

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

**DOTTORATO DI RICERCA IN  
SCIENZE GIURIDICHE**

Ciclo XXX

**Settore Concorsuale:** 12/B2

**Settore Scientifico Disciplinare:** IUS/07

**LA CESSAZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO IN CASO DI  
INADEMPIMENTO DEGLI OBBLIGHI CONTRATTUALI DEL  
PRESTATORE DI LAVORO. PROFILI COMPARATIVI (ITALIA E  
SPAGNA)**

**Presentata da:** Pompeyo Gabriel Ortega Lozano

**Coordinatore Dottorato**

Prof. Andrea Morrone

**Supervisore**

Prof. Sandro Mainardi

**Co - supervisore**

Prof. Davide Casale

**Esame finale anno 2018**



*A mis padres.  
A mis hermanos.  
A mi amor, Sara.*



## SINTESI

Si intende elaborare un'analisi dell'eterogenea e diversificata problematica che presenta il quadro giuridico-positivo del licenziamento disciplinare in Spagna e in Italia come principale figura estintiva del contratto di lavoro. Questa istituzione dispone degli elementi necessari e sufficienti per ergersi a oggetto di studio continuo e attuale: è una figura giuridica che al contempo gode di una complessa e particolare articolazione normativa che si converte in un elemento di totale applicazione pratica che causa l'emergere di numerosi problemi tecnici. Dunque, ci si trova davanti a un'analisi particolareggiata delle elaborazioni della dottrina scientifico-giuridica e giurisprudenziale rispetto al diritto regolatore –nella sua totalità– del licenziamento indotto dal comportamento volontario del dipendente.

Per quanto riguarda la struttura del testo, esso si divide in due sezioni autonome ma intimamente relazionate: da una parte, la sezione I fa riferimento al licenziamento disciplinare in Spagna e, dall'altra, la sezione II concernente al licenziamento disciplinare in Italia. In ognuna delle sezioni menzionate troviamo una prima parte che si riferisce al percorso storico e giuridico del licenziamento disciplinare; e una seconda parte che fa riferimento alle cause –italiane e spagnole– per le quali un dipendente possa essere licenziato per azioni, per condotta o per comportamento disobbediente; e una terza parte dove si studia la prospettiva processuale del procedimento e le conseguenze giuridiche della qualificazione del licenziamento in Spagna e Italia. Al riguardo, si espongono i principali problemi interpretativi di carattere sostanziale e procedurale che possono sorgere, offrendo le soluzioni più conformi al diritto vigente, così come alcune alternative *lege ferenda* che il legislatore dovrebbe affrontare per una futura riforma del lavoro.

## PAROLE CHIAVE

Licenziamento, disciplinare, cessazione, inadempimento, cause, azioni, condotta, comportamento, disobbediente, sanzione, procedimentalizzazione, processuale, conseguenze, Italia, Spagna.



## **TITLE**

The termination of the working relationship in case of breach of the contractual obligations of the employee. Comparative study (Italy and Spain).

## **ABSTRACT**

This research aims at analyzing the diverse and heterogeneous difficulties present into the legal framework of disciplinary dismissal in Spain and Italy as main figure of ending of the employment contract. Disciplinary dismissal carries the necessary and enough characteristics to become a present and continuous object of study. It is a legal figure that has a complex and special normative articulation; at the same time it is a element of complete practical application and hence, prone to raise numerous technical problems in its implementation. Hence, this study contains a detailed analysis of dismissal for innate cause, that being the employee's voluntary behaviour. The research describes its regulatory law –as a whole– through its scientific-legal and jurisprudential doctrine.

Regarding the structure of the text, the study is divided in two separated sections but intimately related: on one hand, section I covering the disciplinary dismissal concept in Spain and, on the other hand, section II related to disciplinary dismissal in Italy. Each sections will be introduced with a first part referring to the historical and legal development of disciplinary dismissal; a second part depicting the Italian and Spanish causes for which a company is able to dismiss an employee because of his behaviour, conduct or disobedience; and a third part where the procedural perspective of the proceedings and the legal consequences of the valid and invalid dismissals in Spain and Italy will be studied. In that regard, the main interpretative issues of substantive and procedural type that can appear will be explained, offering the most coherent solutions in accordance with the applicable law, as well as some *lege ferenda* alternatives that the legislator should contemplate with regards to a future labour law reform.

## **KEYWORDS**

Dismissal, disciplinary, termination, breach, causes, actions, conduct, behaviour, disobedience, punishments, procedure, procedural, consequences, Italy, Spain.





## RESUMEN

Se pretende realizar un análisis de la diversa y heterogénea problemática que presenta el marco jurídico-positivo del despido disciplinario en España y en Italia como principal figura extintiva del contrato de trabajo. Esta institución posee los rasgos necesarios y suficientes para erigirse en objeto de estudio continuo y actual: es una figura jurídica que goza de una compleja y particular articulación normativa al mismo tiempo que se convierte en un elemento de total aplicación práctica, lo que suscita el planteamiento de numerosos problemas técnicos. Por tanto, se está ante un análisis pormenorizado de las elaboraciones de la doctrina científico-jurídica y jurisprudencial respecto al derecho regulador –en todo su conjunto– del despido por causa innata al propio comportamiento voluntario del empleado.

En lo que concierne a la estructura del texto, el mismo se encuentra dividido en dos secciones independientes pero íntimamente relacionadas: por un lado, la sección I relativa al despido disciplinario en España y, por otro, la sección II relativa al despido disciplinario en Italia. En cada una de las dos secciones mencionadas encontramos una primera parte que hace referencia al trayecto histórico y jurídico recorrido por el despido disciplinario; una segunda parte que hace referencia a las causas –italianas y españolas– por las que puede despedirse al empleado por su actuación, conducta o proceder desobediente; y una tercera parte donde se estudia la perspectiva procesal del procedimiento y las consecuencias jurídicas de la calificación del despido en España e Italia. Al respecto, se exponen los principales problemas interpretativos de carácter sustantivo y procesal que pueden plantearse, ofreciéndose las soluciones más coherentes con arreglo al derecho vigente, así como algunas alternativas *lege ferenda* que el legislador debiera plantearse de cara a una futura reforma laboral.

## PALABRAS CLAVE

Despido, disciplinario, extinción, incumplimiento, causas, acciones, conducta, comportamiento, desobediencia, sanciones, procedimiento, procesal, consecuencias, Italia, España.





**La cessazione del rapporto di lavoro in  
caso di inadempimento degli obblighi  
contrattuali del prestatore di lavoro.  
Profili comparatistici (Italia e Spagna)**

**Pompeyo Gabriel Ortega Lozano**



## INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE .....	22
SEZIONE I. LICENZIAMENTO DISCIPLINARE IN SPAGNA .....	30
PARTE PRIMERA. UN RECORRIDO HISTÓRICO Y JURÍDICO POR EL DESPIDO DISCIPLINARIO ESPAÑOL .....	34
CAPÍTULO I. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICO-NORMATIVA DEL DESPIDO DISCIPLINARIO EN ESPAÑA .....	36
1. Contexto del despido disciplinario: delimitación normativa y clasificación..	36
2. La evolución histórico-jurídica de las justas causas disciplinarias.....	40
2.1 Los inicios del despido en la normativa general: el Código Civil de 1889 y el Código de Comercio de 1885.....	41
2.2. La primera normativa específicamente laboral: el Código de Trabajo de 1926.....	44
2.3 De la normativa republicana a los inicios de la dictadura militar: Ley de Contrato de Trabajo de 1931 y Fuero del Trabajo de 1938 .....	45
2.4 El régimen jurídico durante la dictadura franquista: Ley de Contrato de Trabajo de 1944 y Decreto de 26 de octubre de 1956.....	48
2.5 Las leyes de la transición política española: Ley de Relaciones Laborales de 1976, Real Decreto-ley sobre medidas económicas de 1976 y Real Decreto-ley sobre relaciones de trabajo de 1977 .....	51
2.6 El Estatuto de los Trabajadores de 1980.....	54
3. La indeterminación jurídica de los conceptos en el despido disciplinario .....	57
4. La búsqueda de un correcto sistema de protección del empleo .....	61
PARTE SECONDA. CAUSA GENERICA E CAUSE SPECIFICHE DEL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE SPAGNOLO.....	65
CAPITOLO II. LE NOZIONI FONDAMENTALI DELL'ESTINZIONE LAVORATIVA DISCIPLINARE DA PARTE DEL DATORE DI LAVORO.....	71
1. Il licenziamento disciplinare nel Diritto del Lavoro: negozio giuridico unilaterale ed extragiudiziale .....	71

## INDICE SOMMARIO

2. Il vero fondamento causale del licenziamento disciplinare: inadempimento contrattuale grave e colpevole .....	73
<b>CAPITOLO III. LE ASSENZE DAL LAVORO RIPETUTE E INGIUSTIFICATE O MANCANZA DI PUNTUALITÀ AL LAVORO.....</b>	<b>78</b>
1. Concetto e fondamento .....	78
2. Assenze ripetute: principio <i>non bis in idem</i> .....	79
3. Casi legali di assenza della giustificazione dell'assenza dal lavoro o mancanza di puntualità .....	81
4. Gravità e colpevolezza.....	84
<b>CAPITOLO IV. L'INDISCIPLINA O DISOBEDIENZA SUL LAVORO .....</b>	<b>90</b>
1. Concetto e fondamento .....	90
2. Il principio <i>solve et repete</i> e <i>ius resistentiae</i> .....	91
3. L'indisciplina o disobbedienza sul lavoro relazionate con altre cause di licenziamento .....	93
3.1 La denominata teoria giurisprudenziale degli inadempimenti contrattuali di disobbedienza, trasgressione della buona fede e abuso di fiducia .....	93
3.2 Lo sciopero dei lavoratori .....	94
4. Gravità e colpevolezza.....	95
<b>CAPITOLO V. LE OFFESE VERBALI E FISICHE.....</b>	<b>100</b>
1. Concetto e fondamento .....	100
2. L'offensore e i soggetti passivi.....	101
2.1 Le offese destinate al datore di lavoro o all'impresa .....	102
2.2 Le offese destinate ai familiari dell'imprenditore o dei colleghi di lavoro .....	103
2.3 Le offese destinate ai superiori dell'impresa.....	104
2.4 Le offese rivolte ai colleghi di lavoro .....	105

## INDICE SOMMARIO

2.5 Leminacce .....	106
3. Gravità e colpevolezza.....	107
<b>CAPITOLO VI. LA TRASGRESSIONE DELLA BUONA FEDE CONTRATTUALE E L'ABUSO DI FIDUCIA NELLO SVOLGIMENTO DEL LAVORO.....</b>	<b>113</b>
1. Concetto e fondamento .....	113
2. Comportamenti che ledono la buona fede contrattuale o l'abuso di fiducia .	115
2.1 Situazione di concorrenza nel mercato: segreti aziendali e concorrenza sleale .....	115
2.2 Appropriazione indebita e perdita di fiducia .....	118
2.3 Approfittarsi del lavoratore per la propria posizione nell'impresa..	122
2.4 L'inganno o la bugia del lavoratore.....	124
2.5 L'incapacità del lavoratore l'impiego .....	125
2.6 Abbandono del posto di lavoro .....	127
2.7 La mancanza di diligenza.....	128
3. Gravità e colpevolezza.....	130
<b>CAPITOLO VII. LA CONTINUA E VOLONTARIA DIMINUZIONE NEL RENDIMENTO DEL LAVORO NORMALE O PATTUITO .....</b>	<b>133</b>
1. Concetto e fondamento .....	133
2. Il termine di comparazione .....	134
2.1 Il rendimento pattuito come termine di comparazione .....	136
2.2 Rendimento normale oggettivo –dedotto dalla produttività del resto dei lavoratori– o rendimento normale soggettivo –dedotto dallo stesso lavoratore in suddette condizioni– .....	137
3. Gravità e colpevolezza.....	139
<b>CAPITOLO VIII. UBRIACHEZZA ABITUALE O TOSSICODIPENDENZA SE INCIDONO NEGATIVAMENTE SUL LAVORO .....</b>	<b>145</b>



## INDICE SOMMARIO

1. Concetto e fondamento .....	145
2. L'abitudine nell'ubriachezza o nella tossicodipendenza.....	146
3. La ripercussione negativa sul lavoro .....	147
4. Gravità e colpevolezza.....	148
CAPITOLO IX. LA MOLESTIA PER RAGIONI DI RAZZA O ORIGINE ETNICA, DI RELIGIONE O CREDO, DI DISABILITÀ, DI ETÀ O DI ORIENTAMENTO SESSUALE E LE MOLESTIE SESSUALI AI DANNI DELL'IMPRENDITORE O DELLE PERSONE CHE LAVORANO NELL'IMPRESA .....	152
1. Concetto e fondamento .....	152
2. La molestia sessuale .....	154
3. La molestia morale o <i>mobbing</i> .....	154
PARTE TERZA. IL PROCEDIMENTO DISCIPLINARE E LE CONSEGUENZE GIURIDICHE DELLA GIUSTIFICAZIONE, INVALIDITÀ E NULLITÀ DEL LICENZIAMENTO .....	157
CAPÍTULO X. EL PROCESO DEL DESPIDO DISCIPLINARIO .....	159
1. Las características procesales del despido disciplinario .....	160
1.1 Demanda .....	161
1.2 Acumulación de acciones .....	165
1.3 Sentencia.....	166
2. La modalidad procesal del despido cuando se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas .....	168
3. Requisitos formales de toda sanción disciplinaria: la carta de despido.....	169
4. La prescripción de las faltas laborales: el plazo para ejercer el poder sancionador del empresario .....	171
5. Las oportunidades otorgadas al empresario para subsanar los defectos formales .....	173
5.1 La primera oportunidad.....	174

5.2 La segunda oportunidad .....	176
6. La caducidad en el plazo de impugnación del despido: la actuación del trabajador contra la decisión empresarial .....	178
<b>CAPITOLO XI. LA QUALIFICAZIONE DEL LICENZIAMENTO: GIUSTIFICATO MOTIVO, INVALIDITÀ E NULLITÀ DEL LICENZIAMENTO</b> .....	<b>181</b>
1. Il licenziamento per giustificato motivo: conseguenze giuridiche .....	181
2. L’invalidità, illegittimità o mancanza di giusta causa del licenziamento: conseguenze giuridiche.....	183
2.1 Le ragioni dell’invalidità o illegittimità del licenziamento: forma e sostanza .....	183
2.2 Le conseguenze giuridiche dell’illegittimità o invalidità del licenziamento .....	184
2.2.1 La scelta per la riammissione.....	185
2.2.2 La scelta per la cessazione indennizzata .....	187
2.3 Lo stipendio non più ricevuto dall’attuazione del licenziamento: i “ <i>salarios de tramitación</i> ” .....	192
3. La nullità del licenziamento: conseguenze giuridiche.....	194
3.1 La nullità del licenziamento per discriminazione o violazione dei diritti fondamentali o delle libertà civili .....	195
3.2 La nullità del licenziamento durante circostanze biologiche e familiari particolarmente tutelate.....	196
3.3 Le conseguenze giuridiche della nullità del licenziamento: le differenze con il licenziamento illegittimo o invalido .....	198
<b>SECCIÓN II. DESPIDO DISCIPLINARIO EN ITALIA.....</b>	<b>203</b>
<b>PARTE PRIMERA. UN RECORRIDO HISTÓRICO Y JURÍDICO POR EL DESPIDO DISCIPLINARIO ITALIANO .....</b>	<b>207</b>
<b>CAPÍTULO XII. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICO-NORMATIVA DEL PODER DISCIPLINARIO Y DE LA SANCIÓN DE DESPIDO EN ITALIA: DEL</b>	

DESPIDO <i>AD NUTUM</i> AL DESPIDO POR <i>GIUSTA CAUSA</i> O <i>GIUSTIFICATO MOTIVO</i> .....	209
1. Orígenes, contexto y uso del poder disciplinario y de la sanción disciplinaria en Italia: desde la época del Derecho Romano hasta la empresa moderna.....	209
2. Antecedentes y orígenes del despido en el contexto normativo clásico italiano: del despido <i>ad nutum</i> al despido por justa causa o justificado motivo.....	212
PARTE SEGUNDA. EL DESPIDO POR <i>GIUSTA CAUSA</i> Y EL DESPIDO POR <i>GIUSTIFICATO MOTIVO</i> EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO.....	223
CAPÍTULO XIII. LA EXTINCIÓN DISCIPLINARIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO .....	225
1. Estudio del régimen jurídico del despido disciplinario a la luz de las normas del ordenamiento italiano: justa causa y justificado motivo.....	225
2. El despido por justa causa.....	231
3. El despido por justificado motivo.....	236
PARTE TERCERA. EL PROCEDIMIENTO DE LA EXTINCIÓN POR JUSTA CAUSA O JUSTIFICADO MOTIVO Y LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO ILEGÍTIMO ITALIANO: DESPIDO NULO, ANULABLE E INEFICAZ.....	245
CAPÍTULO XIV. EL PROCESO O <i>PROCEDIMENTALIZZAZIONE</i> DE LA SANCIÓN DISCIPLINARIA.....	247
1. Los requisitos formales del despido y su impugnación .....	247
2. La problemática jurisprudencial sobre la aplicación de las garantías del artículo 7 del <i>Statuto dei Lavoratori</i> .....	248
3. El procedimiento disciplinario de extinción de la relación laboral .....	251
4. La impugnación del despido .....	260
CAPÍTULO XV. LA CALIFICACIÓN DE LA EXTINCIÓN ILEGÍTIMA EN ITALIA: DESPIDO NULO, DESPIDO ANULABLE Y DESPIDO INEFICAZ...	264
1. Consecuencias jurídicas de la calificación del despido: estudio del artículo 18 del <i>Statuto dei Lavoratori</i> .....	264
1.1 La <i>tutela reintegratoria piena</i> o reincorporación plena.....	268

## INDICE SOMMARIO

1.2 La <i>tutela reintegratoria con indennità limitata</i> o reincorporación con indemnización limitada.....	273
1.3 La <i>tutela indennitaria forte</i> o indemnización fuerte .....	275
1.4 La <i>tutela indennitaria ridotta</i> o mecanismos de protección reducida .....	277
1.5 Características de aplicación del artículo 18 del <i>Statuto dei Lavoratori</i> .....	278
2. La tutela frente al despido ilegítimo: tutela real y tutela obligatoria.....	280
3. Régimen flexible del despido a partir de la vigencia del <i>Decreto Legislativo 23/2015, 4 marzo, disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescente</i> .....	285
3.1. Consecuencias del despido a partir de la vigencia del <i>Decreto Legislativo 23/2015, 4 marzo</i> .....	286
3.2 Conciliación, anulación del despido, pequeñas y medianas empresas, compañías tendenciales o sin ánimo de lucro .....	290
BILANCIO E PROSPETTIVE: CONCLUSIONI E PROPOSTE <i>LEGE FERENDA</i> .	294
BIBLIOGRAFIA .....	325



## **La cessazione del rapporto di lavoro in caso di inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro. Profili comparatistici (Italia e Spagna)**

### **INTRODUZIONE**

Si intende elaborare un'analisi dell'eterogenea e diversificata problematica che presenta il quadro giuridico-positivo del licenziamento disciplinare in Spagna e in Italia come principale figura estintiva del contratto di lavoro.

Questa istituzione dispone degli elementi necessari e sufficienti per ergersi a oggetto di studio continuo e attuale: è una figura giuridica che al contempo gode di una complessa e particolare articolazione normativa che si converte in un elemento di totale applicazione pratica che causa l'emergere di numerosi problemi tecnici.

Dunque, ci si trova davanti a un'analisi particolareggiata delle elaborazioni della dottrina scientifico-giuridica e giurisprudenziale rispetto al diritto regolatore –nella sua totalità– del licenziamento indotto dal comportamento volontario del dipendente.

