona 14 y 15 de Diciembre de 1990, organizadas por las Asociaciones Catalana y Valenciana de Juristas Demócratas.

\*\* Abogado. Profesor Asociado de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla.

porque (...) el contrato no se convierte por tiempo indefinido cuando (...) claramente consta la naturaleza temporal de la prestación".

También se entiende que estamos en un supuesto de finalización de contrato en el caso de un jugador de baloncesto que durante la temporada 88-89 prestó sus servicios a determinado club, que descendió de categoría al finalizar la dicha temporada, existiendo en el contrato una cláusula en la que se establecía que para la temporada 89-90 se mantendría la vinculación laboral entre las partes siempre que el club se mantuviera en la primera división nacional; la sentencia se fundamenta en que los términos del contrato son "claramente expresivos de la voluntad contractual que, por ello y según lo ordenado en el art. 1281 del Código Civil, ha de extraerse de la interpretación literal de los mismos reveladora del propósito de establecer una condición resolutoria específica de los servicios del actor (...) y como el acontecimiento que constituía la condición, según la expresión del art. 1114 del Código Civil, no se cumplió puesto que el equipo descendió de categoría, se produjo la extinción del contrato", en base al art. 49.2 del E.T. (S. 174/90, de 5 de marzo).

También dice que no estamos ante un despido cuando una empresa ha impuesto a un grupo de trabajadoras una reducción importante en su jornada laboral, porque: "si el despido se ha de definir como el modo de extinción de la relación laboral por voluntad del empresario (...) en el caso de autos, en que las actoras ven tan sólo disminuidas sus horas de trabajo por sucesión de empresas de limpieza, no se puede hablar de tal figura, sino, en su caso, de modificación de las condiciones de trabajo, que podría encontrar encaje en el art. 41.2 a) del E.T., pero en modo alguno de despido, (...), sin que pueda aceptarse la tesis de las mismas en orden a que tal merma horaria equivale a despido parcial, por inexistencia de dicha figura al permanecer el vínculo" (Sentencia 630/90, de 30 de junio). Sin embargo, podría cuestionarse la contundencia de estas afirmaciones si tenemos en cuenta que entre las situaciones contempladas como originarias de la situación legal de desempleo, se encuentra el supuesto de "cuando se reduzca, en una tercera parte, al menos, la jornada de trabajo, previa la correspondiente autorización administrativa" según dispone el art. 6.1, tres de la Ley 31/84, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, si bien es cierto que el Reglamento de desarrollo de dicha Ley cuando se refiere a la reducción parcial de la jornada ordinaria, se dice que sea adoptada "por resolución de la autoridad laboral competente dictada en expediente de regulación de empleo o modificación de las condiciones de trabajo" (art. 1, cuatro del R.D. 625/85, de 2 de abril).

Dentro de este mismo apartado podemos considerar también aquellos casos en que no proceden las consecuencias habituales de la regulación de los despidos:

En diversas sentencias se recoge una doctrina ya sentada y expresada de forma constante por el Tribunal Supremo y el Tribunal Central de Trabajo. Dichas resoluciones se refieren a los despidos producidos en las administra-

ciones públicas en que ya sean nulos o improcedentes no juegan las consecuencias habituales para tales calificaciones jurídicas, sino solamente la condena indemnizatoria. De no adoptarse la interpretación citada "se vulnerarían los principios de igualdad de oportunidades a que se refiere el art. 23 y de mérito y capacidad reflejado en el art. 103, ambos de la Constitución Española, (...). Ahora bien (...) si bien debe evitarse que las contrataciones temporales por inobservancia de las formalidades o negligencias funcionariales se transformen en relaciones indefinidas, debe igualmente evitarse que por una defensa a ultranza de los principios anteriormente citados queden desamparados los derechos de los trabajadores, (...) arbitrando la solución de reconocerles al menos el derecho de una compensación económica, la correspondiente al despido improcedente, pues ignorar estos derechos por un excesivo respeto a aquellos llegaría a conculcar otros igualmente constitucionales como los de tutela judicial efectiva y de igualdad". Esta cita es de la sentencia 35/90, de 22 de enero, si bien en el mismo sentido pueden citarse otras: S. 87/89, de 15 de julio y S. 78/90, de 6 de febrero.