Per quanto riguarda la struttura del testo, esso si divide in due sezioni autonome ma intimamente relazionate: da una parte, la sezione I fa riferimento al licenziamento disciplinario in Spagna e, dall'altra, la sezione II concernente al licenziamento disciplinario in Italia.

A loro volta, tali sezioni sono costituite da tre differenti parti che si occupano dello stesso contenuto, riferendosi separatamente ai rispettivi ordinamenti –italiano e spagnolo–, ma con evidenti indizi che mettiamo in relazione e confrontiamo.

In ognuna delle sezioni menzionate troviamo una prima parte che si riferisce al percorso storico e giuridico del licenziamento disciplinare; e una seconda parte che fa riferimento alle cause –italiane e spagnole– per le quali un dipendente può essere licenziato per azioni, per condotta o per comportamento disobbediente; e una terza parte dove si studia la prospettiva processuale del procedimento e le conseguenze giuridiche della qualificazione del licenziamento in Spagna e Italia

All'interno di dette sezioni e parti in cui è divisa questa tesi dottorale troviamo anche un importante elenco di capitoli per un totale di quindici. In effetti, sono capitoli indipendenti ma strettamente correlati. Anche se non è il momento di discernere il contenuto, sembra opportuno fare, in questa introduzione, una breve menzione dello scopo di ciascuno di essi e del rapporto che li lega.

Anche se si potrebbe pensare che il capitolo I –della sezione I– e il capitolo XII –della sezione II– della ricerca abbiano un carattere puramente chiarificatore, in realtà adempiono a tre funzioni trascendentali per la piena comprensione del lavoro: in primo luogo, si fa uno sforzo importante per chiarire il lessico giuridico impiegato dal legislatore, dalla dottrina e dai tribunali spagnoli e italiani, quando si riferiscono al

licenziamento per ragioni relazionate al comportamento del dipendente; in secondo luogo, si procede al monitoraggio e all'analisi storica della disciplina che regola fin dalla sua nascita questo tipo di licenziamento. Ciò risulta molto utile sia per comprendere la legislazione vigente sia per valutare possibili alternative di riforma della legge; in terzo luogo, si spiega in quale misura può avere rilevanza giuridica la concorrenza di una causa disciplinare giusta per la cessazione del contratto di lavoro.

Questi capitoli ci fanno comprendere che la ragione per la nascita di una legislazione che tuteli i dipendenti contro il negozio giuridico unilaterale, costitutivo e ricettizio chiamato licenziamento, non è altra che la legge del mercato. Come si può osservare, le esigenze formali e causali per dichiarare valido il licenziamento hanno trasformato l'iniziale licenziamento libero *–ad nutum–* in una istituzione formale e causale *–ad causam–*: conseguenza tangibile dell'intima relazione tra la storia del licenziamento e la storia del Diritto del Lavoro.

Continuando nel progresso del processo di licenziamento, dai capitoli II a IX – della sezione I– e nel capitolo XIII –della sezione II– si studia il fondamento e ragionamento del licenziamento del lavoratore. Determinare ciò che si può o non si può considerare giusta causa per un licenziamento disciplinare continua a essere un compito caratterizzato da un alto livello di insicurezza giuridica che cerchiamo di spiegare nei capitoli citati.

Iniziamo chiarendo che per causa di licenziamento si intende quella circostanza che si oppone alla continuazione della vigenza del contratto di lavoro confermando l'intenzione risolutiva del datore di lavoro. Qui analizziamo, sul fronte dell'ordinamento giuridico spagnolo, i fondamenti sui quali poggia la proiezione del licenziamento disciplinare; e, sul fronte dell'ordinamento giuridico italiano, il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo dell'estinzione del vincolo contrattuale.

In Spagna, la tecnica che sopravvive attualmente coniuga l'enunciazione di una causa generica *–inadempimento contrattuale grave e colpevole–* con l'enumerazione di cause specifiche ereditate dalla tradizione legislativa dello stesso ordinamento giuridico *–in particolare, si riportano sette commi concreti a titolo esemplificativo e non *numerus clausus–*.*

In Italia, tuttavia, la regolazione è generale, non fa riferimento esplicito a una lista specifica di infrazioni del lavoratore che giustificerebbero il suo licenziamento. Il metodo italiano mantenuto attualmente si è organizzato sulla base di decisioni giurisprudenziali: in effetti, è un modello generico da dettagliare e implementare in sede giudiziale. Nel complesso, è una tecnica fortemente influenzata dal giudice e dalle circostanze del contesto.

Tuttavia, con lo studio del fondamento che giustifica il licenziamento apporteremmo risultati incompleti quando non errati, per non parlare di tutte le

circostanze in cui l'estinzione della relazione lavorativa per cause inerenti al comportamento del lavoratore è presente: per tanto, nei capitoli X –della sezione I– e XIV –della sezione II– si realizza un esame unitario e globale della procedimentalizzazione della sanzione in Spagna e in Italia.

Entrambi i sistemi giuridici si sono preoccupati di instaurare un sistema complesso di garanzie formali che normativizzano i poteri risolutivi del datore di lavoro come i meccanismi di difesa del dipendente per far fronte all'uso irregolare della potestà imprenditoriale. Si è preteso ricondurre a strumenti giuridici lo scenario originato dal conflitto tra i poteri di licenziamento del datore di lavoro e la necessaria protezione dei diritti del lavoratore, che ha portato a un sistema di licenziamento diretto eminentemente formale e giuridicamente prescritto.

È vero che la liceità o no della decisione di licenziare dipende direttamente dal fatto che la stessa appaia basata su di una causa sufficiente, in modo che un licenziamento privo di fondatezza causale non possa essere ritenuto efficace. Eppure, se il datore di lavoro pretende il successo del licenziamento è obbligato, inoltre, a rispettare certe formalità imposte legalmente o stabilite nel contratto collettivo in vigore.

Per una corretta comprensione dell'estinzione della relazione lavorativa, è necessario tener conto anche della qualificazione, degli effetti e delle conseguenze giuridiche di una sentenza declaratoria di legittimità –licenziamento giustificato–, invalidità –licenziamento illegittimo– o nullità –licenziamento nullo– del licenziamento in Spagna, o della nullità, annullabilità o inefficacia in Italia, che si vedrà nei capitoli XI –della sezione I– e XV –della sezione II– di questo testo.

In questi capitoli riproponiamo la necessità della rinascita del dibattito sulle conseguenze dei licenziamenti illeciti a causa dell'attuale indebolimento delle condizioni, delle garanzie e dei diritti dei lavoratori.

Nell'ordinamento giuridico spagnolo questo indebolimento si attribuisce a diversi fattori tra cui il più evidente è l'accettazione da parte dei tribunali del diritto del datore di lavoro a licenziare senza giusta causa –ci riferiamo al licenziamento illegittimo o invalido–: la causa si converte in un elemento essenziale per licenziare un lavoratore senza alcun costo –che equivale a un licenziamento legittimo– però non impedisce l'estinzione del contratto di lavoro se il datore è disposto a corrispondere il costo economico del licenziamento senza giusta causa. In effetti l'illegittimità del licenziamento è uno dei fattori eccezionali che, diretta al giorno d'oggi a degiudizializzare il licenziamento, ha terminato per decausalizzarlo. Con questa figura giuridica si concede al datore di lavoro la facoltà di rescindere dal contratto senza la necessità di una causa, con l'unica condizione di garantire il pagamento di un indennizzo economico o costo di licenziamento.



Quanto detto finisce per trasformarsi in un difetto innato dell'ordinamento giuridico spagnolo: il paradosso si produce perché, teoricamente, il sistema non riconosce il licenziamento privo di causa; però, in assenza della causa, la normativa spagnola lo cataloga come licenziamento illegittimo o invalido –licenziamento senza giusta causa– tale operazione implica privare l'atto delle sue conseguenze normali –renderlo nullo–. Alla fine si produce l'estinzione in cambio –o per sostituzione– dell'ottenimento del corrispondente costo economico al lavoratore.

Questa deformazione delle nozioni fondamentali provoca una serie di conseguenze che terminano con il danneggiare la logica stessa del licenziamento; ma non solo questo, perché il risultato del dibattito politico sul licenziamento si riduce o conclude in un problema di costi economici –allontanandosi dai veri interroganti del licenziamento che, a nostro avviso, non si sintetizzano solo nell'indennizzo economico, nel salario per anni di servizio, in “*salarios de tramitación*” o nella prorata delle mensilità pertinenti; inoltre, ci sono anche problemi relazionati ai diritti e garanzie dei dipendenti e al potere imprenditoriale, tra molte altre questioni–.

In tal senso, nell'ordinamento giuridico italiano, con la recente riforma Fornero –legge 92/2012– è stato eliminato il sistema sanzionatorio unitario basato sulla riassunzione del lavoratore per licenziamento illegittimo –più tecnicamente, è stata eliminata la riammissione in determinati casi di licenziamento illegittimo–. In effetti con l'attuale regolamentazione italiana non è sicuro che si possa ottenere la riammissione del lavoratore. Tuttavia crediamo che sia un sistema un poco più protezionista di quello spagnolo per il fatto di mantenere la riassunzione o reintegrazione di licenziamenti nulli e in alcuni casi annullabili –seppur con indennizzo limitato–.

A quanto precede c'è da aggiungere anche la recente riforma del Decreto Legislativo 23/2015, del 4 marzo, disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, la cui conseguenza principale è che, nei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dai contratti stipulati a partire dalla loro entrata in vigore, non esiste più la riassunzione del lavoratore ma solo la fine della relazione lavorativa per estinzione indennizzata, il che significa che la maggior parte dei licenziamenti individuali si gestisce in questo modo producendo un appello lecito alla frode alla legge.

Riassumendo, e purtroppo, –in Spagna il licenziamento libero ma indennizzato è stato istituito da tempo– l'Italia sembra approssimarsi a un licenziamento libero poco indennizzato la cui riassunzione potrà darsi solo in casi di trasgressione dei diritti fondamentali e di discriminazioni.

Da ultimo, lo scenario politico-giuridico non sceglie di dedicare lo sforzo necessario per correggere la carenza, né per migliorare ciò che già funziona. Le

osservazioni precedenti corroborano la nostra affermazione riguardo la complessità e l'importante contenziosità del tema.

Poste le basi per la comprensione del regime giuridico del licenziamento disciplinare esponiamo una serie di conclusioni e proposte *lege ferenda* in riferimento a entrambi gli ordinamenti giuridici –italiano e spagnolo–.

Nelle conclusioni di questa ricerca si mette in discussione in modo critico e propositivo l'istituzione del licenziamento prendendo in considerazione le importanti trasformazioni sociali ed economiche riscontrate attualmente. Il punto di partenza delle stesse si individua, non solo nella crisi economica che stiamo attraversando, ma anche nella crisi sociale e di valori, così come nella constatazione della crisi istituzionale e della rottura della regolamentazione del lavoro che grava sull'ordinamento giuridico spagnolo e italiano.

È evidente che la legislazione del lavoro che regola il licenziamento non risponde pienamente alle caratteristiche del contesto sociale ed economico nel quale deve applicarsi, né alle esigenze di una politica che sembra favorire il datore di lavoro a scapito del lavoratore.

La pretesa di riforme non è stata altro che uno spostamento della tutela dei diritti fondamentali del lavoratore verso la protezione dei poteri del datore di lavoro: alla luce di quanto detto, non possiamo negare che ci troviamo dinnanzi a una delle figure più incandescenti che attualmente possiamo riscontrare nel Diritto del Lavoro.

In questo contesto le costanti riforme proiettate alla regolazione delle modalità estintive del contratto di lavoro hanno prodotto uno scenario politico-giuridico che ha sostenuto, in modo energico e coraggioso, l'idea che la regolamentazione rigida del mercato del lavoro è il principale colpevole della distruzione dell'occupazione.

Come logica conseguenza dell'affermazione anteriore si è considerato che il datore di lavoro possieda alti costi economici per contrattare, mantenere o licenziare i lavoratori e, soprattutto, eccessive difficoltà per la gestione, il mantenimento e il governo della sua impresa.

Come risultato di quanto detto –in particolare, derivanti da approcci europei– ora, Spagna e Italia, sono paesi che si fondano su un Diritto del Lavoro basato su un concetto di occupazione mercificato. Di conseguenza, il trattamento giuridico delle modalità estintive e la politica giuridica risultante, nel suo complesso, continuano ad assumere una logica di razionalità monetaria ed economica.

Ci muoviamo verso un modello aziendale più flessibile rispetto alla sua struttura giuridico-organizzativa. I nuovi orientamenti sono diretti a una maggiore tolleranza nell'uso della contrattazione e del licenziamento, che si riassume in un mercato del lavoro temporeggiatore che facilita la rapida transizione di ingresso, uscita e

reintegrazione al lavoro dei dipendenti, integrato da un sistema di benefici pubblici per coloro che rimangono senza occupazione –ovviamente a carico del Tesoro pubblico–.

Ciò accerta, nella pratica, che in Spagna –e in alcuni casi anche in Italia– il licenziamento libero è chiaramente permesso, ma questo sì, indennizzato – licenziamento pagato–. È evidente che nella pratica giuridica primeggia il modello di riassunzione scambiabile per denaro –in altri termini, la non riassunzione del lavoratore in cambio della presa in carico del costo del licenziamento; nella prassi, la cosiddetta stabilità obbligatoria– sul modello della riassunzione obbligatoria per qualsiasi licenziamento senza causa e senza forma –la stabilità reale–. Questo è il modello legale in vigore in Spagna e verso il quale si dirige l'Italia: le trasformazioni affrontate evidenziano che ci evolviamo verso un licenziamento sempre più libero e meno indennizzato –recesso unilaterale *ad nutum*–; in sostanza, verso un nuovo diritto flessibile del lavoro.

E anche se non riteniamo possibile arrestare il mutamento che è già cominciato, sì crediamo di aver la capacità di incidere in esso –soprattutto in Italia, situandolo all'inizio di questo percorso–. Per questo motivo l'oggetto di studio abbraccia l'origine storico-normativa dell'estinzione per inadempimento del lavoratore, le sue giuste cause, le formalità procedurali e le conseguenze giuridiche della qualificazione della sentenza. Ciò dall'approccio di due sistemi giuridici: italiano e spagnolo. Al riguardo, si espongono i principali problemi interpretativi di carattere sostanziale e procedurale che possono sorgere, offrendo le soluzioni più conformi al diritto vigente, così come alcune alternative *lege ferenda* che il legislatore dovrebbe affrontare per una futura riforma del lavoro. Contenuti e conseguenze che possono applicarsi a tutte le categorie rimanenti del licenziamento –non soltanto al disciplinare–. Ciò tenendo presente il nuovo approccio del diritto flessibile del lavoro.

Infine, una volta determinato l'obiettivo, la giustificazione e il contenuto di questo lavoro di ricerca ne deriva precisare la metodologia. Pur ritenendo che il metodo utilizzato deve dedursi dalla stessa ricerca conviene fornire un riferimento previo dell'approccio metodico utilizzato. Per conoscere l'istituzione del licenziamento per inadempimento contrattuale grave del lavoratore è stato considerato il diritto in vigore e primario –sostegno e obiettivo principale della tesi–. Ci ritroviamo di fronte a un lavoro strettamente giuridico e di diritto.

Tuttavia crediamo che sia pertinente relazionare questo diritto vigente con la prospettiva sociale ed economica e in una proiezione normativa e politico-giuridica. È evidente che il diritto non può disconnettersi completamente dallo scenario socio-economico nel quale si inserisce e interrelaziona, perché al contrario condurrebbe a un sapere apparente, di per sé, di una complessa realtà giuridica. La impresa sulla quale si sviluppa la prestazione dei servizi è, prima di tutto, una realtà socio-economica mantenuta da relazioni lavorative che acquisiscono implicazioni e connotazioni con conseguenze molto diverse.

Non si deve ignorare che il licenziamento è materia che interessa numerose discipline giuridiche e metagiuridiche, ciò fa sì che questa ricerca si sviluppi in un piano di interdisciplinarietà scientifica. Pertanto questo studio dovrebbe prosperare tra discipline giuridiche diverse allo stesso modo in cui si concilia il diritto con altre scienze sociali. Per tanto, non ci tiriamo indietro nel fare riferimento, laddove riteniamo opportuno, a elementi facenti parte di altri campi del sapere.

Esaminando ulteriormente il tema, i modelli di sviluppo della presente ricerca constano di un'impostazione e una metodologia basata sull'analisi e sullo studio della normativa, della dottrina e della giurisprudenza. Tutto questo, argomentato nei fondamenti normativi della tutela del lavoro, valutati attraverso opposizioni dottrinali e giurisprudenziali con l'intenzione di unificare la problematica descritta. Ciò, identificando e descrivendo i problemi di interpretazione della legge, con critiche ed elogi all'ordinamento esistente e proponendo la soluzione più adeguata al sistema attuale.

È in virtù di quanto dimostrato che questa tesi dottorale svilupperà un lavoro di raccolta e sistematizzazione di dati, di analisi della situazione attuale e di critiche e proposte di riforma facendo uso delle seguenti linee metodologiche: 1°) Ricerca sistematizzata: spiegazione ordinatrice delle disposizioni giuridiche, dottrinali, giudiziali e legislative. 2°) Ricerca *lege lata* o interpretativa: interpretazione delle leggi, sentenze e dottrina scientifica, impostando il problema interpretativo, illustrando alternative e giustificando la soluzione pertinente. 3°) Ricerca *lege ferenda* o riformatrice: critica della soluzione vigente e formulazione e difesa del suo cambiamento per un'altra soluzione –con l'obiettivo di sollecitare le autorità competenti–.

Si crede che questa ricerca, dalle sue riflessioni analitiche, profonde e propositive, abbia l'aspirazione effettiva di trasformarsi in un'opera di riferimento per i distinti settori professionali relazionati con la stessa.

La ragione ultima di questa ricerca si concentra, principalmente, nella strumentazione giuridico lavorativa di un sistema giusto ed equilibrato rispetto al licenziamento del lavoratore, incamminandoci, essenzialmente, nella ricerca di un metodo di estinzione della relazione lavorativa che protegga, giuridicamente, tanto l'impiegato quanto il datore di lavoro.

Questi sono gli obiettivi e le finalità del testo che presentiamo essendo coscienti che la tesi dottorale è un lavoro di ricerca nel quale si impara e si utilizzano i metodi propri della disciplina.



**SEZIONE I. LICENZIAMENTO DISCIPLINARE IN SPAGNA**



Nella sezione I si esaminano le situazioni, ai sensi della normativa spagnola, nelle quali si potrà estinguere la relazione lavorativa per volontà del datore di lavoro a causa dell'inadempimento contrattuale grave e colpevole del lavoratore –ciò che si chiama licenziamento disciplinare–. Nell'ordinamento giuridico spagnolo la cessazione della relazione lavorativa rimane inglobata nelle seguenti situazioni: a) Licenziamento individuale che può essere un licenziamento disciplinare o un licenziamento per circostanze oggettive. Sarà un licenziamento disciplinare quando la causa del licenziamento si rintraccia nell'inadempimento contrattuale grave e intenzionale del lavoratore. Tuttavia, si considera licenziamento per circostanze oggettive quando la ragione del licenziamento si rintraccia in cause indipendenti dalla volontà del lavoratore –inattitudine, mancanza di adattamento, cause economiche, tecniche, organizzative o di produzione, assenze giustificate dal lavoro che raggiungano una determinata soglia, o per la fine dell'esecuzione di piani e programmi pubblici–. b) Licenziamento collettivo quando la causa dell'estinzione è inerente o si basa su ragioni imprenditoriali in relazione al numero dei lavoratori licenziati.

Parimenti nei licenziamenti dei lavoratori si dovranno tenere in conto il procedimento e le formalità specifiche della cessazione della relazione lavorativa e i limiti esistenti per facilitare la conoscenza delle motivazioni concrete per le quali si prende la decisione di licenziare. In seguito si favorisce la difesa giudiziale dell'impiegato di fronte a cessazioni arbitrarie della relazione lavorativa. Infine il giudice dovrà valutare il licenziamento che potrà essere dichiarato giustificato –licenziamento legittimo–, illegittimo –licenziamento invalido o senza giusta causa– o nullo con differenti conseguenze per ognuna delle qualificazioni estintive del contratto di lavoro.





**PARTE PRIMERA**

**UN RECORRIDO HISTÓRICO Y JURÍDICO POR EL DESPIDO  
DISCIPLINARIO ESPAÑOL**



## CAPÍTULO I. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICO-NORMATIVA DEL DESPIDO DISCIPLINARIO EN ESPAÑA

**SUMARIO.** CAPÍTULO I. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICO-NORMATIVA DEL DESPIDO DISCIPLINARIO EN ESPAÑA. 1. Contexto del despido disciplinario: delimitación normativa y clasificación. 2. La evolución histórico-jurídica de las justas causas disciplinarias. 2.1 Los inicios del despido en la normativa general: el Código Civil de 1889 y el Código de Comercio de 1885. 2.2. La primera normativa específicamente laboral: el Código de Trabajo de 1926. 2.3 De la normativa republicana a los inicios de la dictadura militar: Ley de Contrato de Trabajo de 1931 y Fuero del Trabajo de 1938. 2.4 El régimen jurídico durante la dictadura franquista: Ley de Contrato de Trabajo de 1944 y Decreto de 26 de octubre de 1956. 2.5 Las leyes de la transición política española: Ley de Relaciones Laborales de 1976, Real Decreto-ley sobre medidas económicas de 1976 y Real Decreto-ley sobre relaciones de trabajo de 1977. 2.6 El Estatuto de los Trabajadores de 1980. 3. La indeterminación jurídica de los conceptos en el despido disciplinario. 4. La búsqueda de un correcto sistema de protección del empleo.

### 1. Contexto del despido disciplinario: delimitación normativa y clasificación

En el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante y para simplificar ET), el despido disciplinario queda regulado en los artículos 54 a 56 –junto a su interpretación enlazada a otros preceptos– dentro de la sección cuarta dedicada a la extinción del contrato de trabajo del capítulo tercero concerniente a la modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo.

El despido disciplinario es una categoría extintiva de pronunciado carácter individual que conecta, de forma explícita e implícita, la dimensión sancionadora que posee el empleador con la estructura de la extinción contractual fundamentada en el principio de causalidad.

Una conexión que se manifiesta, en primer lugar, en la concepción del despido disciplinario como un prototipo del poder sancionador que posee el empleador –frente al trabajador– ante una desobediencia grave de los deberes laborales contractuales en el progreso ordinario de la actividad laboral, constituyéndose, implícitamente, como sanción más grave, la pérdida de trabajo<sup>1</sup> y, por ende, del medio de supervivencia del trabajador<sup>2</sup>, lo que trae como desenlace la confirmación de la singular posición de

---

<sup>1</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: “Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al*: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012, p. 776.

<sup>2</sup> RUBIO DE MEDINA, M<sup>a</sup>. D.: *El despido disciplinario*, Barcelona, Bosch, 2000, p. 9.

desigualdad de las partes en el contrato de trabajo<sup>3</sup>; en segundo lugar, en la regulación causal, evitando así la imparcialidad o arbitrariedad, asociándose, al mismo par, con el sentido y el alcance del auténtico y genuino derecho social al trabajo constitucionalmente reconocido en el artículo 35<sup>4</sup>, eludiendo, de esta forma, el despido libre y caprichoso –conviene hacer notar que del artículo 35.1 de la Constitución Española se deriva el derecho del trabajador a la continuidad o estabilidad en el empleo<sup>5</sup>: a no ser despedido si no existe justa causa<sup>6</sup>; pero no la garantía constitucional de los efectos del despido injustificado siendo posible, al respecto, distintas elecciones de política jurídica<sup>7</sup>–.

Despido disciplinario considerado como elemento connatural de la norma jurídica. En otros términos, como condena –técnicamente sanción<sup>8</sup>– impuesta a quién incumple sus obligaciones con la finalidad de evitar la amenaza de un mal a la empresa o empresario<sup>9</sup>.

Es el grupo normativo formado por la Constitución Española, la Carta Social Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>10</sup>, junto al Convenio número 158 de la OIT, los textos jurídicos que conforman el grueso preceptivo orientado a exigir el justificado motivo del despido del trabajador en los términos del artículo 54 ET –que regula el despido disciplinario o despido por antonomasia–<sup>11</sup>.

<sup>3</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: “Forma y procedimientos del despido disciplinario (ET: arts. 55 y concordantes. Estudio especial del despido nulo)”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.) *et al*: *La reforma del Estatuto de los Trabajadores. El despido. Tomo II*, Madrid, Edersa, 1994, p. 220.

<sup>4</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), MOLINA NAVARRETE, C. (Dir.) y MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N. (Dir.) *et al*: *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002, pp. 287 y ss.

<sup>5</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *Presente y futuro de la Regulación del Despido*, Navarra, Aranzadi, 1997, p. 161.

<sup>6</sup> MONTOYA MELGAR, A.: “La protección constitucional de los derechos laborales”, en AA. VV.: *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, CEF, 1980, p. 288.

<sup>7</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al*: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Granada, Comares, 2014, p. 115.

<sup>8</sup> *Vid.* CARNELUTTI, F.: *Teoría generale del diritto*, Roma, Edizioni Scientifiche Italiane, 1951, p. 27.

<sup>9</sup> LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1956, p. 177.

<sup>10</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “Protección en caso de despido injustificado (art. 30)”, en MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coord.) y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coord.) *et al*: *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pp. 695 y ss.

<sup>11</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “El despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al*: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 173.

Asimismo, si de alguna institución es comprensible una imagen del Derecho del Trabajo como inmenso arsenal de textos y reglamentaciones que no cesa de complicarse y reformarse continuamente y que podría sintetizarse como un derecho sin razón jurídica, esta es, sin duda, la institución relativa al despido disciplinario<sup>12</sup>.

Despido que se convierte en la más amplia de las figuras jurídicas con las que comprender, de manera global y en conjunto, el Derecho del Trabajo y, más en concreto, el contrato de trabajo, siempre enmarcado por el signo de la divergencia de intereses entre las partes que conforman la relación jurídica laboral<sup>13</sup>.

La advertencia de la doctrina científica de que en el ordenamiento jurídico-laboral español no se diferencian, ni organizan, sino que se enumeran de un modo confuso, oscuro e igualitario, todas las causas por las que finalizan los contrato de trabajo<sup>14</sup>, si bien se refería a la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, continúa siendo válida para la actual legislación: el ET al regular conjuntamente la extinción del contrato de trabajo, en su artículo 49, persevera en tal costumbre.

En el cuadro general de causas de extinción del contrato de trabajo, el legislador no ha seguido un criterio clasificatorio explícito sino que se ha ceñido en realizar una enumeración mínima y estructurada de causas extintivas del contrato laboral. Éstas las podemos encontrar en el artículo 49 ET que son desarrolladas en preceptos ulteriores.

Precisamente, para resarcir tal insuficiencia de enumeración de todas estas causas que extinguen la relación laboral –no obstante, debe manifestarse que la citada deficiencia es relativa ya que la utilización de la fórmula enunciativa es perfectamente adecuada y correcta en una ley– la doctrina se encargó de elaborar distintas clasificaciones de las mismas. En consecuencia, la organización de las causas de extinción del contrato de trabajo puede realizarse desde varios puntos de vista igualmente válidos. Nosotros, en atención a una combinación de criterios de resultado, nos inclinamos por la siguiente clasificación<sup>15</sup>:

- Extinción del contrato por voluntad conjunta, inicial o sobrevenida de las partes, entre las que podemos encontrar:

- i. Mutuo acuerdo.

---

<sup>12</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “La recalificación judicial del despido en fraude de ley: una nueva Edad Media en el derecho del trabajo post-moderno”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Presente y futuro de la Regulación del Despido*, cit., p. 459.

<sup>13</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Itinerarios circulares del Derecho del Trabajo: del despido libre al despido indemnizado”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2001, p. 127.

<sup>14</sup> Entre ellos, Pérez Leñero. *Vid.* CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, Barcelona, Bosch, 1984, p. 15.

<sup>15</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 2013, pp. 642 y ss.

- ii. Cumplimiento del contrato: comprende la expiración del tiempo o conclusión del trabajo convenido y el cumplimiento de condición resolutoria válidamente establecida.
- Extinción del contrato por decisión unilateral de las partes, sean dependientes de la voluntad del empresario o atiendan a la voluntad unilateral del trabajador:
  - i. Despido disciplinario.
  - ii. Despido colectivo por causas empresariales o por fuerza mayor.
  - iii. Despido por circunstancias objetivas independientes de la voluntad del trabajador.
  - iv. Causal: dimisión provocada o despido indirecto y por decisión de la trabajadora víctima de violencia de género.
  - v. *Ad nutum*: dimisión voluntaria preavisada.
  - vi. Abandono.
- Extinción del contrato por la concurrencia de situaciones personales impeditivas:
  - i. Muerte, jubilación o incapacidad del trabajador.
  - ii. Muerte, jubilación o incapacidad del empresario persona física.
  - iii. Extinción del empresario persona jurídica.

Por tanto, el despido es un género que forma parte de una diversidad de causas extintivas del contrato de trabajo siendo el disciplinario una especie de aquél en cuanto que las causas que lo justifican están relacionadas con la conducta del trabajador<sup>16</sup>. En efecto, el concepto de despido es de carácter amplio y genérico, mientras que el despido disciplinario no es más que una de las especies en que se divide ese concepto genérico, lo que significa que existen otras especies o clases de despido distintas del disciplinario<sup>17</sup>.

En el ordenamiento jurídico existen un conglomerado de normas y artículos que establecen el fundamento positivo del Derecho Disciplinario del Trabajo por el que los empleados podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable,

---

<sup>16</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, Bilbao, Deusto, 1990, p. 36.

<sup>17</sup> STSJ Extremadura 1 de septiembre de 1989 [AS 1989, 1220 O].

siendo la valoración de las mismas revisables ante la jurisdicción competente, si bien dicho control se realiza a posteriori<sup>18</sup>.

Valoración de faltas y sanciones que se clasifican en leves, graves y muy graves, en afinidad con la relevancia de las mismas, determinándose qué tipo de sanciones incumbe asignar a cada una de las faltas cometidas, teniendo presente que el despido disciplinario compone la sanción máxima que puede aplicarse como respuesta a una acción u omisión del trabajador que se estima constitutiva de infracción laboral, falta que ha de poseer el carácter máximo de gravedad, apercibiendo que aun admitida la existencia de la falta calificada como de muy grave, no siempre puede y debe ser sancionada con el despido disciplinario que se destina, exclusivamente, para aquellas infracciones de mayor entidad<sup>19</sup>.

## 2. La evolución histórico-jurídica de las justas causas disciplinarias

El estudio histórico de toda institución laboral deviene siempre necesario para conocer no sólo la figura jurídica que se analiza, sino también los rasgos característicos del ordenamiento jurídico en el que dicha institución se inserta: el despido es un enclave en el que converge la totalidad de los debates que han acompañado al ordenamiento laboral a lo largo de su desarrollo y de su consagración como rama de la ciencia jurídica dotada de autonomía y sustantividad propia en razón de las peculiaridades que regula<sup>20</sup>.

La historia es importante para explicar en qué consiste el sistema de despido: los antecedentes históricos pueden generar dependencia del pasado<sup>21</sup>. Como se advierte, las exigencias formales y causales para declarar válido el despido han transformado el inicial despido libre *–ad nutum–* en una institución formal y causal *–ad causam–*: consecuencia visible de la íntima relación entre la historia del despido y la historia del Derecho del Trabajo. Pero la utilidad de la investigación histórica hace comprender la regulación actual y los problemas que suscita<sup>22</sup>.

Las dificultades en la construcción de un concepto jurídico de despido se entienden mejor si se tienen en cuenta los propios orígenes y el grado de desarrollo de su regulación. A su vez, los datos existentes podrán ser mejor y más adecuadamente

<sup>18</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2010, p. 19.

<sup>19</sup> CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, cit., p. 21.

<sup>20</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Itinerarios circulares del Derecho del Trabajo: del despido libre al despido indemnizado”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, cit., p. 127.

<sup>21</sup> MALO OCAÑA, M. Á.: “La evolución institucional del despido en España: una interpretación en términos de un accidente histórico”, en *Revista de Historia Económica - Journal of Iberian and Latin American Economic History*, núm. 1, 2005, p. 87.

<sup>22</sup> MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, Granada, Comares, 2014, p. XII.



interpretados a la luz de los principios que inspiraron su construcción inicial, teniendo en cuenta su origen y la influencia comparada<sup>23</sup>.

Por último, una importante consideración del examen histórico del despido ha de ponerse en relación con el empeño del legislador en liberalizar las normas reguladoras del despido con objeto de crear empleo: el estudio histórico de la flexibilización del despido constata que liberalizar acaba traducándose en una importante reducción de las garantías jurídicas contra los despidos injustificados al mismo tiempo que no se convierte en instrumento útil para el objetivo pretendido: la creación de empleo<sup>24</sup>.

## 2.1 Los inicios del despido en la normativa general: el Código Civil de 1889 y el Código de Comercio de 1885

En un primer momento se reguló el contrato de trabajo en los apartados referidos al “arrendamiento de servicios” y de la “libre concurrencia” en el Código Civil español, apreciándose la relación laboral como un simple contrato bilateral de derechos y obligaciones en el que ambos contratantes –el que ofrece trabajo y el que se obliga a prestarlo a cambio de una remuneración– eran jurídicamente iguales, igualdad que provocaba una notoria desigualdad de facto con la consecuente indefensión e inferioridad por parte del trabajador.

Así, el Código Civil, en su artículo 1586, precepto dedicado a la duración determinada del contrato, establece que “*los criados de labranza, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados por cierto término para cierta obra, no pueden despedirse ni ser despedidos antes del cumplimiento del contrato, sin justa causa*”. Pero claro, si el Código Civil no dedica un precepto autónomo al contrato indefinido, *a contrario sensu*, este artículo está consagrando la posibilidad de desistir unilateralmente del contrato de trabajo indefinido sin ni siquiera respetar un plazo de preaviso –a diferencia del Código de Comercio y de su artículo 302–: surge así la figura del desistimiento unilateral *ad nutum* cuyo principal fundamento radica en el principio de libertad y en la prohibición de relaciones laborales perpetuas<sup>25</sup>.

Por su parte, el Código de Comercio, para contratos temporales, en su artículo 299 establece que “*si el contrato entre los comerciantes y sus mancebos y dependientes se hubiere celebrado por tiempo fijo, no podrá ninguna de las partes contratantes separarse, sin consentimiento de la otra, de su cumplimiento, hasta la terminación del plazo convenido. Los que contravinieren a esta cláusula quedarán sujetos a la indemnización de daños y perjuicios*”. Por tanto, la extinción se producirá con la llegada del término o la realización de la obra o el servicio contratado. Si la extinción de la

<sup>23</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El régimen jurídico del despido y el real decreto de 22 de julio de 1928”, en *Revista de Política Social*, núm. 74, 1967, p. 23.

<sup>24</sup> MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. XIV.

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928”, en *Revista de Política Social*, cit., pp. 26 y ss.

relación se produce antes de la finalización del término establecido, esta ruptura solo podrá justificarse por una circunstancia excepcional –un motivo jurídicamente relevante–<sup>26</sup>. A estos motivos relevantes que hacen inviable la continuación del servicio se refieren los artículos 300 y 301 del Código de Comercio. De acuerdo con el artículo 300 del Código de Comercio, el comerciante podrá despedir a sus dependientes por: “1.<sup>a</sup> *El fraude o abuso de confianza en las gestiones que les hubiere confiado. 2.<sup>a</sup> Hacer alguna negociación de comercio por cuenta propia sin conocimiento expreso y licencia del principal. 3.<sup>a</sup> Faltar gravemente al respeto y consideración debidos a éste o a las personas de su familia o dependencia*”. De acuerdo con el artículo 301 del Código de Comercio, los dependientes pueden extinguir el vínculo por: “1.<sup>a</sup> *La falta de pago en los plazos fijados del sueldo o estipendios convenidos. 2.<sup>a</sup> La falta de cumplimiento de cualquiera de las demás condiciones concertadas en beneficio del dependiente. 3.<sup>a</sup> Los malos tratamientos u ofensas graves por parte del principal*”. A las consecuencias de la finalización antes del plazo estipulado se refiere el artículo 302 del Código de Comercio: “*en los casos de que el empeño no tuviere tiempo señalado, cualquiera de las partes podrá darlo por fenecido, avisando a la otra con un mes de anticipación. El factor o mancebo tendrá derecho, en este caso, al sueldo que corresponda a dicha mesada*”.

Llama la atención como en las relaciones de duración indefinida aparece el desistimiento *ad nutum* como la herramienta idónea con la que garantizar la temporalidad de la relación. En cambio, en las relaciones de duración determinada, el fundamento del desistimiento unilateral se sustenta en una causa justa que faculta a los intervinientes de la relación laboral para una ruptura inmediata de la misma<sup>27</sup>. Al fundamento de una justa causa se califica despido *ad causam* frente a la extinción *ad nutum*. Es a la extinción *ad causam* –justa causa– al que el ordenamiento jurídico denomina hoy despido<sup>28</sup>.

En el Código de Comercio, la ausencia de preaviso en el contrato indefinido se sanciona con un mes de salario<sup>29</sup>, y en el contrato de duración determinada con la indemnización de los daños y perjuicios que se haya ocasionado por la terminación antes de tiempo<sup>30</sup>. De lo anterior se deduce que la falta de preaviso y la falta de causa, aun cuando responden a razones diferentes, son incumplimientos contractuales que se sancionan por medio del mismo sistema: el indemnizatorio. En cambio, en el Código Civil, respecto a los contratos indefinidos, no se regula el régimen de extinción del contrato: a consecuencia de su no regulación, se elude cualquier omisión al preaviso y a

<sup>26</sup> MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 3.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>28</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928”, en *Revista de Política Social*, cit., pp. 27 y 28.

<sup>29</sup> Artículo 302 del Código de Comercio.

<sup>30</sup> Artículo 299 del Código de Comercio.

las consecuencias del incumplimiento contractual<sup>31</sup>. Igualmente, tampoco hace referencia a los efectos de la extinción unilateral en los contratos de duración determinada –artículo 1586 del Código Civil–. A las citadas carencias normativas se responde por la jurisprudencia que, en un primer momento, se muestra partidaria de no restringir el poder de despedir del empresario<sup>32</sup>, comenzando con el paso del tiempo a exigir el preaviso y la indemnización en contratos indefinidos, y la reclamación de daños y perjuicios en contratos de duración determinada, extendiéndose al ordenamiento civil el régimen más avanzado que poseía el Código de Comercio<sup>33</sup>.

Pero donde sí recoge el Código Civil una indemnización de carácter tasado es en referencia a los criados domésticos. En efecto, el Código Civil diferencia entre, por un lado, los criados domésticos, y, por otro, los criados de labranza, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados. Y es a los primeros, a los criados domésticos, a los que si reconocía una indemnización de carácter tasado: “*el salario devengado y el de quince días más*”<sup>34</sup>. Se inicia así el sistema por el cual el empresario puede conocer, de manera previa al despido, la indemnización que debe afrontar para prescindir del trabajador<sup>35</sup>.