## 2. DESPIDOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

La sentencia ya citada 78/90, de 6 de febrero, trata otro aspecto de interés en relación al derecho a la tutela judicial efectiva. El juzgado de lo social de instancia en un procedimiento de despido había declarado caducada la acción porque la reclamación previa no se había presentado tal como dispone el art. 145.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo en el centro administrativo en que prestase sus servicios el trabajador, que la había presentado ante la Delegación Provincial correspondiente de la Junta de Andalucía de la que dependía aquel centro. El Tribunal Superior de Justicia estima el recurso y revoca la sentencia fijando la correspondiente indemnización argumentando que "siendo reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional en orden a que las exigencias procesales -o procedimentales- deben estar en aras de su auténtica finalidad y de la tutela efectiva de los derechos, proclamada por el art. 24.1 de la Constitución, sin que cualquier error pueda determinar el decaimiento del derecho o de la acción, cuando se ha cumplido el plazo y se ha exteriorizado inequívocamente la voluntad de recurrir, (...); al aplicarse la doctrina expuesta al presente caso es evidente la escasa significación del error padecido por el demandante al presentar la reclamación previa en la Delegación (...), en vez de hacerlo en el mismo colegio en que prestó sus servicios, según establece el art. 145.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo...".

Otro derecho fundamental a que se alude en algunas sentencias es la presunción de inocencia aplicada en el ámbito disciplinario laboral, afirmándose que "dado el carácter iuris tantum de esta presunción, puede quedar desvirtuada mediante prueba en contrario y el derecho a la tutela judicial efectiva".

cuando no se efectúa prueba alguna encaminada a acreditar la realidad de los hechos imputados al trabajador, que motivan el despido". Esta referencia que es de la sentencia 16/90 de 8 de enero, se repite casi textualmente en otra, la 302/90 de 11 de abril. Seguramente, sin embargo, mejor que decir que sólo se vulnera la presunción de inocencia cuando no se efectúa prueba alguna, sería más correcto afirmar que se vulnera tal derecho cuando no se efectúa prueba suficiente que permita desvirtuar la presunción.

### 3. DESPIDOS, UNIDAD DE EMPRESA Y SUCESION Ilicita DE EMPRESA

En la sentencia 163/89, de 26 de septiembre, se afirma que no es empresario quien mediante venta judicial adquiere el edificio de la empresa, pero sin su mobiliario, revocando una sentencia de instancia que así lo había entendido; se argumenta en este sentido que "en el supuesto de venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de sus bienes, se entenderá que se ha producido cambio de titularidad, con la consiguiente subrogación del cesionario en los derechos y obligaciones laborales del cedente, siempre que, en el caso de venta parcial, los bienes permitan continuar, también parcialmente, la actividad de la empresa, y en el caso de autos ha de admitirse que la transmisión no fue de la Industria"; la falta de matices en este pronunciamiento judicial puede sentar un precedente peligroso por cuanto en el caso se trataba de un establecimiento de la industria de hostelería, concretamente un hostel, en relación al cual el inmueble se lo adjudicó una persona y el inmobiliario otra distinta, prestándose la doctrina tan poco matizada expuesta a situaciones abusivas y a actuaciones en fraude de Ley.

Tampoco es empresario quien simplemente se dedica a subvencionar la actividad de otra entidad; en este sentido se indica que "la pretendida titularidad de los servicios de la Junta de Andalucía no resulta de los documentos (...) y en el último únicamente se alude por el Ayuntamiento demandado a que se ha recibido de la (...) Consejería una subvención para la escuela de adultos de tal población y entidad, siendo obvio que la ayuda de un servicio no convierte en titular del mismo a quien la efectúa; la condición de empresario requiere ineludiblemente la recepción de los servicios prestados por el trabajador, según se infiere claramente del art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, de ahí la manifiesta relevancia al respecto de quien los subvenciona..." (S. 902/90, de 11 de octubre).