Se pone así de manifiesto la existencia de una necesaria legislación que atienda a la realidad social y de producción de las relaciones laborales y que responda a las insuficiencias legales de los citados preceptos: en vinculación con esta consideración se pretenderá limitar, normativamente, el poder del empleador de extinguir la relación laboral sin justa causa<sup>36</sup>.

Los artículos precitados sobre normas precisas en materia de despido podrán ser considerados antecedentes laborales en el origen del nacimiento de una nueva disciplina jurídica con personalidad y autonomía propia que vino a denominarse Derecho del Trabajo<sup>37</sup>, y en la que actualmente se sitúa el régimen disciplinario laboral que, en efecto, es un sofisticado régimen de exigencia empresarial de cumplimiento del contrato por el trabajador y, en su caso, de resolución por incumplimiento grave y culpable del mismo<sup>38</sup>. O lo que es lo mismo, los citados textos –Código Civil y Código de Comercio,

<sup>31</sup> MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., pp. 8 y 9.

<sup>32</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928”, en *Revista de Política Social*, cit., p. 30.

<sup>33</sup> NÚÑEZ SAMPER, A.: “Evolución histórico-legislativa del despido sin causa”, en AA. VV.: *Estudios dedicados al profesor García Oviedo con motivo de su jubilación*, vol. II, Sevilla, 1954, p. 300.

<sup>34</sup> Artículo 1584 del Código Civil.

<sup>35</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 58.

<sup>36</sup> MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., pp. 9 y 10.

<sup>37</sup> CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, cit., pp. 31 y 32.

<sup>38</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La causalidad del despido disciplinario*, Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 58.

hoy aún vigentes— constituyen el antecedente más inmediato de la regulación moderna del despido<sup>39</sup>: surge así el primer Código de Trabajo de 1926.

## 2.2. La primera normativa específicamente laboral: el Código de Trabajo de 1926

El Código de Trabajo de 1926<sup>40</sup> constituyó la primera tentativa de dotar a los españoles de una normativa laboral unificada con la que regir la vida social de los mismos<sup>41</sup>. Este Código de Trabajo marca el tránsito de la principiante legislación obrera al sistema de Derecho del Trabajo<sup>42</sup>: otorga plena libertad a los contratantes para que pacten la duración de la relación laboral pero dando preferencia al contrato temporal o de duración determinada —salvo que se haya estipulado lo contrario—; igualmente centra su atención en la regulación de la extinción unilateral *ante tempus* de los contratos con duración determinada<sup>43</sup>.

El artículo 20 del precitado texto establecía que “*celebrado el contrato por tiempo determinado, ninguna de las partes podrá darlo por terminado antes de su vencimiento, a no mediar justa causa*”. Y era el artículo 21 el que se refería a las causas justas de despido: “*se estimarán justas causas a favor del patrono para poder dar por terminado el contrato antes del plazo del vencimiento, las siguientes: 1) La falta repetida a las condiciones propias del contrato. 2) La falta de la confianza debida en las gestiones o en la clase de trabajo a que se dedique el obrero. 3) Los malos tratamientos o la falta grave al respeto y consideración por parte del obrero al patrono, su familia, a su representante y a los compañeros de trabajo*”. Con estas causas se aludía a lo que luego había de llamarse despido procedente. Pero insistimos: se refiere al principio de causalidad en la extinción de los contratos temporales.

No obstante, nada se decía sobre los efectos de este despido sin justa causa. A ello se refería el Real Decreto-ley sobre Organización Corporativa Nacional de 1926, reformado en 1928, y que se ocupó de las consecuencias del despido *ante tempus* y sin justa causa: como primera opción, la readmisión del trabajador —y salarios que el trabajador debió de cobrar—; y en defecto de esta primera opción, solo quedaría la indemnización —lo que permite que la voluntad extintiva del empresario, aun cuando es injustificada, pueda desplegar sus efectos—. Lo que el legislador estableció era una obligación alternativa entre readmisión o indemnización cuya elección correspondería al

<sup>39</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928”, en *Revista de Política Social*, cit., p. 26.

<sup>40</sup> Real Decreto Ley de 23 de agosto de 1926: Código de Trabajo.

<sup>41</sup> *Vid.* antecedentes del Código de Trabajo.

<sup>42</sup> MONTOYA MELGAR, A.: “Estabilidad en el empleo, globalización económica y «flexiseguridad»”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009, p. 88.

<sup>43</sup> MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 10.

empresario<sup>44</sup>. Fue este texto normativo el que se ocupó, por primera vez, de las consecuencias de la carencia de justa causa en el despido de los trabajadores. Además, es en este período cuando se contempla, también por vez primera, la condena al empresario del pago de los salarios correspondientes a los días que medie entre el despido del trabajador y la readmisión del mismo<sup>45</sup>: en otros términos, de los salarios de tramitación<sup>46</sup>.

Lo cierto es que la extinción de los contratos indefinidos aparece, otra vez, desprovista de cualquier mención legal. Este vacío, al igual que en la etapa de los códigos codificadores, será cubierta por las resoluciones judiciales de los tribunales que establecen una doctrina que viene a calificar de abusivas estas rupturas empresariales<sup>47</sup>.

Esta normativa inicial sobre el despido va a dejar su impronta en todas las normas posteriores. Igualmente, este sistema sancionador del despido injusto constituirá una opción legislativa que va a prevalecer en el debate doctrinal que se desarrollará en España acerca de la extinción del contrato de trabajo<sup>48</sup>.

### **2.3 De la normativa republicana a los inicios de la dictadura militar: Ley de Contrato de Trabajo de 1931 y Fuero del Trabajo de 1938**

Una considerable progresión en las ordenaciones de las condiciones de trabajo se produjo con la promulgación de la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931, ley constituida en la Segunda República de España. Durante esta etapa se formará la base y la estructura del moderno Derecho del Trabajo<sup>49</sup>. Si el Código de Trabajo de 1926 constituyó la laboralización del contrato de arrendamiento de servicios pero sin sustituir su esencia civilista, la citada Ley de Contrato de Trabajo se atrevió a confeccionar un texto innovador en el que aparecen los rasgos definitorios de la relación laboral en términos de dependencia y ajenidad<sup>50</sup>: en efecto, si bien el Código de Trabajo de 1926 respondía a un propósito de reformar el arrendamiento de servicios pero sin alterar su sustancia y contenido esencial, en la Ley de Contrato de Trabajo se

---

<sup>44</sup> MONTOYA MELGAR, A.: “Estabilidad en el empleo, globalización económica y «flexiseguridad»”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 89.

<sup>45</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 60.

<sup>46</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Naturaleza jurídica y garantía de pago de los salarios de tramitación: ¿punto y final al debate sobre dos viejas cuestiones?”, en *Aranzadi Social*, núm. 5, 2002, p. 267.

<sup>47</sup> MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 11.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>49</sup> MARTÍN VALVERDE, M.: “Estudio preliminar. La formación de derecho del trabajo en España”, en AA. VV.: *La legislación social en la historia de España: de la revolución liberal a 1936*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987, pp. LXXVIII y ss.

<sup>50</sup> MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 22.

distingúan manifestaciones típicas de la institución nuclear del Derecho del Trabajo<sup>51</sup>. Lo cierto es que supuso un punto de inflexión en el proceso de juridificación de las relaciones laborales<sup>52</sup>.

La Ley de Contrato de Trabajo, en su artículo 89, incorporaba una enumeración bastante más acabada que el derogado Código de Trabajo al instaurar las siguientes causas de finalización de los contratos individuales: “a) *Las faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo.* b) *La indisciplina o desobediencia a los Reglamentos de Trabajo, cuando los hubiere y estuvieren dictados con arreglo a las leyes.* c) *Los malos tratamientos o la falta grave de respeto y consideración al patrono, a los miembros de su familia que vivan con él, a su representante o a los compañeros de trabajo.* d) *La ineptitud del trabajador respecto a la ocupación o trabajo para que fue contratado.* e) *El fraude o abuso de confianza en las gestiones confiadas.* f) *La disminución voluntaria y continuada del rendimiento normal del trabajo.* g) *El hacer alguna negociación de comercio o de industria por cuenta propia sin conocimiento expreso y licencia del patrono*”. El establecimiento de este listado de causas subjetivas significaba que el principio de libertad de las partes cedía ante el principio de estabilidad de la relación laboral<sup>53</sup>. Igualmente, este sistema ya no se refería específicamente a los contratos temporales: de esta manera, quedaba establecido el principio de causalidad con carácter general<sup>54</sup>.

Al igual que el Código de Trabajo de 1926, esta ley no analizaba los efectos del despido sin justa causa. Estas consecuencias se delegaban a la regulación de la normativa procesal. En concreto, la Ley de Jurados Mixtos de 17 de noviembre de 1931 –siete días posterior a la Ley de Contrato de Trabajo de 1931– otorgaba al empresario que hubiera extinguido la relación laboral sin justa causa la alternativa entre la readmisión y la indemnización que hubiera fijado el Presidente del Jurado, que sería de entre quince días y seis meses del jornal –artículos 51 y 53 de la Ley de Jurados Mixtos– más los salarios dejados de percibir.

Pero esta alternativa concedida al empresario cedió momentáneamente a favor de un planteamiento más favorable para el empleado. Precisamente, el Decreto de 23 de agosto de 1932 establecía como consecuencia única de la extinción del contrato de trabajo sin justa causa –y solo para grandes empresas– la readmisión del trabajador. Por consiguiente, este texto normativo constituía un sistema mixto de tutela del puesto de

<sup>51</sup> MARTÍN VALVERDE, M.: “Estudio preliminar. La formación de derecho del trabajo en España”, en AA. VV.: *La legislación social en la historia de España: de la revolución liberal a 1936*, cit., pp. LXXVIII y ss.

<sup>52</sup> Vid. VALDÉS DAL RÉ, F.: “El Derecho del Trabajo en la segunda República”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2006, *passim*.

<sup>53</sup> MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 27.

<sup>54</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Itinerarios circulares del Derecho del Trabajo: del despido libre al despido indemnizado”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, cit., p. 129. GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 61.

trabajo que atendiendo a la dimensión de la empresa, en unos casos determinará la tutela real, y, en otros, una tutela obligatoria<sup>55</sup>. Sin embargo, meses más tarde, y por Decreto de 20 de diciembre de 1932, se regresó al sistema de las obligaciones alternativas – readmisión o indemnización<sup>56</sup>. Por ende, readmisión o indemnización aparecen en régimen de igualdad<sup>57</sup> y es la propia voluntad del empresario quien determinaba la consecuencia que se haría efectiva<sup>58</sup>.

Posteriormente, y en plena Guerra Civil española, se promulga el Fuero de Trabajo de 1938. El Fuero del Trabajo fue la primera ley laboral de la dictadura del general Franco que se prolongará hasta su fallecimiento en 1975. Al respecto, las orientaciones sobre las que oscilaron las normas laborales desarrollaron un régimen de inhabilitación del sistema jurídico democrático por un Estado dictatorial<sup>59</sup>.

Por otro lado, estando todavía vigente la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 y la Ley de Jurados Mixtos de 17 de noviembre de 1931 –promulgada en la época republicana– se dictaron dos leyes de fecha 6 de noviembre de 1941.

La primera de las leyes, la Ley de 6 de noviembre de 1941 por la que se modificaba el citado artículo 89 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, incorporaba tres nuevas causas al listado taxativo de causas justas del despido: “h) *La embriaguez cuando sea habitual.* i) *La falta de aseo, siempre que sobre ello se hubiese llamado repetidamente la atención al trabajador y sea de tal índole que produzca queja justificada de los compañeros que realicen su trabajo, en el mismo local que aquél.* j) *Cuando el trabajador origine frecuentemente riñas o pendencias injustificadas con sus compañeros de trabajo*”.

La segunda de las leyes, la Ley por la que se modificaban los artículos 51 y 59 de la de Jurados Mixtos de 27 de noviembre de 1931, sobre despidos, reformaba el derecho de opción del empresario. Concretamente, se decide que si el trabajador desarrolla su relación laboral en una empresa que cuenta con más de cincuenta operarios fijos, cuando se declare que el despido no posee causa justificada, se otorgará al trabajador el derecho a optar entre “*que se le readmita en igual puesto e idénticas condiciones que lo venía desempeñando, o se le indemnice en una suma que fijará el magistrado a su prudente arbitrio y que no podrá exceder del importe de un año de sueldo o jornal*”. Pero si el trabajador prestase sus servicios en una empresa que no tuviese más de cincuenta operarios fijos y el despido se hubiera ejecutado sin causa

<sup>55</sup> MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 46.

<sup>56</sup> MONTOYA MELGAR, A.: “Estabilidad en el empleo, globalización económica y «flexiseguridad»”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 89 y 90.

<sup>57</sup> GARATE CASTRO, J.: *Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido*, Madrid, ACARL, 1994, pp. 96 y ss.

<sup>58</sup> MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 34.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 49

justificada, se otorgará la opción al patrono para “*que lo readmita o le abone una indemnización*”, cuya cuantía “*no podrá exceder de un año de sueldo o jornal, teniendo el obrero, en este último caso, un derecho de prioridad para obtener nueva colocación*”<sup>60</sup>.

Al final se produjo el desmantelamiento del sistema republicano por un sistema caracterizado por un consistente autoritarismo: llegamos así a la Ley de Contrato de Trabajo de 1944.

#### **2.4 El régimen jurídico durante la dictadura franquista: Ley de Contrato de Trabajo de 1944 y Decreto de 26 de octubre de 1956**

Pocos años después, el régimen político constituye una nueva legislación sobre el contrato de trabajo, promulgándose por Decreto de 26 de enero de 1944, el Texto refundido de la Ley del “*Contrato de Trabajo en general*”<sup>61</sup>.

Centrándonos en el despido disciplinario, el artículo 77 del Texto refundido consideraba causas justas subjetivas las siguientes: “*a) Las faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo. b) La indisciplina o desobediencia a los reglamentos de trabajo dictados con arreglo a las leyes. c) Los malos tratamientos de palabra u obra o la falta grave de respeto y consideración al empresario, a las personas de su familia que vivan con él, a su representante o a los jefes o compañeros de trabajo. d) La ineptitud del trabajador respecto a la ocupación o trabajo para que fue contratado. e) El fraude, la deslealtad o el abuso de confianza en las gestiones confiadas. f) La disminución voluntaria y continuada del rendimiento normal de trabajo. g) Hacer negociaciones de comercio o de industria por cuenta propia o de otra persona sin autorización del empresario. h) La embriaguez, cuando sea habitual. i) La falta de aseo, siempre que sobre ello se hubiese llamado repetidamente la atención al trabajador y sea de tal índole que produzca queja justificada de los compañeros que realicen su trabajo en el mismo local que aquél. j) Cuando el trabajador origine frecuentemente riñas o pendencias injustificadas con sus compañeros de trabajo*”. En tal fecha, la doctrina ya perseveraba en el origen unilateral de voluntad de una de las partes para extinguir la relación laboral, mereciendo la máxima intransigencia y enjuiciamiento, el culpable autor de la disolución de la relación laboral<sup>62</sup>.

Confrontando los artículos referidos a las justas causas de despido de la Ley 21 de noviembre de 1931 –artículo 89– y de la Ley 26 de enero de 1944 –artículo 77– se contempla que las desarmonías en la transcripción de ambos preceptos son

<sup>60</sup> Artículo primero de la Ley por la que se modifican los artículos 51 y 59 de la de Jurados Mixtos de 27 de noviembre de 1931, sobre despidos.

<sup>61</sup> CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, cit., p. 33.

<sup>62</sup> DE LUGO Y REYMUNDO, L. B.: *Extinción del Contrato de Trabajo*, Madrid, Reus, 1945, p. 104.



prácticamente imperceptibles. Una diferencia responde a la preferencia de sustituir el término “*patrono*” por el de “*empresario*” para referirse al sujeto del contrato de trabajo que en terminología de la OIT se conoce como “*empleador*”. Otra consiste en eliminar respecto a la “*indisciplina o desobediencia a los Reglamentos de Trabajo*” el vocablo “*cuando los hubiere*”. Otra distinción estriba en esclarecer que los “*malos tratamientos*” pueden ser de “*palabra u obra*”, incorporándose el sustantivo “*jefes*”, razón innecesaria por cuanto del término “*compañeros de trabajo*” se deduce que también se incluyen a los superiores. O introducir el vocablo “*deslealtad*” entre los términos “*fraude o abuso de confianza*”, modificación relevante al posibilitar este concepto castigar el contenido ético del contrato de trabajo. Asimismo, con la posterior de las dos leyes, se permite sancionar con la máxima sanción disciplinaria la “*realización de negociaciones de comercio o industria*” no sólo “*por cuenta propia*” sino también las producidas “*por cuenta de otra persona*”. Junto a estas variaciones, la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 configuró tres nuevas causas justas de despido disciplinario: la “*embriaguez habitual*”, la “*falta de aseo*” y las “*riñas o pendencias*”<sup>63</sup>, aun cuando estas causas justas fueran ya introducidas por la Ley de 6 de noviembre de 1941 por la que se modificaba el artículo 89 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931.

En lo concerniente a las consecuencias del despido sin justa causa se siguió con el sistema anteriormente citado: en las empresas de hasta cincuenta trabajadores, la elección de la opción entre readmisión o indemnización correspondía al empresario, mientras que en las empresas con una cantidad de trabajadores superior a cincuenta, la elección le incumbía al empleado despedido. La explicación de este método se debía a que, en pequeñas y medianas empresas, existe una mayor convivencia y aproximación entre el empresario y los trabajadores, por lo que en caso de readmisión obligatoria del empleado, podría perturbarse la relación en la empresa siendo factible que el empleador se inclinara por la salida del trabajador; mientras que en las empresas grandes, esa convivencia se hace más impersonal y menos íntima convirtiéndose la readmisión del trabajador despedido menos gravosa para la disciplina de la empresa<sup>64</sup>.

Con el paso del tiempo decide modificarse la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 con el Decreto de 26 de octubre de 1956 que contiene un elevado número de preceptos que van a terminar por constituir un nuevo proceso de despido<sup>65</sup>. Es en este texto normativo donde se produce la inicial entrada del despido libre indemnizado en el ordenamiento jurídico español<sup>66</sup>. Asimismo, el contenido de este decreto va a ser reproducido, prácticamente de manera similar, en los posteriores textos normativos del

<sup>63</sup> CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, cit., pp. 35 y 36.

<sup>64</sup> MONTOYA MELGAR, A.: “Estabilidad en el empleo, globalización económica y «flexiseguridad»”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 90.

<sup>65</sup> MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 92.

<sup>66</sup> MALO OCAÑA, M. Á.: “La evolución institucional del despido en España: una interpretación en términos de un accidente histórico”, en *Revista de Historia Económica - Journal of Iberian and Latin American Economic History*, cit., pp. 99 y 100.

procedimiento laboral: Decreto de 4 de julio de 1958 por el que se aprueba el texto refundido del Procedimiento Laboral y el Procedimiento especial para los Seguros sociales y el Mutualismo laboral; Decreto 149/1963, de 17 de enero, por el que se da nueva redacción al Texto refundido de Procedimiento Laboral; Decreto 909/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado segundo de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, por el que se da nueva redacción al vigente texto refundido de Procedimiento Laboral; y Decreto 2381/1973, de 17 de agosto, por el que se aprueba el texto articulado segundo de la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social.

De esta manera, el Decreto de 26 de octubre de 1956 constituye una nueva regulación de despido disciplinario<sup>67</sup>. Veámoslo<sup>68</sup>:

- Sobre las causas del despido, el propio artículo 1 del Decreto de 1956 se remitía al artículo 77 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944. No hay, por tanto, variación alguna pues el despido continúa configurándose como extinción unilateral causal.
- Existen modificaciones en el régimen formal. Se sustituye el expediente disciplinario por la obligación de comunicar por escrito al trabajador el despido, haciendo constar la fecha y razones que lo motivaron lo que, consecuentemente, hace más sencillo el despido del trabajador.
- Sobre las consecuencias de un despido no válido tendremos que diferenciar el incumplimiento formal del incumplimiento causal. Sobre el incumplimiento formal nada se dice de sus consecuencias en el Decreto de 1956, omitiéndose por completo –optando el posterior Decreto de 4 de julio de 1958 por el que se aprueba el texto refundido del Procedimiento Laboral, por la nulidad por el incumplimiento de los requisitos formales–. Sin embargo, sobre el incumplimiento causal, el Decreto de 1956 –en su artículo 5.3– establecía que *“calificará el despido de procedente cuando haya sido debidamente alegada y probada alguna de las causas a que se refiere el artículo primero de este decreto, y de improcedente, en todos los demás casos”*.
- Por otro lado, este Decreto de 1956 se refería a los salarios de tramitación como *“complementos de indemnización”*<sup>69</sup>: en consecuencia, se tutela la naturaleza indemnizatoria –y no salarial– de los mismos.

La verdadera finalidad pretendida por el legislador con la aprobación de este decreto no fue otra que la de facilitar el despido sin causa a cambio de una

<sup>67</sup> Vid. al respecto NÚÑEZ SAMPER, A.: “El nuevo régimen de despido y la jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo”, en *RT*, núm. 23, 1954, *passim*.

<sup>68</sup> MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., pp. 94 y ss.

<sup>69</sup> Artículo 5.c) del Decreto de 1956.

indemnización económica<sup>70</sup>. Es palpable como el legislador reduce al mínimo el campo de aplicación de la tutela real desvirtuando no solo la estabilidad en el empleo sino también la causalidad del despido<sup>71</sup>. Parte de la doctrina considera que este decreto, lo que verdaderamente pretendió, fue regular el incumplimiento del contrato por parte del empresario y no el despido en sí<sup>72</sup>.

## **2.5 Las leyes de la transición política española: Ley de Relaciones Laborales de 1976, Real Decreto-ley sobre medidas económicas de 1976 y Real Decreto-ley sobre relaciones de trabajo de 1977**

La legislación sobre causas de despido disciplinario de fecha de 26 de enero de 1944 es la que hasta ahora ha tenido una mayor vigencia en España. Esta legislación se sostiene hasta bien entrado los años setenta, en concreto, hasta el año 1977, ya que la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, no se refería a las causas del despido, y es al promulgarse el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, cuando se introducen transformaciones en la naturaleza y número de tales justas causas.

Pero aun cuando la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales no se refiere a las causas justas del despido, sin embargo, decide reforzar las garantías formales para despedir retomando la exigencia procedimental del expediente disciplinario –artículo 33.1–. Pero mayor importancia posee el artículo 35.1 por establecer que la regla general de la no validez del despido –tanto si es nulo como improcedente– era la readmisión y el importe de los salarios de tramitación. Readmisión del trabajador que no quedaba condicionada a que la empresa poseyera un determinado número de trabajadores: por tanto, se instauraba, por primera vez en la historia del despido por causas subjetivas, un régimen real de tutela del puesto de trabajo<sup>73</sup>, lo que suponía una nueva forma de trabajar en la empresa y un nuevo criterio valorativo entre los intereses del capital y del trabajo<sup>74</sup>.

Este proteccionismo en beneficio del trabajador llevó pronto a su corrección: la estabilidad real del puesto de trabajo en el despido subjetivo o por causas disciplinarias solo duró unos meses<sup>75</sup>. El posterior Real Decreto-ley 18/1976, de 8 de octubre,

<sup>70</sup> MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 105.

<sup>71</sup> DE LA VILLA GIL, L. E.: *Problemas de estabilidad en el empleo*, Murcia, Escuela Social de Murcia, 1973, p. 154.

<sup>72</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: *La terminación del contrato de trabajo*, Bologna, Real Colegio de España, 1967, p. 71.

<sup>73</sup> MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 129.

<sup>74</sup> ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L., JUÁNIZ MAYA, J. R., LÓPEZ GANDÍA, J., SALA FRANCO, T. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: *Las relaciones laborales. (Un estudio crítico de la Ley de Relaciones Laborales, del decreto-ley sobre medidas económicas y el decreto-ley sobre relaciones de trabajo)*, Valencia, Torres, 1977, pp. 194 y 195.

<sup>75</sup> OJEDA AVILÉS, A.: “El final de un principio: la estabilidad en el empleo”, en AA.VV.: *Estudios de derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, Tecnos, 1980, p. 468.

introdujo otra vez la figura del despido libre o despido sin causa indemnizado. También derogó la necesidad del expediente disciplinario exigiéndose solo la carta de despido.

Por otro lado, fue el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, el instrumento jurídico que albergó la relación de las causas justas. En concreto, en el artículo 33 del texto precitado, se recogía que “*son causas justas para el despido, relacionadas con la conducta del trabajador, las siguientes: a) La faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo. b) La indisciplina o desobediencia a los Reglamentos de trabajo dictados con arreglo a las leyes. c) Los malos tratamientos de palabra u obra o falta grave de respeto y consideración al empresario, a las personas de su familia que vivan con él, a sus representantes o a los jefes o compañeros de trabajo. d) El fraude, la deslealtad o el abuso de confianza en las gestiones confiadas. e) La disminución voluntaria y continuada del rendimiento normal de trabajo. f) Hacer negociaciones de comercio o de industria por cuenta propia o de otra persona sin autorización del empresario. g) La embriaguez, cuando sea habitual. h) La falta de aseo, siempre que sobre ello se hubiese llamado repetidamente la atención al trabajador y sea de tal índole que produzca queja justificada de los compañeros que realicen su trabajo en el mismo local que aquél. i) Cuando el trabajador origine frecuentemente riñas o pendencias injustificadas con sus compañeros de trabajo. j) La participación activa en huelga ilegal o en cualquier otra forma de alteración colectiva en el régimen normal de trabajo. k) La negativa, durante una huelga, a la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuera precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa*”.

Al comparar el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, con la Ley de 26 de enero de 1944, observamos como el texto posterior en el tiempo instaura una más amplia correspondencia de causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador, en las que además de incluir nueve de los diez supuestos que se recogía en la Ley de 1944 –al considerarse en el texto posterior la “*ineptitud*” como causa de despido objetivo y no disciplinario– añadía los apartados j) –“*participación activa en huelga ilegal o en cualquier otra forma de alteración colectiva*”– y k) –“*negativa, durante una huelga, a la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas*”– como nuevas formas de causa justa de despido disciplinario.

En dicha comparación se aprecia la remoción de la causa de “*ineptitud*” a la ubicación que lleva por título el “*despido por circunstancias objetivas derivadas de la capacidad del trabajador o necesidades de funcionamiento de la empresa*”. Acción que estimamos íntegramente apropiada –posiblemente sea la única mención positiva de este nuevo texto<sup>76</sup>– pues esta causa de extinción de la relación laboral –*ineptitud*– procede de algo externo que, a diferencia de las causas justas de despido disciplinario, es ajena y

<sup>76</sup> MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 157.

extraña a la voluntad del operario que la realiza, ya sea por “*inhabilidad, falta de aptitud o capacidad*”<sup>77</sup>, pero no por voluntad.

El Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, ampliaba las causas justas de despido disciplinario en dos apartados más, siendo ambos supuestos, apartado j) –“*participación activa en huelga ilegal o en cualquier otra forma de alteración colectiva*”– y apartado k) –“*negativa, durante una huelga, a la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas*”–, innecesarios y redundantes por tener ambas causas perfecta cabida en el apartado b) –“*indisciplina o desobediencia a los Reglamentos de trabajo dictados con arreglo a las leyes*”–, o en su defecto, en el apartado a) –“*faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo*”– del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo. Así lo ha entendido el actual ET que, en su artículo 54, ha abolido ambos apartados de la regulación del despido disciplinario.

Continuando con el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, y volviendo a las consecuencias del despido sin justa causa, el artículo 37.2 estipuló que “*cuando el despido sea improcedente, el trabajador tendrá derecho a ser readmitido por el empresario en las mismas condiciones que regían antes de producirse aquél, así como al pago del salario dejado de percibir desde que se produjo el despido hasta que la readmisión tenga lugar*”, ratificando el apartado tres del precitado artículo, que si “*el empresario no procediera a la readmisión en debida forma, el magistrado de trabajo sustituirá la obligación de readmitir por el resarcimiento de perjuicios y declarará extinguida la relación laboral; en tal caso, la indemnización complementaria por salarios de tramitación alcanzará hasta la fecha de tal extinción*”. Es obvio que esta norma daba un paso más en el camino que lleva a la desprotección del trabajador frente al despido<sup>78</sup>. Esto conlleva un reforzamiento de los poderes empresariales en un escenario de fuerte conflictividad social que provocó consecuencias negativas en la lucha sindical<sup>79</sup>.

Sobre la indemnización, el artículo 37.4 establecía que “*será fijada por el magistrado de trabajo, a su prudente arbitrio, teniendo en cuenta la antigüedad del trabajador en la empresa, condiciones del contrato de trabajo que se extingue, posibilidades de encontrar nueva colocación adecuada, dimensión y características de la empresa y circunstancias personales y familiares del trabajador, especialmente las de ser titular de familia numerosa, mayor de cuarenta años o minusválido. La cantidad resultante no podrá ser inferior a dos meses de salario por año de servicio, ni exceder de cinco anualidades*”. Por otro lado, el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, distinguía entre el despido calificado improcedente y el despido calificado nulo,

<sup>77</sup> Según diccionario de la Real Academia Española (RAE).

<sup>78</sup> DE LA VILLA GIL, L. E. y PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Introducción a la economía del trabajo*, Madrid, Editorial Debate, 1977, p. 779.

<sup>79</sup> DURÁN LÓPEZ, F.: “El despido por circunstancias objetivas y la nueva ordenación del despido”, en *Revista de Política Social*, núm. 117, 1978, p. 78.

careciendo tal distinción de importancia a efectos prácticos, ya que “*el despido nulo producirá los mismos efectos que el despido improcedente*”<sup>80</sup>.

En suma, se le otorga –desgraciadamente– carácter definitivo a la desaparición de la garantía formal del expediente disciplinario –incluso para trabajadores con cargo sindical<sup>81</sup>–, siendo el único requisito formal el referido a la misiva resolutoria –carta de despido–. Y, por otro lado, se excluyó la tutela real del puesto de trabajo al mantenerse y establecerse, definitivamente, el citado sistema de tutela obligatoria<sup>82</sup>. Pero, además, la nueva regulación extendía, de manera incomprensible<sup>83</sup>, la sanción de improcedencia al despido declarado nulo, produciendo los mismos efectos: lo que significaba que si así lo deseaba el empresario podría extinguir el contrato de trabajo, aun cuando se hubiera declarado nulo, simplemente indemnizando al empleado.

## 2.6 El Estatuto de los Trabajadores de 1980

El artículo 54 de la sección cuarta –extinción del contrato– de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, en referencia a la relación de causas del despido disciplinario, establecía que el “*contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador*”, considerando incumplimientos contractuales las siguientes causas: “*a) Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo. b) La indisciplina o desobediencia en el trabajo. c) Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos. d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo. e) La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado. f) La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo*”.

Comparando la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, con la derogada normativa precedente al citado texto –Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo– corresponde realizar las siguientes matizaciones<sup>84</sup>:

1. Se reducía el número de apartados ocasionadores del despido disciplinario, ya que en la legislación anterior<sup>85</sup>, podíamos apreciar once causas justas de despido

<sup>80</sup> Apartado 3 del artículo 36 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo.

<sup>81</sup> Artículo 34 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo.

<sup>82</sup> MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 151.

<sup>83</sup> RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: “Regulación del despido, protección de la estabilidad y políticas de empleo en los países de la CEE y en España”, en AA. VV.: *Hacia un modelo democrático de relaciones laborales*, Zaragoza, Instituto de Relaciones Laborales de la Universidad de Zaragoza, 1980, p. 322.

<sup>84</sup> CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, cit., pp. 39 y ss.

<sup>85</sup> Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo.

disciplinario, a diferencia del texto normativa posterior en el tiempo<sup>86</sup>, en el que se recogían tan solo seis apartados.

2. Las causas de despido disciplinario abolidas en la normativa posterior –la concurrencia desleal; la falta de aseo; las riñas y peticiones; la participación activa en huelga ilegal; y la negativa durante huelga a la prestación de servicios necesarios– no entrañaba necesariamente que los apartados silenciados no pudieran ser invocados como justificativos de la máxima sanción disciplinaria que el empleador puede instaurar: los apartados no especificados en la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, continuaban siendo válidos al poder sumergirse en alguna de las causas de despido admitidas. La concurrencia desleal podía ser causa justa de despido disciplinario en la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, si constituía “*transgresión de la buena fe contractual*”. Las restantes causas abolidas en la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, y que se recogían en la legislación anterior –“*falta de aseo*”, las “*riñas y peticiones*”, la “*participación en huelga ilegal*” o la “*negativa al mantenimiento de servicios mínimos*”– dada la amplitud de la expresión, tenían perfecto destino en el apartado b) del artículo 54 referido a la “*indisciplina o desobediencia en el trabajo*” –y también en la buena fe contractual–.

3. En la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, se mantenía la modificación de la ineptitud del trabajador como causa de despido objetivo.

4. Las desavenencias existentes entre las causas de despido de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, y la legislación anterior, Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, son de carácter meramente formal y de transcripción. Las seis causas estipuladas en el texto de 1980, mantenían la tradición legislativa del texto de 1977, si bien podían contemplarse insignificantes transformaciones de definiciones de los términos empleados por el ET de 1980, sobresaliendo el aspecto gramatical y de composición, considerándose las modificaciones de mínimas. Tal era el caso de la expresión “*ofensas verbales o físicas*” en sustitución de “*malos tratamientos de palabra o de obra*”. En otros aspectos ha sido la jurisprudencia la que se ha encargado de restringir el alcance de la transgresión sancionable, como sucedía en la “*embriaguez habitual*”, pues la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, recogía expresamente que “*repercuta negativamente en el trabajo*”, pero con anterioridad a dicho texto normativo y para que dicha embriaguez fuera razón adecuada para sancionar al trabajador, los tribunales exigían que repercutiese al servicio profesional contratado. En la causa sancionadora que nos encontramos examinando –“*embriaguez habitual o toxicomanía*”– la referencia a la toxicomanía no se englobaba en ninguno de los textos anteriores al ET de 1980. Ocurre que en la fecha de atribución de la embriaguez habitual como causa de despido, el problema de la toxicomanía era imperceptible en España, cuando menos a nivel de intranquilidad generalizada, y es en el año 1980, al redactarse el ET, cuando se considera indispensable la referencia a la toxicomanía.

<sup>86</sup> Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

5. Con el ET se asentó el sistema de cálculo de la indemnización tasada: desde las primeras regulaciones laborales se ha seguido un sistema indemnizatorio sustentado en los daños y perjuicios ocasionados al trabajador en función de circunstancias generales –antigüedad, nueva colocación, dimensión y características de la empresa, circunstancias personales y familiares, o la edad, entra otros elementos valorativos–. Desde el ET de 1980 se instala, definitivamente, el sistema indemnizatorio tasado que no pretende una *restitutio in integrum* sino una compensación económica que con carácter general indemnice el valor de la pérdida del puesto de trabajo<sup>87</sup>: en otros términos, no se pretende reparar íntegramente sino solo una cuantía fija en función de la antigüedad del trabajador en la empresa y del daño producido por el despido injusto<sup>88</sup>.

Por otro lado, a la entrada en vigor de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, la doctrina judicial se vio sumergida en una nueva disputa sobre la cuestión de si las causas justas de despido –instauradas en el artículo 54 del precitado texto– respondían a un carácter enunciativo o, por el contrario, taxativo. No obstante, esbozar hoy día un debate acerca de las causas enunciadas carece de importancia, ya que, desde un punto de vista práctico, la lista de este precepto sirve como conducto orientativo con el que analizar la gravedad y culpabilidad de la desobediencia cometida por el trabajador.

En suma, habiendo partido de un sistema de extinción decimonónico sustentado en la libre rescisión de la relación laboral, en la actualidad nos encontramos en un sistema de despido causal, cuya consecuencia más importante por su incumplimiento – por no sustentar el despido en una justa causa– es la indemnización tasada, lo que provoca la monetización o mercantilización de la ruptura sin causa del contrato de trabajo<sup>89</sup>. No obstante, el marco temporal tan extenso desde las codificaciones hasta la actual regulación del despido puede describirse con la silueta de una parábola: la parábola ha ido ascendiendo con normas jurídicas protectoras en beneficio del trabajador alcanzando su punto máximo con la Ley de Relaciones Laborales de 1976; desde ese instante, la parábola ha descendido sin contención alguna<sup>90</sup>. Descenso que cada vez se hace más pronunciado<sup>91</sup>.

Las observaciones anteriores corroboran nuestra afirmación de que el tema es complejo y vivamente controvertido. Ahora bien, es incuestionable que en todas las

---

<sup>87</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 76.

<sup>88</sup> MONTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992, p. 52.

<sup>89</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Itinerarios circulares del Derecho del Trabajo: del despido libre al despido indemnizado”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, cit., p. 129.

<sup>90</sup> DURÁN LÓPEZ, F.: “El despido objetivo: causas, forma y efectos (arts. 52 y 53)”, en *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 100, 2, 2000, pp. 1090 y ss.

<sup>91</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 31.



leyes existentes hasta el momento, siempre ha permanecido inalterada la facultad reconocida al empresario de dar por finalizado el contrato de trabajo ante la presencia de acciones u omisiones del empleado incompatibles con la continuidad de la relación laboral<sup>92</sup>.

### 3. La indeterminación jurídica de los conceptos en el despido disciplinario

En la valoración judicial del despido el juzgador se enfrenta a un verdadero conflicto de intereses, camuflado sobre el ropaje de términos reconducibles hacia la amplia y etérea categoría de los conceptos jurídicos indeterminados<sup>93</sup> –denominados en Italia por la doctrina más autorizada como conceptos elásticos<sup>94</sup>–, realizando funciones arbitrales más que estrictamente jurisdiccionales –actuaciones muy alejadas del propio ámbito natural de la jurisdicción<sup>95</sup>–.

La indeterminación en la causalidad se convierte en uno de los incidentes más irresolutos de la relación laboral que con una nefasta redacción, genera inseguridad jurídica y desfavorece la posición de los más interesados en la plena justificación de las medidas extintivas –los trabajadores–, en cumplimiento del derecho constitucional al trabajo<sup>96</sup> y del principio de no indefensión<sup>97</sup>, ambos de la norma suprema.

En la regulación del despido, los conceptos jurídicos indeterminados<sup>98</sup> –al igual que los principios generales– son técnicas tradicionales que facilitan a los operadores jurídicos realizar interpretaciones recelosas de asegurar un mayor desarrollo del derecho, propio de una concepción menos rígida de las normas<sup>99</sup>. En el propio esquema del despido disciplinario –regulado en el actual artículo 54 ET– subyace la referencia genérica al incumplimiento contractual grave y culpable con los que justificar lo razonable de la medida adoptada: medida normal y aceptable en atención a los fines

<sup>92</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La causalidad del despido disciplinario*, cit., p. 59.

<sup>93</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Presente y futuro de la Regulación del Despido*, cit., p. 172.

<sup>94</sup> ZOLI, C.: “Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegra e tutela indennitaria”, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, núm. 3, 2013, p. 659.

<sup>95</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Civitas, 1994, p. 141. VIDA SORIA, J.: “Suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.) *et al: La reforma del Estatuto de los Trabajadores. El despido. Tomo II*, cit., pp. 19 y 20.