En otro sentido si se considera que son empresarios y hay, por tanto, unidad de empresa entre el armador y el propietario de un buque que constituyen comunidad de hecho; así se decide en un supuesto de un buque adquirido por un señor que posteriormente otorga escritura pública con su esposa, pactando en régimen de separación de bienes, liquidándose la sociedad con-

yugal y adjudicándose la propiedad del buque en que prestaban sus servicios los trabajadores "prosiguiéndose la explotación del mismo, figurando José Rodríguez Moreno como empresario de las nóminas que expedía", cursando éste las correspondientes cartas de despido; se afirma en la resolución judicial comentada que la adición postulada por la recurrente para que se incluyera entre los hechos probados que el armador del buque era su esposo, no desvirtúa la afirmación contenida en la sentencia de instancia, según la cual ambos esposos, en lo que a la explotación de dicho buque se refiere constituían una comunidad de hecho (S. 352/89, de 18 de diciembre).

En otro supuesto de gran interés, el Tribunal Superior de Justicia estima el recurso de suplicación en un procedimiento de despido extendiendo la condena de una persona que había sido condenada en la instancia, a otras dos personas físicas más en base a considerar que se habían producido entre tales tres personas dos cambios de titularidad de la empresa ilícitos, por ser en fraude de Ley, siendo de aplicación las consecuencias previstas en el art. 44.2 del E.T.. El supuesto fáctico podemos resumirlo en una serie de actuaciones que ocurren entre el 1-6-89 y el 30-10-89 consistentes en los siguientes: unos trabajadores con mucha antigüedad son objeto de una sucesión de empresa en virtud de la cual pasan de la empresaria A al empresario B, al adquirir éste el negocio de aquella el 1-6-89; el día 12 del mismo mes les comunica que los traslada del céntrico bar donde prestaban sus servicios en Sevilla a otro bar de propiedad del señor B en una barriada; el 25-10-89 se produce una segunda sucesión de empresa al haber traspasado el Sr. B el negocio al Sr. C quien procede a efectuar ciertas obras, comunica a los actores el cierre del bar por tales razones y hasta nuevo aviso y deja de abonarle los salarios; en el motivo de revisión de los hechos probados la sentencia del Tribunal Superior de Justicia incluye otros dos datos: que el Sr. B además del traspaso del negocio que tuvo lugar en el primer cambio de titularidad, aparte de dicho traspaso, había adquirido el inmueble donde se ubicaba aquel centro de trabajo; de otro lado también se incluye como probado que el último empresario no tiene inscritos a su nombre ningún bien inmueble en los registros de la Propiedad de Sevilla; los recurrentes habían denunciado la infracción de los arts. 6.4 (fraude de ley) y 1249-1253 (prueba de presunciones) todos ellos del Código Civil, pretendiendo el recurso que la responsabilidad "se extienda a las tres personas para las que los trabajadores prestaron servicio, aplicando al caso el art. 44.2 del E.T., porque entiende que las transmisiones operadas entre aquellas fueron artificiosamente construídas para defraudar los derechos derivados de su condición de obreros fijos con gran antigüedad al servicio de la empleadora inicial"; razona la sala que "las transmisiones operadas en un cortísimo lapso de tiempo, han venido a dejar sin eficacia los claros derechos de los productores, con lo que el mecanismo de garantía de la situación de estos que, para los supuestos de sucesión de empresas, regula el párrafo I del art. 44 citado, ha quedado sin contenido por la misma anomalía..."

empresarial del último empleador; situación final límite que ha de ser corregida con el establecimiento de la responsabilidad solidaria que prevé el párrafo 2 del precepto que se comenta..."; también refiere el tribunal en relación al art. 44.2 a que dicha norma "puede ser aplicada directamente por los Tribunales del orden social sin perjuicio de las actuaciones que se realicen en el orden penal, para valorar las decisiones de las distintas empresas..." (S. 616/90, de 30 de junio).

#### 4. DOCTRINA GENERAL

En algunas sentencias se reitera la doctrina general de "que en el enjuiciamiento de la máxima sanción laboral, el despido, se ha de tratar singularmente cada supuesto, ponderando todas las circunstancias y con atención especial al factor humano, al que ha de concederse la máxima importancia (...)" (S. 225/90, de 19 de marzo; con un tenor prácticamente idéntico, S. 386/90, de 10 de mayo).