<sup>96</sup> Artículo 35 de la Constitución Española.

<sup>97</sup> Artículo 24 de la Constitución Española.

<sup>98</sup> ORTEGA LOZANO, P. G.: “El despido colectivo en el ordenamiento interno y comunitario. Interpretación valorativa y discrecional en el juicio de razonabilidad: los conceptos jurídicos indeterminados”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7, 2017, pp. 587 y ss.

<sup>99</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El Despido Colectivo en el Derecho Español: estudio de su Régimen Jurídico*, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 101.

insertos en el programa normativo<sup>100</sup>. Pero claro, resulta que lo razonable es necesariamente una noción de contenido variable e inestable en derecho<sup>101</sup>.

Razonable es aquello que se considera justo o conforme a la razón. El control de razonabilidad es solo un control de racionalidad: cuando se atribuye a un sujeto una facultad discrecional, como el empresario que ante un incumplimiento contractual se le consiente seleccionar entre alternativas diferentes de sanción, su elección por una de estas opciones debe excluir aquellas que manifiestamente sean irracionales o arbitrarias debiendo de actuar conforme a la razón<sup>102</sup>. Pero ocurre que esta directriz –razonabilidad e incumplimiento contractual grave y culpable– se presta a un uso caprichoso por parte de quienes han de aplicarlo<sup>103</sup>.

El tronco común del despido disciplinario –ex artículo 54.1 ET que, como acabamos de señalar, exige un incumplimiento contractual grave y culpable– presenta una evidente textura abierta<sup>104</sup>, ya que, cuando se utilizan reglas generales pueden surgir dudas sobre el posible encaje de tales situaciones en el elemento causal<sup>105</sup>. Por tanto, surgen dudas interpretativas y aplicativas y, si han de resolverse dudas, quienquiera que sea el encargado –en este caso, el juez u operador jurídico– tendrá que proporcionar una solución sustentándose en un acto de la naturaleza de una elección entre alterativas abiertas<sup>106</sup>.

En suma, las leyes se estructuran de manera que, en todas las ramas del derecho, el operador jurídico no puede encontrar y fundamentar sus decisiones mediante sometimiento a conceptos jurídicos fijos cuyo contenido puede ser desarrollado a través de la interpretación, sino que están llamados a formular valoraciones y, de esta manera, a decidir o actuar como si fueran legisladores<sup>107</sup>.

<sup>100</sup> PERELMAN, C. y VAN DER ELST, R.: *Les notions à contenu variable en droit*, Bruselas, Bruylant, 1984, *passim*.

<sup>101</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Presente y futuro de la Regulación del Despido*, cit., p. 177.

<sup>102</sup> DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “La reforma del despido en la Ley 35/2010”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R.: *La reforma del mercado de trabajo: Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 93.

<sup>103</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Presente y futuro de la Regulación del Despido*, cit., p. 178.

<sup>104</sup> HART, H. L. A.: *El concepto de Derecho*, traducción de CARRIÓ, G. R., México, Editorial Nacional, 1980, pp. 155 y ss.

<sup>105</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El Despido Colectivo en el Derecho Español: estudio de su Régimen Jurídico*, cit., p. 266.

<sup>106</sup> HART, H. L. A.: *El concepto de Derecho*, traducción de CARRIÓ, G. R., cit., p. 157.

<sup>107</sup> ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid, Guadarrama, 1967, p. 153.

Cuando los conceptos normativos carecen de claridad en la determinación jurídica –aun cuando se examina el bloque jurídico en su totalidad– la aplicación de los mismos requiere de un desarrollo que integre, en el razonamiento del operador jurídico, máximas de experiencias o reglas de orden metajurídico –más allá de lo jurídico– con los pertinentes problemas de inseguridad y duda que al operador se le plantean en la fase de interpretación normativa, donde son admisibles opciones diversas –discrecionalidad de elección en la extracción de las interpretaciones jurídicas<sup>108</sup>–, incerteza que aumenta a medida que avanzamos hacia el núcleo del concepto –en términos de aplicación al caso– denominado halo conceptual<sup>109</sup>.

De acuerdo con esta doctrina<sup>110</sup>, un concepto jurídico indeterminado se encuentra compuesto por un núcleo de los conceptos<sup>111</sup> y su halo<sup>112</sup>. El núcleo delimita un ámbito de absoluta certeza sobre la significación del concepto –ampliación de la seguridad jurídica–. El halo marca la zona de incertidumbre que existe en cualquier concepto jurídico, más amplia en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados<sup>113</sup>.

Sintetizando, en los conceptos indeterminados existirá duda –inseguridad jurídica– que aplicado al despido disciplinario, permitirá incluir y excluir con certeza determinados supuestos, pero respecto de otros supuestos, las dudas no harán posible afirmar de forma tajante si quedan comprendidos o no dentro del concepto –lo que caería en el *Begriffshof* o halo del concepto–<sup>114</sup>. Lo anterior genera una potencial inseguridad jurídica ante la que se reclama mayor objetivación interpretativa de tales conceptos imprescindible para las continuas necesidades de justicia –igualdad de tratamiento en casos similares, certidumbre y previsibilidad jurídica<sup>115</sup>–.

El despido disciplinario es un mecanismo con el que garantizar el cumplimiento del contrato de trabajo, pero a su vez, también es una figura regulada por el propio ordenamiento jurídico con objeto de gestionar, eficientemente, la empresa<sup>116</sup>. Pero la imprecisión de los conceptos que conforman las causas –en especial, la buena fe contractual a la que puede sintetizarse todas las restantes causas del despido

<sup>108</sup> HART, H. L. A.: *El concepto de Derecho*, traducción de CARRIÓ, G. R., cit., p. 169.

<sup>109</sup> Expresión de Heck. Vid. MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El Despido Colectivo en el Derecho Español: estudio de su Régimen Jurídico*, cit., p. 267.

<sup>110</sup> Derivada del Derecho Alemán.

<sup>111</sup> El denominado *Begriffskern*.

<sup>112</sup> El denominado *Begriffshof*.

<sup>113</sup> MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General*, Madrid, Civitas, 2004, p. 532.

<sup>114</sup> Para mayor abundamiento, vid. GARCÍA SALGADO, M<sup>a</sup>. J.: “Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean”, en *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 20, 2003, *passim*.

<sup>115</sup> GALGANO, F.: *El negocio jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, pp. 455 y ss.

<sup>116</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Derecho, Trabajo y Despido”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) et al: *Presente y futuro de la Regulación del Despido*, cit., p. 38.

disciplinario– provoca que el intérprete y aplicador de una norma jurídica desarrolle, como indicábamos, una función de componedor y árbitro<sup>117</sup> que, considerando y evaluando datos extrajurídicos<sup>118</sup>, ha de resolver auténticos conflictos de intereses<sup>119</sup>, sustentándose siempre en derecho; en otros términos, el contenido de la norma obliga al operador jurídico a introducirse en el conflicto de interés subyacente al caso concreto con objeto de constituir su fundamentación jurídica en el sentido de la norma<sup>120</sup>.

Lo anterior nos lleva a la conclusión de que la formación cultural del juez de lo social se hace relevante al quedar enfrentado a un sistema de valores externos a la propia norma y del que debe hacerse intérprete sensible<sup>121</sup>. Sin embargo, el sentido jurisprudencial de las sentencias nos lleva a confirmar una cierta idea de cultura industrial y mercantilizada de la relación laboral, escenario posiblemente constituido por los propios textos normativos europeos<sup>122</sup> y el sentido de las reformas laborales sufridas en el ordenamiento interno<sup>123</sup>. El intérprete jurídico se convierte en el instrumento activo que se encarga de administrar reglas no escritas extraordinariamente relevantes, por sus consecuencias, en el ámbito social. Y la verdad es que el escenario que deviene no es muy esperanzador: se podría casi confirmar que la doctrina judicial española se mueve en esa idea flexibilizadora y neoliberal del trabajo y del contrato de trabajo<sup>124</sup>. Específicamente en el neologismo flexiseguridad<sup>125</sup> y en la ilusión mercantil-empresarial de liberalizar el despido.

<sup>117</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983, pp. 262 y ss.

<sup>118</sup> Vid. MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El Despido Colectivo en el Derecho Español: estudio de su Régimen Jurídico*, cit., p. 271.

<sup>119</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, cit., p. 26.

<sup>120</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Presente y futuro de la Regulación del Despido*, cit., p. 183.

<sup>121</sup> ORTEGA LOZANO, P. G.: “La regulación comunitaria de los despidos colectivos como garantía de efectividad de la libre circulación de trabajadores”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión: XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Huelva, CARL, 2017, pp. 125 y ss.

<sup>122</sup> GUINDO MORALES, S.: “Alcance actual de la restricción de acceso al empleo público por razón de la nacionalidad establecida en el artículo 45.4 del tratado de funcionamiento de la Unión Europea”, in *Derecho de las relaciones laborales*, num. 6, 2017, pp. 504 y ss.

<sup>123</sup> GUINDO MORALES, S.: “La condición de nacionalidad en el acceso a los empleos públicos: alcance actual de la excepción del artículo 45.4 TFUE”, in GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión: XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Huelva, CARL, 2017, pp. 79 y ss. MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “La libre circulación de trabajadores nacionales de los Estados miembros: discriminación por razón de nacionalidad e igualdad de condiciones laborales”, in *La Ley Unión Europea*, num. 51, 2017, *passim*.

<sup>124</sup> BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, Trotta, 2009, p. 72.

#### 4. La búsqueda de un correcto sistema de protección del empleo

La jurisprudencia constitucional considera inserto en el derecho al trabajo la propia causalidad del despido; pero si se produce un incumplimiento del principio causal, el efecto será la sustitución de la causa por la monetización del despido sin justa causa<sup>126</sup>.

Por tanto, puede extraerse del ordenamiento laboral común una regla general del actual derecho positivo de la que se deriva que el empleado cuyo contrato se extingue por libre decisión del empresario tiene derecho, como mínimo, a una indemnización<sup>127</sup>. Pero lo que debe plantearse es la vinculación entre la indemnización, la cuantía y el respeto del derecho al trabajo. La consecuencia no es otra afirmación que la siguiente: una reducción de las cuantías indemnizatorias de manera que no suponga un límite eficiente para la actuación del empresario supondrá el quebrantamiento efectivo de este derecho<sup>128</sup>. *A contrario sensu*, se está reconociendo implícitamente la indemnización como respuesta constitucional al despido sin causa.

Sin referirnos a las críticas existentes por permitir despedir al trabajador sin justa causa a cambio de una indemnización económica, lo cierto es que ha de reconocerse que la única frontera o el único límite real que existe para anular la voluntad del empresario no es otra que la indemnización económica –ya de por sí débil–<sup>129</sup>.

Por otro lado, disminuir las garantías del despido injustificado no debe contrarrestarse con mayores garantías del sistema de protección social<sup>130</sup>: lo cierto es

---

<sup>125</sup> Sobre el término flexiseguridad, *vid.* MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: “El debate sobre la flexiseguridad en Europa”, en AA. VV.: *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa: XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2010, *passim*. MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: “La flexiseguridad en la ordenación de las políticas de empleo”, en GOERLICH PESET, J. M<sup>a</sup>. y BLASCO PELLICER, Á. A. (Coords.): *Trabajo, contrato y libertad: estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol*, Valencia, Universidad de Valencia, 2010, *passim*. MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: “Medidas de flexibilización del mercado de trabajo: la “flexiseguridad” en el ordenamiento europeo e interno”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y MÁRQUEZ PRIETO, A.: *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, Sevilla, CARL, 2016, *passim*.

<sup>126</sup> BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, Trotta, 2009, p. 58.

<sup>127</sup> STC 103/1990, de 4 de junio [RTC 1990, 103].

<sup>128</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 53.

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>130</sup> GUINDO MORALES, S.: “Normas europeas en materia de ocupación y protección social en relación con el ámbito local / Norme europee in materia di occupazione e protezione sociale in relazione con l’ambito locale”, in ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. (Dir.) y VILA TIerno, F. (Coord.) *et al.*: *Las políticas de empleo en el ámbito local: Especial atención a colectivos desfavorecidos: Jóvenes, mayores y discapacitados*, Málaga, Ameis, 2017, pp. 55 y ss. ORTEGA LOZANO, P. G.: “Las políticas ocupacionales en el mercado de trabajo europeo y español: Análisis jurídico de las medidas de contratación y emprendimiento para el ingreso de los jóvenes en el mercado de trabajo / Le politiche

que ambos aspectos no son comparables porque operan en planos distintos aunque sean funcionalmente conexos. La primera garantiza la dignificación del trabajo; la segunda garantiza la protección social del trabajador en las transiciones profesionales y frente a las situaciones de necesidad –riesgos sociales del trabajo–. Al final, se trata de dos dimensiones que poseen carácter complementario –ambas garantías no son exclusivas ni excluyentes– y en las que no debe existir conexión de sustituibilidad<sup>131</sup>. En suma, se puede, *de lege ferenda*, mejorar la protección de Seguridad Social y los mecanismos de protección social pública compensatoria sin necesariamente disminuir las garantías de los trabajadores en el despido<sup>132</sup>.

La realidad es que todos los trayectos parecen coincidir en la necesidad de facilitar –procedimental y económicamente– el despido. Lo cierto es que el sistema vigente posee carencias evidentes en la reparación del daño producido por la extinción; asimismo, tampoco garantiza un efecto disuasorio real frente a los despidos arbitrarios, a excepción –aunque muy limitadamente– de los despidos nulos o despidos de trabajadores que posean una elevada antigüedad –por ser superior su indemnización–<sup>133</sup>. Aparentemente, parece que el elemento central para modernizar el Derecho del Trabajo pasa, inevitablemente, por la reducción de la protección frente al despido. Este planteamiento debe ser rechazado por la doctrina más clásica.

Al final, se trata de evitar el reemplazo de la lógica jurídica por la económica más que renunciar a la integración o coordinación entre ambas. Estamos observando como la eficiencia se está transformando en un solemne principio de acción esencial para la construcción de un Derecho del Trabajo sostenido por los valores de la cultura industrial –discurso del rendimiento económico–<sup>134</sup>. El objetivo de la eficiencia económica de las instituciones jurídicas debe ser compatible con la función del derecho como principal protector de los valores superiores del sistema socio-jurídico<sup>135</sup>. Nada impide que las normas legales puedan desarrollarse bajo criterios de eficiencia –ganancias y riqueza– pero también de efectividad –efectos o consecuencias en los

---

occupazionali nel mercato del lavoro europeo e spagnolo: Analisi giuridico delle misure di assunzione e imprenditoria per l'Inserimento dei giovani nel mercato del lavoro”, in ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. (Dir.) y VILA TIerno, F. (Coord.) *et al: Las políticas de empleo en el ámbito local: Especial atención a colectivos desfavorecidos: Jóvenes, mayores y discapacitados*, cit., pp. 225 y ss.

<sup>131</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “Para una crítica de las “soluciones” iusliberales a la crisis económica en el Derecho del Trabajo”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 20-21, 2009, pp. 96 y 97.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>133</sup> DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “La reforma del despido en la Ley 35/2010”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R.: *La reforma del mercado de trabajo: Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, cit., p. 75.

<sup>134</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 391.

<sup>135</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El Despido Colectivo en el Derecho Español: estudio de su Régimen Jurídico*, cit., p. 142.

ámbitos de integración social<sup>136</sup>. Por tanto, aun cuando la eficiencia económica y el sistema socio-jurídico puedan condicionarse lo cierto es que no son excluyentes entre sí.

No existe teoría perfecta que solucione todas las problemáticas reales. Eso sí: un correcto sistema de protección del empleo sería aquel que, conformado por un modelo donde se permita a las empresas despedir cuando necesiten suprimir –verdaderamente– puestos de trabajo, lo hagan abonando indemnizaciones razonables por la extinción de la relación laboral; evidentemente, lo anterior debe venir acompañado de un sistema eficiente de amortiguadores sociales y políticas activas de empleo que protejan las transiciones en el mercado de trabajo y que mitiguen, sensiblemente, la duración de los períodos de desempleo<sup>137</sup>. La reducción del tiempo de desempleo permitirá un equilibrio más dinámico entre la salvaguardia de los poderes de gestión empresarial y la protección de los empleados<sup>138</sup>. En efecto, se debe impedir decisiones irrazonables, arbitrarias o abusivas, que terminen sacrificando, de manera inmotivada, los derechos o intereses de los trabajadores afectados<sup>139</sup>.

---

<sup>136</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 51 e 52.

<sup>137</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Extinción contractual en las diversas modalidades de contratación objeto de la reforma laboral”, en MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Dir. y Coords.) *et al: La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Granada, Comares, 2011, p. 141.

<sup>138</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “La reforma laboral: sentido político-jurídico y técnico”, en MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Dir. y Coords.) *et al: La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, cit., p. 8.

<sup>139</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Extinción contractual en las diversas modalidades de contratación objeto de la reforma laboral”, en MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Dir. y Coords.) *et al: La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, cit., p. 141.





**PARTE SECONDA**

**CAUSA GENERICA E CAUSE SPECIFICHE DEL LICENZIAMENTO  
DISCIPLINARE SPAGNOLO**



La struttura necessaria dalla quale si deduce la necessità di un giustificato motivo per licenziare il lavoratore –giusta causa<sup>140</sup>– dipende dal gruppo normativo formato dall'articolo 35 della Costituzione Spagnola, dall'articolo 30 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea –ispirato dall'articolo 24 della Carta Sociale Europea– e dal Convenzione numero 158 della ILO<sup>141</sup>.

Il riferimento alla Carta Sociale Europea implica che deve realizzarsi un'interpretazione congiunta del significato, valore e contenuto del licenziamento. Questo testo –riesaminato nel 1996– definisce un argomento preciso e garantista del diritto per la protezione in caso di licenziamento ingiustificato<sup>142</sup>. La Carta Sociale Europea impone tre tipi di obblighi diretti agli Stati firmatari: il principio di giustificato motivo di licenziamento; il principio indennitario o di riparazione adeguata per la perdita dell'impiego; e per ultimo, il riconoscimento del diritto del lavoratore a un'azione di difesa davanti a un organismo imparziale che, generalmente, dovrà essere giudiziale<sup>143</sup>.

Però oltre quanto indicato da questa fonte primaria dal valore fondamentale – Carta Sociale Europea– si deve tenere in conto la Convenzione numero 158 della ILO, la quale possiede la rilevanza di una norma giuridica di diritto internazionale uniforme di efficacia normativa vincolante. Strumento giuridico che servì come fonte d'ispirazione per l'articolo 24 della Carta Sociale Europea che abbiamo appena finito di commentare. In questo testo si consacra e precisa il principio di giustificato motivo del licenziamento<sup>144</sup>. Pertanto, la relazione lavorativa non potrà concludersi a meno che esista una causa giustificata relazionata con la capacità, condotta o necessità del funzionamento dell'impresa, stabilimento o servizio<sup>145</sup>.

Dalla Carta Sociale Europea e dalla Convenzione numero 158 della ILO, ci muoviamo verso la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea –successiva nel tempo– che stabilisce il diritto di qualsiasi lavoratore a proteggersi in caso di

---

<sup>140</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “El despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 173.

<sup>141</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “Protección en caso de despido injustificado (art. 30)”, in MONEREO ATIENZA, C. (Dir. e coord.) e MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. e coord.) *et al: La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, cit., p. 695.

<sup>142</sup> Articolo 24 Carta Sociale Europea, modificata nel 1996.

<sup>143</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “Protección en caso de despido injustificado (art. 30)”, in MONEREO ATIENZA, C. (Dir. e coord.) e MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. e coord.) *et al: La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, cit., p. 696.

<sup>144</sup> Articolo 3 Convenzione numero 158 della ILO.

<sup>145</sup> Articolo 4 Convenzione numero 158 della ILO.

licenziamento ingiustificato<sup>146</sup>. La sua rilevanza si fonda nel rifiutare espressamente il licenziamento *ad nutum* –bandendolo<sup>147</sup>–.

In effetti, l'articolo 30 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, in linea con la Convenzione numero 158 della ILO e l'articolo 24 della Carta Sociale Europea, si avvalgono del modello di protezione contro il licenziamento basato sulla stabilità del lavoro e sulla ricerca di un equilibrio di poteri nelle relazioni lavorative<sup>148</sup>: la conseguenza è sfociata nell'attuale regolamentazione normativa e nella estremamente importante costruzione giurisprudenziale in merito al licenziamento, in concreto, il disciplinare, con delle giuste cause necessarie disciplinate per determinare la legittimità.

Di conseguenza, nell'ordinamento giuridico spagnolo, la tecnica che sopravvive coniuga la fondatezza di una causa generica con l'enumerazione di cause specifiche.

Questa tecnica trova la sua massima espressione e rappresentazione nell'articolo 54 ET che stabilisce: “1. *Il contratto di lavoro potrà estinguersi per decisione del datore di lavoro, mediante licenziamento basato sull'inadempimento grave e colpevole del lavoratore.* 2. *Si considereranno inadempimenti contrattuali:* a) *Le assenze dal lavoro ripetute e ingiustificate o mancanza di puntualità al lavoro.* b) *L'indisciplina o disobbedienza sul lavoro.* c) *Le offese verbali e fisiche al datore di lavoro o alle persone che lavorano nell'impresa o ai familiari che convivono con loro.* d) *La trasgressione della buona fede contrattuale, così come l'abuso di fiducia nello svolgimento del lavoro.* e) *La continua e volontaria diminuzione nel rendimento del lavoro normale o pattuito.* f) *L'ubriachezza abituale o tossicodipendenza se incidono negativamente sul lavoro.* g) *La molestia per ragioni di razza o origine etnica, di religione o credo, di disabilità, di età o di orientamento sessuale e le molestie sessuali ai danni dell'imprenditore o delle persone che lavorano nell'impresa”.*

Il licenziamento disciplinare può analizzarsi elaborando diverse tassonomie. Noi scegliamo di esaminare, in primo luogo, gli elementi basici e fondamentali di qualsiasi giusta causa di licenziamento disciplinare come: inadempimento contrattuale, gravità e colpevolezza dell'articolo 54.1 ET, elementi sostanziali e parte generale del licenziamento disciplinare –l'assenza della gravità o della colpevolezza causerebbero automaticamente la illegittimità del licenziamento–.

---

<sup>146</sup> Articolo 30 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

<sup>147</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. e SASTRE IBARRECHE, R.: “Artículo 54. Despido disciplinario”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 1998, p. 657. SASTRE IBARRECHE, R.: “Artículo 54. Despido disciplinario”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) e SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 761.

<sup>148</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “Protección en caso de despido injustificado (art. 30)”, in MONEREO ATIENZA, C. (Dir. e coord.) e MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. e coord.) *et al: La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, cit., p. 700.

Successivamente, e in secondo luogo, analizzeremo individualmente ognuna delle cause concrete o specifiche del licenziamento disciplinare, nelle quali dovranno comprendersi i comportamenti costitutivi di una giusta causa di licenziamento –gravità e colpevolezza– in accordo a una varietà di criteri. Conforme a queste regole e rispetto a queste ultime cause particolari, opteremo per seguire l'ordine normativo stabilito nello stesso articolo 54.2 ET.



## CAPITOLO II. LE NOZIONI FONDAMENTALI DELL'ESTINZIONE LAVORATIVA DISCIPLINARE DA PARTE DEL DATORE DI LAVORO

**SUMARIO.** CAPITOLO II. LE NOZIONI FONDAMENTALI DELL'ESTINZIONE LAVORATIVA DISCIPLINARE DA PARTE DEL DATORE DI LAVORO. 1. Il licenziamento disciplinare nel Diritto del Lavoro: negozio giuridico unilaterale ed extragiudiziale. 2. Il vero fondamento causale del licenziamento disciplinare: inadempimento contrattuale grave e colpevole.

### 1. Il licenziamento disciplinare nel Diritto del Lavoro: negozio giuridico unilaterale ed extragiudiziale

L'esercizio del licenziamento disciplinare si adatta alla configurazione degli atti di autotutela privata: mediante un negozio giuridico unilaterale ed extragiudiziale, con carattere recettizio, il datore di lavoro estingue la relazione giuridica che lo lega al lavoratore<sup>149</sup>.

Al prodursi l'inadempimento, il datore di lavoro possiede il diritto facoltativo di applicare una sanzione –tra cui il licenziamento disciplinare– secondo la gravità e la colpevolezza dell'illecito. Pertanto, la qualificazione che meglio si adatta all'esercizio del potere disciplinare è, senza dubbio, quella del negozio giuridico unilaterale<sup>150</sup>.

In definitiva, il licenziamento è un negozio giuridico unilaterale che estingue la relazione lavorativa senza che si richieda la previa partecipazione del giudice<sup>151</sup>: il datore di lavoro fa uso di un diritto facoltativo che trasforma l'atto del licenziamento, allo stesso tempo, in esercizio del diritto e del negozio giuridico<sup>152</sup>.

Le condizioni fondamentali sulle quali si reggono le giuste cause del licenziamento disciplinare si raccolgono nel primo comma dell'articolo 54 ET. Questo –articolo 54.1 ET– definisce il concetto giuridico-legale statuario del licenziamento disciplinare come una modalità estintiva del contratto di lavoro a causa della decisione del datore di lavoro e basato su un “*inadempimento grave e colpevole del lavoratore*”. Tre questioni chiave devono risaltare: si presuppone l'esistenza formale di una relazione lavorativa subordinata; all'imprenditore corrisponde la facoltà di estinguere il contratto;

<sup>149</sup> GIL Y GIL, J. L.: *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1994, pp. 33 e ss.

<sup>150</sup> GIL Y GIL, J. L.: “La noción del despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 87.

<sup>151</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 luglio 1928”, in *Revista de Política Social*, cit., pp. 23 e ss. MONTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, in AA. VV: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., pp. 515 e ss. ALONSO OLEA, M.: *El despido*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957, pp. 107 e ss.

<sup>152</sup> ALVAREZ VIGARAY, R.: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, Comares, 1986, p. 301.

e possiede una natura particolarmente accentuata che è osservabile quando fa allusione esplicita al contratto di lavoro individualmente considerato<sup>153</sup>.

Sulla scorta di questa clausola generale, il comma secondo di tale predisposizione –articolo 54.2 ET– stabilisce una lista di inadempimenti contrattuali<sup>154</sup>. Pertanto, dinanzi a un sistema legale con così deboli definizioni e innanzi a un tema significativamente casistico, la giurisprudenza acquisisce un'importanza essenziale per rispondere alla questione pratica di questa tematica.

I tre elementi della causa generica –inadempimento contrattuale, grave e colpevole– vengono istituiti direttamente dalla legge essendo il riferimento fondamentale e inoppugnabile dal quale si deve partire in questa materia. Anche se è vero che, in seguito, la stessa legge pretende delimitare una serie di condotte che considera inadempimenti contrattuali. In questo modo, si conferma che la lista o elenco di cause specifiche dell'articolo 54.2 ET risulta irrilevante<sup>155</sup>: ciò che deve consumarsi sono gli elementi fondamentali della causa generica del licenziamento –inadempimento, gravità e colpevolezza–.

Rispetto a ciò, manca di trascendenza lo sviluppo di un dibattito riguardo al fatto che la lista riportata dall'articolo 54.2 ET sia *numerus clausus* o meno. La discussione risulta più accademica che pratica soprattutto se si tiene presente che la trasgressione della buona fede contrattuale e la violazione della fiducia dell'articolo 54.2.d) ET, serva da supporto giuridico alla totalità degli inadempimenti contrattuali gravi e colpevoli che possano essere imputati al lavoratore<sup>156</sup>.

Da un punto di vista professionale, la lista dell'articolo citato precedentemente –ci riferiamo all'articolo 54.2 ET– serve da orientamento, presentando, inoltre, il valore istruttivo di manifestare cause concrete che si approssimano molto più che la causa generica –dell'articolo 54.1 ET– ai comportamenti umani reali<sup>157</sup>. Dal canto suo, una lista definitiva di giuste cause disciplinari sarebbe un lavoro gravoso e altamente sconsigliabile oltre che temerario.

---

<sup>153</sup> TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “El despido disciplinario”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 68.

<sup>154</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 109.

<sup>155</sup> ALONSO OLEA, M.: “Introducción general al despido y a sus causas”, in ALONSO OLEA, M. *et al: Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*, Madrid, Universidad de Complutense, 1996, p. 5.

<sup>156</sup> GÓMEZ GORDILLO, R.: “Aspectos generales del Despido Disciplinario”, in GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 39.

<sup>157</sup> RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido”, in MONTOYA MELGAR, A. (Coord.), MARTÍN VALVERDE, A. (Coord.) e RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid, MTSS (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), 1990, p. 528.



Per ottenere un più alto livello di concretezza riguardo a questi criteri crediamo che i contratti collettivi e non le leggi siano gli strumenti più pertinenti. Ma, né la mancanza di valutazione rispetto a questa disposizione collettiva trasforma in non sanzionabile un inadempimento lavorativo grave e colpevole, né la tipizzazione di queste stesse disposizioni di comportamento sanzionabile con il licenziamento possono ovviare all'esigenza legale di che in esse concorrano gli elementi di gravità e colpevolezza dell'inadempimento lavorativo, caratteristiche necessarie della causa o motivazione reale sulla quale, in verità, si baserà il licenziamento disciplinare<sup>158</sup>.

Questa complessa situazione legale, costituita dalle cause generiche di licenziamento disciplinare –articolo 54.2 ET–, cui elementi non vengono definiti e delimitati come dovrebbero, aggiungendo una insufficiente e frazionata concretezza dei parametri di gravità e colpevolezza dell'articolo 54.1 ET, e con un'interazione imperfetta tra legge e contratto collettivo, riunisce i requisiti necessari affinché le risoluzioni giudiziali in questa materia siano vitali, copiose e fondamentali.

## **2. Il vero fondamento causale del licenziamento disciplinare: inadempimento contrattuale grave e colpevole**

Il principale fondamento della causa di licenziamento è l'esistenza di un inadempimento contrattuale lavorativo: ossia, la disobbedienza ad alcune obbligazioni che dipendono dal contratto di lavoro. Ma l'inadempimento del contratto di lavoro deve essere accompagnato dalla pertinente gravità e colpevolezza dello stesso. Inadempimento grave e colpevole che costituisce un insieme che si rivela come il vero principio causale o fondamentale del licenziamento disciplinare.

Gravità e colpevolezza sono due concetti giuridici totalmente differenti. Mentre la gravità si riferisce alla misura in cui il lavoratore ha trasgredito un'obbligazione lavorativa e alla ripercussione stessa dell'obbligazione infranta, la colpevolezza si fonda sulla recriminazione che, date le circostanze che interessano soggettivamente il lavoratore, merita quell'infrazione. La colpevolezza si trasforma in un elemento essenziale e peculiare del licenziamento disciplinare perché senza di essa la causa disciplinare sarebbe solo oggettiva<sup>159</sup>.

Si tratta di due concetti giuridici totalmente diversi tra loro ma che devono confluire insieme per sfociare in un licenziamento per giustificato motivo –legittimo–<sup>160</sup>, cosicché il giudice che istruisce un licenziamento disciplinare deve emettere due giudizi indipendenti: il giudizio di gravità e il giudizio di colpevolezza. A volte,

<sup>158</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 113.

<sup>159</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La causalidad del despido disciplinario*, cit., p. 94.

<sup>160</sup> GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, Pamplona, Thomson Reuters, 2012, p. 29.

entrambi gli elementi –gravità e colpevolezza– si mescolano, in modo che un inadempimento risulta tanto grave quanto più elevata è la colpevolezza del lavoratore<sup>161</sup>.

Ma il controllo giudiziale dei licenziamenti deve rispettare una valutazione riguardo la concorrenza di alcuni fatti. Questa idea è corretta tanto per il controllo giudiziale dei licenziamenti disciplinari quanto per i licenziamenti per cause collettive e per cause oggettive<sup>162</sup>. Nel complesso, corrisponderà al giudice –articolo 117 della Costituzione Spagnola– verificare l'esistenza della prova della causa esposta. Ma una volta accreditata la causa addotta dovrà formulare un giudizio di ragionevolezza inevitabile –di colpevolezza e gravità–, ancor di più se utilizzano concetti giuridici indeterminati<sup>163</sup>, la cui portata e contenuto giuridico sono incerti nella loro formulazione normativa e applicazione pratica<sup>164</sup>. Concetti di struttura aperta reclamano un ampio margine di discrezionalità che mai deve arrivare a giudizi di opportunità<sup>165</sup>.

È lo stesso articolo 54 ET a porre l'accento sulla gravità e sulla colpevolezza. La ponderazione della gravità si basa su diversi criteri: il primo si riferisce ai diritti fondamentali riconosciuti nella Costituzione Spagnola e che costituisce il bene giuridico di maggior valore per il quale una sua violazione si manifesta come grave; ma allo stesso tempo la ponderazione della gravità si basa in un secondo criterio congiunto riferito all'intensità della lesione prodotta<sup>166</sup>.

La colpevolezza esige, in modo generale, l'imputabilità della condotta del lavoratore anche se non sia riferibile in termini di paternità *stricto sensu*. Però la colpevolezza richiede anche volontarietà o coscienza dell'azione o omissione dell'inadempimento o disobbedienza lavorativa<sup>167</sup>. In altri termini, che nell'attuazione dell'inadempimento contrattuale esista l'intenzione come sinonimo di dolo o di imprudenza in quanto equivalente a negligenza o mancanza della dovuta attenzione e

---

<sup>161</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 118.

<sup>162</sup> GUINDO MORALES, S.: “Despido por circunstancias objetivas: garantías formales y procedimentales (pagaré como instrumento variable para el abono de la indemnización: STS 536/2016, 21 de junio)”, in *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, num. 192, 2016, p. 187 e ss.

<sup>163</sup> *Vid.* ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, traduzione di GARZÓN VALDÉS, E., presentazione di GARCÍA SAN MIGUEL, L., a cura di MONEREO PÉREZ, J. L., Granada, Comares, 2001, pp. 127 e ss.

<sup>164</sup> ENGISCH, K.: *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*; traduzione di GIL CREMADES, J. J., a cura di MONEREO PÉREZ, J. L., Granada, Comares, 2004, pp. 119 e ss.

<sup>165</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: “El despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 163.

<sup>166</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, in ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 891.

<sup>167</sup> GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: “La noción de incumplimiento contractual grave y culpable en la jurisprudencia”, in GIL Y GIL, J. L. (Coord.) e DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 118 e 119.

accuratezza nell'attività oggetto di critica<sup>168</sup>. La volontarietà o intenzionalità è il requisito che pone maggiori difficoltà pratiche all'esercizio giudiziale perché le sue eventualità possono essere di due tipi: di indole oggettiva, estrinseche al lavoratore; e di carattere puramente soggettivo, intrinseche alla sua persona. Ad ogni modo la colpevolezza o la mancanza di colpevolezza ammette gradi<sup>169</sup>.

La concorrenza di un inadempimento contrattuale grave e colpevole dell'impiegato non comporta l'estinzione del contratto di lavoro automaticamente ma conferisce soltanto al datore di lavoro la facoltà di procedere all'estinzione della relazione lavorativa; condizione della quale può, o non può, fare uso<sup>170</sup>. In altri termini, prodotto l'inadempimento contrattuale del lavoratore nasce la potestà o il diritto di licenziare del datore di lavoro, nel senso che non utilizzato, quell'inadempimento diviene inefficace<sup>171</sup>.

L'esame della gravità e della colpevolezza dell'inadempimento contrattuale del lavoratore rimane inglobato nella denominata dottrina gradualista o della proporzionalità tra il fatto, la persona e la sanzione<sup>172</sup>.

Gli ulteriori principi elementari di giustizia esigono una perfetta proporzionalità e adeguatezza tra il fatto, la persona e la sanzione; l'obiettivo è cercare l'autentica realtà giuridica attraverso un'analisi specifica e individualizzata<sup>173</sup>. È questa combinazione di elementi ciò che i tribunali denominano dottrina gradualista. Si devono ponderare in modo differenziato tutti gli aspetti –soggettivi e oggettivi<sup>174</sup>– tenendo in conto gli antecedenti e circostanze coetanei che definiscono la relazione lavorativa come una relazione continuata nel tempo; potendo trattare, così, fatti identici in modo diverso a seconda delle circostanze concorrenti<sup>175</sup>.

<sup>168</sup> STS 25 ottobre 1984 [RJ 1984, 5331].

<sup>169</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 121.

<sup>170</sup> MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 1999, p. 13.

<sup>171</sup> BLASCO SEGURA, B.: “El despido disciplinario en la nueva normativa laboral”, in *Revista Española de Derecho del Trabajo*, num. 5, 1981, p. 40.

<sup>172</sup> *Vid.* BURRIEL RODRÍGUEZ, P.: “La teoría de la gravedad y culpabilidad en el despido disciplinario. Las cláusulas de blindaje en la relación laboral común”, in *Aranzadi Social: Revista doctrinal*, num. 18, 2010, p. 47.

<sup>173</sup> STS 16 luglio 1986 [RJ 1986, 4524].

<sup>174</sup> SALCEDO BELTRÁN, M<sup>a</sup>. C. e GARCÍA GONZÁLEZ, G.: “Extinción del contrato por despido disciplinario: aspectos sustantivos y procesales”, in ALFONSO MELLADO, C. L., RODRÍGUEZ PASTOR, G. E. e SALCEDO BELTRÁN, M<sup>a</sup>. C. (Coordd.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 331.

<sup>175</sup> STSJ Navarra 31 gennaio 2002 [AS 2002, 1054].

Gli elementi di proporzionalità e adeguatezza tra il fatto, la persona e la sanzione si classificano in criteri di indole oggettiva –riferiti alla gravità– e criteri di indole soggettiva –riferiti alla colpevolezza–. Vediamoli<sup>176</sup>:

Sono criteri di indole oggettiva i seguenti: a) Beni giuridici protetti da lesione con particolare importanza verso i Diritti fondamentali, l'economia d'impresa e l'economia fondamentale del contratto di lavoro. b) Ripetizione, continuità e avvertenze imprenditoriali. c) Concorrenza di cause: può far sì che l'inadempimento contrattuale del lavoratore possa includersi in due o più giuste cause di licenziamento disciplinare valutato in modo individuale. d) Livello professionale del lavoratore: quanto più elevata è la gerarchia, la qualificazione dell'impiegato e la mansione dell'impiegato più grave sarà l'inadempimento. e) Antichità e traiettoria previa: la valutazione della traiettoria del lavoratore può diminuire la sua responsabilità.

Sono criteri di indole soggettiva i seguenti: a) Intenzionalità maliziosa: l'azione o omissione sembra specialmente qualificata dall'intenzionalità maliziosa. b) Alterazione delle facoltà volitive: i fattori di indole soggettiva sono soliti apparire nella casistica giudiziale in senso assolutorio del lavoratore –ci riferiamo alle situazioni di disturbo psicologico, di malattia, di perdita del controllo della volontà, per forza maggiore o caso fortuito–. c) Conflittualità lavorativa o provocazione previa: in un contesto di conflittualità lavorativa ci saranno circostanze che potranno attuare da attenuanti della sanzione imposta. d) Altri disturbi psicologici, ubriachezza o tossicodipendenza.

---

<sup>176</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La causalidad del despido disciplinario*, cit., pp. 102 e ss.