#### 5. INEXISTENCIA DE CADUCIDAD DE LA ACCION APRECIADA POR EL TRIBUNAL SUPERIOR Y VUELTA A LA INSTANCIA PARA QUE CONOZCA DEL FONDO DEL ASUNTO

La S. 280/90, de 3 de abril, se refiere a un supuesto en el que el Magistrado de instancia apreció la caducidad de la acción de despido y se abstuvo de entrar a conocer sobre el fondo del mismo entendiendo que la caducidad de la acción le impedía pronunciarse sobre ello; una vez establecido por el Tribunal Superior la inexistencia de caducidad de la acción "queda abierto el camino para entrar en la calificación y consecuencias de dicho despido, que es lo que, en definitiva, pide el propio recurrente, pero sobre lo que la sala no puede pronunciarse, sin que antes lo haya hecho el Juzgado de lo Social, pues de hacerlo privaría a las partes -como se advirtió en la reciente sentencia de 19-3-90 de su conocimiento en la instancia y, sobre todo la demandada, de la posibilidad de revisar para modificarlos o completarlos, los hechos en que se apoya la decisión recurrida, por lo cual el recurso sólo puede ser estimado en parte, con la consiguiente anulación de la sentencia recurrida para que, partiendo de la inexistencia de la caducidad de la acción, el Magistrado dicte otra nueva, entrando en la calificación del despido cuestionado (...)"

De todas formas, el criterio establecido en esta sentencia no es establecido por otra de las que comentamos con anterioridad cuando nos referimos a la interpretación del 145.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo coherente con el derecho al tutela judicial; en efecto, en aquella sentencia, 78/90 de 16 de febrero, se declara que no hay caducidad de la acción de despido por

más que el reclamante hubiera presentado la reclamación previa no en su centro de trabajo sino en la Delegación Provincial de la Consejería de la que dependía el mismo; y sin embargo en el fallo de tal resolución judicial una vez que se declara la inexistencia de caducidad se condena al organismo público correspondiente como si se tratase de la indemnización de un despido improcedente, entrándose, de esta forma, en el fondo del asunto; la explicación que seguramente podría encontrarse a tal disparidad de criterios pudiera ser que en esta última sentencia citada el juzgador de instancia a pesar de apreciar la caducidad dejó en los hechos probados un relato bastante pormenorizado del fondo del asunto, que haría superflua la vuelta al mismo de los autos correspondientes. No obstante ello, este doble rasero, de devolver en un caso y en otro no los autos al juzgador "a quo", puede plantear problemas de delimitación de cuando sería de una forma y cuando de otra, siendo deseable que en las resoluciones judiciales futuras se delimitará con mayor precisión dicho tema.

#### 6. PROCEDENTES

Se declara procedente un despido en base a la nueva redacción del art. 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores cuando a la literalidad de aquel precepto se le añade la referencia: "comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual" de acuerdo con la reforma de la Ley 3/89, de 3 de marzo; en concreto tal despido se justifica porque: "dentro y fuera del centro de trabajo hizo proposiciones deshonestas a una compañera con amenaza de violación y muerte. Siendo estos hechos claramente encajables en el art. 54.2 del E.T., por constituir un incumplimiento grave y culpable de la consideración debida a la dignidad de todas las personas que trabajan en la empresa (...)" (S. 27/90, de 15 de enero). En otro supuesto también se califica un despido como procedente en base a la transgresión de la buena fe contractual (art. 54.2.d) del E.T.) porque "aunque el despido ha de basarse en parámetros de equilibrio y moderación, dada las graves consecuencias que produce, individualizando las circunstancias concurrentes por ser graduable el concepto de culpabilidad, ello no permite, ante un caso tan claro como el presente, eliminar el dolo en la conducta de la recurrente que, al apropiarse y llevar a su domicilio un paquete conteniendo unos zapatos nuevos de señora que había olvidado una cliente, incurrió en la infracción de aquellos deberes de fidelidad y lealtad (...)" (S.185/90, de 5 de marzo).

#### 7. IMPROCEDENTES

A) *Faltas de puntualidad*; se considera improcedente un despido en el

que se habían probado seis faltas de puntualidad ocurridas durante dos meses, teniendo en cuenta que la Ordenanza del sector sólo consideraba falta muy grave sancionable con el despido superar la cifra de diez faltas de puntualidad en un periodo de seis meses (S. 155/89, de 26 de septiembre).

#### B) Desobediencia:

-Se declara también la improcedencia en una negativa a una orden empresarial que la sentencia de referencia considera como una excepción al principio de "solve et repete"; se trataba de una negativa reiterada de una trabajadora a realizar el trabajo encomendado si no se le abonaba el importe del transporte; la argumentación de la sentencia se refiere a que "aún sin negar la repetición del hecho enjuiciado, sin que la empresa adoptara otras medidas a su alcance, más que las disciplinarias, es claro que la conducta de la actora no merece la calificación de gravedad y trascendencia que se le quiere atribuir, pues nada aparece del perjuicio que se haya podido irrogar a la empresa (...) limitándose a poner de manifiesto el comportamiento empresarial de no poner a disposición de la trabajadora los medios económicos indispensables para la realización del cometido ordenado, ya que al no adelantar los gastos del transporte entraña una decisión no justificativa del despido (...)" (S. 100/89, de 2 de julio).

-La misma calificación de improcedencia se emite respecto a un despido producido por la negativa a un trabajo fuera de la jornada legal y que además no era de la categoría del trabajador a quien se le encargaba; en tal sentido la S. 153/89, de 26 de septiembre, se refiere a que "la desobediencia sancionable con despido a que se refiere el n 1 del art. 54 del E.T. es aquella en la que el operario, sin causa ni justificación alguna, se niega a cumplir ordenes o instrucciones del empresario relacionadas con el trabajo, emitidas en el marco de sus atribuciones y en el ámbito de la legalidad, de suerte que si el incumplimiento trata de proteger derechos propios ante un ejercicio regular de la función empresarial, desaparecen los elementos de culpabilidad y gravedad en la supuesta indisciplina. Tal ocurre en el caso de autos donde aparece probado que la empresa impone habitualmente una jornada de trabajo superior en gran medida a la legal y que, fuera de dicha jornada, se requirió al actor para que realizara una función de recogida manual de gravilla que no corresponde a su categoría profesional de conductor, por lo que la negativa de éste a cumplir tal orden carece de entidad suficiente para justificar su despido (...).

-La misma suerte que los casos anteriores corre un despido producido por la negativa del trabajador a firmar el Libro de Matrícula y el alta en la Seguridad Social; tal decisión se adopta porque "al negarse a ello se procedió a su inmediato despido, sin darle tiempo ni siquiera para que pudiera asesorarse respecto a la realidad del cambio de titularidad empresarial así como a

las consecuencias que de ello pudieran derivarse para él y si quedaban debidamente garantizados todos sus derechos (...)" (S. 308/89, de 4 de diciembre).

#### C) Ofensas verbales:

-La sentencia 155/89 de 26 de septiembre estima un recurso y declara un despido improcedente pese a una palabra ofensiva dirigida por el trabajador al empresario y se fundamenta ello porque "en cuanto al término **majara** que dedicó al patrono y a la amenaza de meterlo en la cárcel, hay que tener en cuenta que éste la había dado al obrero cinco cheques sin fondos para pagarle sus salarios de otros tantos meses lo que, si no justifica cualquier clase de reacción más o menos violenta, si disminuye su trascendencia a efectos de sanción, que no debe ser la más grave, es decir la de despido (...)"

-En otra sentencia se parte de los siguientes hechos básicos: por una parte el actor había denunciado a la empresa porque en un anterior despido entendía que ésta se había quedado con objetos de su propiedad, siendo el fallo del juzgador penal absolutorio respecto a la empresa denunciada; por otra parte el trabajador había comentado a un cliente que "se había salido con el tirón" (comentando el resultado de un juicio de despido anterior), que "le había dado un puyazo que le había dejado sin sangre" y que "como no tenía dinero para indemnizarle le había tenido que readmitir" a lo que añadió en otra ocasión en que la empresaria le comunicó que no tenía cambio de cinco mil pesetas que "siempre pasa igual con el cambio, estamos en bancarrota"; ni la denuncia penal ni las frases vertidas se entienden justificadoras de la procedencia del despido; en el primer caso porque la actuación del trabajador no fue sino ejercicio de un derecho legítimo, garantizado por el art. 24.1 de la Constitución Española que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva; y en cuanto a los comentarios se mantiene que "si se tiene en cuenta el malestar que existía entre ambas partes, así como el nivel cultural del trabajador, aunque hay que admitir que encierran cierta ironía molesta, no pueden considerarse pronunciados con ánimo de faltar gravemente al respeto y consideración debidos a la titular de la empresa y, en consecuencia, no justifica el que se le impusiera al trabajador la máxima sanción posible en el ámbito laboral" (S. 306/89, de 4 de diciembre).

D) *Transgresión de la buena fe contractual*; la sentencia 58/90, de 29 de enero, se refiere al caso de un guarda en funciones de peón agrícola que había "desobedecido las reiteradas ordenes que se le habían dado en el sentido de no tener en la finca de los demandados tres vacas con sus becerros y otros animales de corral ocupando cobertizos y corrales, así como sembrando pequeños huertos en los alrededores de su vivienda, sita en la finca de los demandados", teniendo en cuenta que le había autorizado a ello el anterior titular de la empresa; prosigue la sentencia afirmando que "los incumplimientos con-

tractuales sólo dan lugar al despido cuando sean graves y culpables, calificativos no aplicables en situaciones en las que, además de no concurrir perjuicio notorio de la empresa, existen entre las partes discrepancias sobre los derechos del trabajador nacidos de una situación concreta, por lo que, si la conducta del operario no tiende a vulnerar las facultades directivas de su empleador sino a proteger sus propios derechos frente a un ejercicio irregular de esas facultades, no cabe entender presentes esas notas de gravedad y culpabilidad. (...) la parte recurrente trataba de suprimir determinadas condiciones de trabajo del actor, cuya existencia es anterior a la adquisición del pleno dominio del centro de trabajo y fue tolerada durante tres años después por los empleadores (...).

## 8. NULOS

En la sentencia 163/90, de 26 de febrero, se indica que no se puede tachar de nula una carta de despido cuando alguna de las imputaciones contenidas tenga suficiente concreción; así dice literalmente que "basta que esa concreción no se dé en una de las imputaciones, para que la infracción denunciada (nulidad del despido) deba rechazarse", ello, por supuesto, sin perjuicio de que las otras imputaciones no puedan ser tenidas en cuenta como motivos de oposición a la demanda por exceder del contenido de la carta tal como manda el art. 105.2 de la vigente Ley de Procedimiento Laboral.

## 9. NULOS RADICALES

En la sentencia 75/90, de 6 de febrero, se contiene una definición de los supuestos que integran la calificación de despidos nulos radicales, y así se mantiene que "para que exista un despido en fraude de ley merecedor de la declaración de nulidad radical, deben apreciarse, al menos, vehementemente indicios o conducta empresarial de una intención discriminatoria o subjetivamente atentatoria contra los derechos fundamentales del trabajador, de tal forma que el despido incida en el libre ejercicio y disfrute de tales derechos, vulnerándolos o lesionándolos (...)".

En sentido similar otra sentencia hace referencia a que los gravísimos actos de la recurrente eliminan "la intención discriminatoria o persecutoria de la empresa con respecto a la demandante, que no ha existido en este caso, ya que el despido impugnado se ha basado exclusivamente en los actos reales y muy graves llevados a cabo por la recurrente, sin que haya discriminación porque otros despedidos aceptaran la oferta conciliatoria de la empresa y la demandante la rehusara, pues con ello se está afirmando la existencia de un trato igual, esto es, despido y conciliación, aunque lógicamente ésta requiere

el consentimiento de ambas partes y ha sido la actora quien no lo ha dado, como tampoco puede inferirse discriminación o persecución por los litigios anteriores entre las partes, que se describen en la sentencia, porque como se ha dicho el despido de autos se adoptó por la conducta concreta de la actora a que antes se hizo referencia (...)" (S. 229/90, de 19 de marzo).

## 10. REGULACION DE EMPLEO

La sentencia de 27 de octubre de 1989 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que a diferencia de las anteriormente citadas no es de la Sala de lo Social sino de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla establece que las reglas sobre indemnizaciones a percibir por los trabajadores establecidas en el art. 51.10 del E.T. (20 días por año de antigüedad con un máximo de 12 mensualidades) son normas de derecho necesario, sin que puedan convenirse entre las partes cantidades inferiores a las que resultan de la aplicación de tales reglas, y siendo por tanto nulos los acuerdos que hayan podido hacerse en este sentido; esta sentencia se remite a la del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1988.