### CAPITOLO III. LE ASSENZE DAL LAVORO RIPETUTE E INGIUSTIFICATE O MANCANZA DI PUNTUALITÀ AL LAVORO

**SUMARIO.** CAPITOLO III. LE ASSENZE DAL LAVORO RIPETUTE E INGIUSTIFICATE O MANCANZA DI PUNTUALITÀ AL LAVORO. 1. Concetto e fondamento. 2. Assenze ripetute: principio *non bis in idem*. 3. Casi legali di assenza della giustificazione dell'assenza dal lavoro o mancanza di puntualità. 4. Gravità e colpevolezza.

L'articolo 54.2.a) ET considera inadempimento contrattuale del lavoratore ai fini del licenziamento, “*le assenze dal lavoro ripetute e ingiustificate o mancanza di puntualità al lavoro*”.

#### 1. Concetto e fondamento

Le assenze e le mancanze di puntualità ingiustificate, in un modo o nell'altro, con maggiore o minore intensità, trasgrediscono il più primordiale degli obblighi, quello di essere presente al lavoro<sup>177</sup>. Le assenze ripetute e ingiustificate e le mancanze di puntualità al lavoro implicano che non si sta realizzando la prestazione dovuta, tale fenomeno provoca la frustrazione della finalità e dell'obiettivo del contratto. L'impiegato non solo ha l'obbligo di offrire un corretto e soddisfacente sviluppo della sua prestazione di lavoro ma ha anche l'obbligo di completezza dello stesso durante –e nel corso di questo– tutto il tempo stabilito per la sua esecuzione<sup>178</sup>. Possiede un significato particolare la natura plurale nella quale si disegna il precetto per il quale le assenze ingiustificate da parte del lavoratore debbano essere multipli. Allo stesso modo devono essere multipli gli episodi di mancanza di puntualità da parte dell'impiegato; la puntualità si prolunga e comprende dall'inizio alla fine la giornata lavorativa; ma l'inadempimento è possibile anche durante lo svolgersi della giornata di lavoro. In entrambi i casi –assenza totale o parziale dal lavoro– si vede chiaramente deteriorato e influenzato il dovere di diligenza del lavoratore<sup>179</sup>.

Sono due i concetti che dobbiamo distinguere nell'articolo 54.2.a) ET: assenza dal lavoro e mancanza di puntualità. L'assenza dal lavoro si riferisce all'assenza totale dal lavoro nella giornata di lavoro stabilita; invece, la mancanza di puntualità consiste nell'assenza parziale dall'orario lavorativo all'inizio, durante o alla fine di detta giornata. L'elemento caratteristico, tanto dell'assenza dal lavoro come della mancanza di puntualità, si scorge nella mancanza del lavoratore dal suo posto di lavoro, assenza

<sup>177</sup> STSJ Castilla-La Mancha 17 novembre 2014 [JUR 2015, 25754] e STSJ Navarra 7 aprile 2016 [JUR 2016, 171482].

<sup>178</sup> BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *Diligencia y negligencia en el cumplimiento. Estudio sobre la prestación de trabajo debida por el trabajador*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 373.

<sup>179</sup> TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “El despido disciplinario”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 70.

che nel primo caso è completa durante la specifica giornata, mentre nel caso della mancanza di puntualità è parziale in un momento di detta giornata<sup>180</sup>.

La differenza tra l'assenza dal lavoro e la mancanza di puntualità si radica nella gravità dell'una o dell'altra: è più grave l'assenza totale del lavoratore dal posto di lavoro –che equivale all'assenza dal lavoro– che l'assenza parziale dell'impiegato –che corrisponde alla mancanza di puntualità–; da qui che mentre per l'assenza dal lavoro si prende in considerazione un corto lasso di tempo come una settimana, quindici giorni, un mese, nel caso della mancanza di puntualità si richiede che, affinché possa essere considerata grave, il periodo di tempo debba essere più prolungato –tre mesi, sei mesi, un anno–.

## 2. Assenze ripetute: principio *non bis in idem*

Affinché il licenziamento per assenza dal lavoro o per mancanza di puntualità possa essere dichiarato giustificato –licenziamento per giusta causa–, il ET esige la concorrenza di due condizioni: ripetizione delle assenze e mancanza di giustificazione delle stesse. Il fatto che si ripetano è un modo di scartare che i lavoratori possa essere oggetto di licenziamento per quelle azioni prodotte casualmente o in virtù di un atto isolato<sup>181</sup>. In altri termini, si esige una certa frequenza nella loro commissione<sup>182</sup>. Se interpretassimo questo requisito come semplice lettura del precetto che lo regola dovremmo affermare che la commissione di due assenze dal lavoro o mancanze di puntualità saranno più che sufficienti per rispondere all'esigenza legale. Tuttavia, ovviamente, non è così, almeno, in genere<sup>183</sup>.

Il comma a) dell'articolo 54.2 ET non determina espressamente un numero quantitativo di assenze dal lavoro o mancanze di puntualità per configurare l'inadempimento o disobbedienza contrattuale rimettendo ai contratti collettivi –come regola generale– la facoltà di specificare la quantità di assenze o mancanze richieste<sup>184</sup>. In effetti, sarà il contratto a definire i giorni di assenza dal lavoro o di mancanza di puntualità ripetuti necessari per determinare l'inadempimento lavorativo con il quale giustificare il licenziamento disciplinare<sup>185</sup>.

Per tanto, il contratto collettivo sarà lo strumento proprio con il quale specificare la quantità di assenze dal lavoro o di mancanze di puntualità e il computo totale del

---

<sup>180</sup> STS 29 de septiembre de 1983 [RJ 1983, 4299].

<sup>181</sup> GARATE CASTRO, J.: “Las faltas de asistencia o puntualidad como incumplimiento contractual justificativo del despido disciplinario”, in *Revista de Política Social*, num. 129, 1981, p. 209.

<sup>182</sup> STSJ Andalucía/Málaga 16 gennaio 2014 [JUR 2014, 131748].

<sup>183</sup> CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, cit., p. 52.

<sup>184</sup> GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 30

<sup>185</sup> ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) et al: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Wolters Kluwer, 2010, p. 245.

periodo di tempo per valutare la presenza o meno di una mancanza –molto grave– sanzionabile con licenziamento<sup>186</sup>. Tuttavia sarà il giudice o il tribunale che dovrà verificare l'adeguamento delle condotte imputate alla descrizione delle assenze che si raccolgono nel quadro sanzionatorio corrispondente della norma regolamentare o convenzionale: se gli inadempimenti non si adeguano ai casi tipificati come mancanza molto grave deve dichiararsi l'invalidità del licenziamento –senza giusta causa– per la qualificazione inadeguata della mancanza da parte del datore di lavoro<sup>187</sup>.

Nella pratica, normalmente, la giurisprudenza maggioritaria non esamina le circostanze del caso concreto valutando solo se si è superato il numero minimo di mancanze fissate nella norma settoriale per determinare la gravità delle assenze dal lavoro o mancanze di puntualità, ciò si riduce al fatto che, commesso il numero di mancanze pattuito –se la quantità è ragionevole–, il licenziamento verrà dichiarato legittimo –licenziamento per giustificato motivo–; di conseguenza, nel caso in cui il numero di mancanze commesse sia inferiore a quello stabilito nel contratto, il licenziamento sarà dichiarato illegittimo o invalido –licenziamento senza giusta causa–. Ma se nel contratto collettivo non è prevista la reiterazione necessaria delle assenze dal lavoro o la mancanza di puntualità il tribunale applicherà criteri di ragionevolezza dentro la sua stessa discrezionalità<sup>188</sup>.

Se un'assenza dal lavoro o una mancanza di puntualità è stata sanzionata come mancanza lieve, è possibile che la stessa azione in un momento successivo sia utilizzato per motivare l'identificazione di una mancanza grave? Nel conflitto tra *non bis in idem* e recidività, il modo di agire del contratto non è altro quello di trasformare una determinata mancanza, che isolata potrebbe essere considerata come un'entità minore, in una mancanza molto grave quando la stessa è stata reiterata<sup>189</sup>.

Nel complesso, la reiterazione o recidività non suppone una pluralità di punizioni –ossia, sanzionare due volte la stessa mancanza– ma un peggioramento della condotta dignitosa da tenere in conto<sup>190</sup>, che è ciò che impedisce al lavoratore di appellarsi al principio *non bis in idem*. Ciò che si sanziona è la persistenza dell'inadempimento<sup>191</sup>.

---

<sup>186</sup> Vid. ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, in ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 902.

<sup>187</sup> STSJ Cataluña 29 settembre 2003 [AS 2003, 3477].

<sup>188</sup> VALVERDE ASENCIO, A. J.: “Faltas repetidas e injustificadas”, in GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 53.

<sup>189</sup> STS 12 luglio 1989 [RJ 1989, 5460].

<sup>190</sup> STS 7 ottobre 1982 [RJ 1982, 6128].

<sup>191</sup> DURÁN LÓPEZ, F.: “La prescripción de las faltas de asistencia o puntualidad de trabajador tras la LRL”, in *Revista de Política Social*, num. 119, 1978, p. 252.



### 3. Casi legali di assenza della giustificazione dell'assenza dal lavoro o mancanza di puntualità

Le assenze dal lavoro o le mancanze di puntualità oltre che ripetute devono essere ingiustificate. Esistono casi nei quali si permette al lavoratore assentarsi per buoni motivi dal lavoro senza che gli si possa imputare la perdita della retribuzione corrispondente. Ci riferiamo alle assenze nelle quali esista un avviso previo e una giustificazione dell'impiegato. L'avviso previo richiede al lavoratore che abbia pensato fare uso del suo diritto ad assentarsi di comunicarlo in anticipo al datore di lavoro. Ovviamente ci saranno occasioni nelle quali questo preavviso non potrà realizzarsi con l'anticipo sufficiente e desiderato dall'impresa –ad esempio, nei casi di incidente o decesso improvviso di un familiare–.

Per tanto, nei casi in cui il datore di lavoro concede il permesso al lavoratore, l'assenza dell'impiegato dal posto di lavoro è giustificata<sup>192</sup>. Nel caso in cui il lavoratore non abbia richiesto la concessione imprenditoriale previamente per assentarsi dal lavoro, qualora si assentasse, può chiarire a posteriori la realtà delle cause legali o convenzionali che danno diritto al permesso<sup>193</sup>. In effetti l'avviso previo dipenderà dall'urgenza e celerità della circostanza.

Una circostanza interessante è quella che si riferisce all'orario flessibile e alla tolleranza imprenditoriale in riferimento alle mancanze di puntualità. Si intende per orario flessibile la regolazione del tempo lavorativo che dà agli impiegati la possibilità di scegliere il momento di entrata e uscita dal lavoro con il limite del rispetto della durata minima della giornata<sup>194</sup>. L'impiegato deve solo raggiungere un numero minimo di ore di lavoro giornaliero, settimanale, mensile o annuale, stabilito con l'impresa; ma tanto l'inizio quanto la fine della sua prestazione lavorativa giornaliera si lasceranno scegliere al lavoratore<sup>195</sup>. Con l'introduzione di un orario flessibile le mancanze di puntualità rimarranno senza contenuto: ciò che è importante è la fascia oraria nella quella deve obbligatoriamente rimanere nell'impresa. Tuttavia, è possibile che il datore di lavoro stabilisca una fascia oraria dentro della quale si permetta l'entrata e l'uscita dal lavoro, questa possibilità potrebbe causare la commissione di mancanze di puntualità e, di conseguenza, le sue rispettive sanzioni<sup>196</sup>.

---

<sup>192</sup> STS Castilla-La Mancha 28 maggio 2002 [JUR 2002, 240255].

<sup>193</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 124.

<sup>194</sup> ALONSO OLEA, M. e CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la UCM, 1995, p. 413.

<sup>195</sup> TUDELA CAMBRONERO, G.: “Horario flexible: reflexiones críticas sobre su concepto y posibilidades de implantación”, in *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid, ACARL, 1991, p. 568.

<sup>196</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, Navarra, Aranzadi, 1997, p. 273.

Il diritto alle ferie è una facoltà chiaramente espressa dal ordinamento giuridico del lavoro la cui finalità è permettere all'impiegato l'assenza dal lavoro. Per un esercizio corretto di tale diritto, il periodo in cui poter godere delle ferie dovrà essere fissato di comune accordo tra il datore di lavoro e il lavoratore<sup>197</sup>. La giurisprudenza considera legittimo –per giusta causa– il licenziamento disciplinare per assenze dal lavoro se il lavoratore sta godendo di ferie senza che esista un accordo esplicito con il datore di lavoro<sup>198</sup>. La difficoltà del caso si riscontra nella prova del permesso imprenditoriale. Si deve partire dal fatto che l'accordo non ha l'obbligo di essere formale e scritto; incluso ci saranno occasioni nelle quali non esiste un accordo verbale ma solo un intendimento sia perché si seguono usi o costumi, sia perché si può intendere dalla mera mancanza di opposizione alla proposta del lavoratore<sup>199</sup>.

In caso di assenza dovuta a malattia o infortunio si fa riferimento all'articolo 45.1.c) ET, in virtù del quale, il contratto di lavoro può essere sospeso per “*inabilità temporanea dei lavoratori*”<sup>200</sup>. Questa sospensione del contratto non richiede maggiori requisiti formali se non la notifica al datore di lavoro<sup>201</sup>. In effetti, la malattia non esonera il dipendente dall'obbligo di renderlo noto al datore di lavoro: l'omissione da parte del lavoratore dell'obbligo di presentare all'impresa il congedo per malattia potrà essere considerato colpa grave<sup>202</sup>. Pertanto, la situazione di incapacità lavorativa – e quindi, di assenza dal lavoro dovuta a malattia o infortunio– dipenderà dalla corretta presentazione del certificato e successiva conferma del congedo medico<sup>203</sup>.

A questo proposito, il licenziamento sarà illegittimo anche per semplici ritardi nella comunicazione al datore di lavoro del certificato di conferma<sup>204</sup>; nei casi in cui il ritardo sia di diverse settimane o mesi<sup>205</sup>, i tribunali sono soliti stimare la legittimità dello stesso<sup>206</sup>. D'altro canto, la concessione della dimissione medica all'impiegato

<sup>197</sup> STS 3 ottobre 1992 [AS 1992, 5230].

<sup>198</sup> STS 1 ottobre 1987 [RJ 1987, 6795], STSJ Castilla y León/Burgos 7 maggio 2003 [JUR 2003, 145906], STSJ Andalucía/Sevilla 20 marzo 2003 [JUR 2003, 176321], STSJ Cataluña 30 gennaio 2003 [JUR 2003, 55673] e STSJ Madrid 3 aprile 2001 [JUR 2001, 186963].

<sup>199</sup> STSJ Extremadura 20 aprile 1999 [AS 1999, 2063].

<sup>200</sup> Vid. SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, Madrid, La Ley, 2010, p. 124 e ss.

<sup>201</sup> ORTEGA LOZANO, P. G.: “El empleo durante la situación de baja por incapacidad temporal: finalización de la relación laboral por actuaciones que fragmentan la confianza deontológica”, in AA. VV.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017, pp. 975 e ss.

<sup>202</sup> STSJ Cataluña 11 giugno 2002 [AS 2002, 2438].

<sup>203</sup> STSJ Cataluña 11 giugno 2002 [AS 2002, 2438].

<sup>204</sup> STSJ Andalucía/Málaga 30 gennaio 2003 [AS 2003, 1366] e STSJ Comunidad Valenciana 18 gennaio 2001 [AS 2001, 1604].

<sup>205</sup> STSJ Cantabria 8 novembre 2000 [JUR 2001, 48107] e STSJ Castilla y León/Valladolid 4 settembre 2000 [JUR 2001, 16070].

consente al datore di lavoro porre una data di fine alla sospensione del contratto per inabilità temporale<sup>207</sup>, che comporta l'obbligo per il lavoratore di reincorporarsi al proprio posto di lavoro<sup>208</sup>.

In caso di incarceramento del lavoratore si fa riferimento all'articolo 45.1.g) ET, in virtù del quale, il contratto di lavoro si potrà sospendere a causa della “*privazione della libertà del lavoratore, in mancanza di una sentenza di condanna*”. La carcerazione preventiva del dipendente non conferisce automaticamente al licenziamento la patente di legittimità<sup>209</sup>. Lo scopo e il significato teleologico della norma è quello di evitare la rottura del rapporto di lavoro<sup>210</sup>, costringendo a interpretare la norma in modo che la sentenza possa essere impugnata, la sospensione deve essere prorogata fino a che la sentenza sia passata in giudicato e sia definitiva<sup>211</sup>. In effetti, una volta che passi in giudicato la sentenza, l'assenza dal lavoro cessa di possedere la copertura della situazione sospensiva per configurarsi come un inadempimento del contratto sanzionabile dal datore di lavoro<sup>212</sup>.

Il licenziamento si verifica a causa dell'assenza dal lavoro; non per la sentenza di condanna<sup>213</sup>. Il lavoratore, all'aver commesso un reato, si vede privato legittimamente della sua libertà impedendogli così di rispettare gli obblighi lavorativi<sup>214</sup>. La natura ingiustificata dell'assenza dell'impiegato si ricerca nella repressione sociale che implica la condanna penale e la imposizione della sanzione privativa della libertà che in nessun caso può giustificare l'assenza dal lavoro<sup>215</sup>.

Un altro aspetto della situazione che impedisce parlare di licenziamento disciplinare si riscontra nello sciopero. A questo si riferisce l'articolo 45.1.1) ET quando

---

<sup>206</sup> STSJ Extremadura 6 aprile 2017 [JUR 2017, 12085], STSJ País Vasco 14 gennaio 2003 [AS 2003, 273], STSJ Castilla y León/Valladolid 11 giugno 2002 [AS 2002, 2304], STSJ Comunidad Valenciana 13 settembre 2002 [AS 2002, 1384], STSJ Asturias 12 aprile 2002 [AS 2002, 1354] e STSJ Galicia 10 maggio 2001 [AS 2001, 1159].

<sup>207</sup> STS 15 aprile 1994 [RJ 1994, 3249], STSJ Galicia 20 luglio 2017 [JUR 2017, 231147] e STSJ Andalucía/Granada 20 aprile 2017 [JUR 2017, 309561].

<sup>208</sup> ORTEGA LOZANO, P. G.: “El empleo durante la situación de baja por incapacidad temporal: finalización de la relación laboral por actuaciones que fragmentan la confianza deontológica”, in AA. VV.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, cit., p. 977.

<sup>209</sup> ZOLI, C.: “Arresto del lavoratore, impossibilità della prestazione e licenziamento”, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, num. 2, 1986, p. 831.

<sup>210</sup> DELGADO UCELAY, I.: “Faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo”, in AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 136.

<sup>211</sup> STS 13 dicembre 1983 [RJ 1983, 6203].

<sup>212</sup> STS 9 marzo 1994 [RJ 1994, 2222].

<sup>213</sup> STS 28 febbraio 1990 [RJ 1990,1247].

<sup>214</sup> BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *Diligencia y negligencia en el cumplimiento. Estudio sobre la prestación de trabajo debida por el trabajador*, cit., p. 399.

<sup>215</sup> VALVERDE ASECIO, A. J.: “Faltas repetidas e injustificadas”, in GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) et al.: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 64.

afferma che il contratto di lavoro può essere sospeso “*a causa dell'esercizio del diritto di sciopero*”. Tuttavia, la domanda sorge spontanea: nel caso in cui lo sciopero si ritenga illegale, anche questi dipendenti si troverebbero coperti nell'ambito della protezione della sicurezza del precetto citato? In linea di principio, la risposta deve essere affermativa rispetto ai lavoratori che si limitano a sostenere lo sciopero; in altre parole, coloro che passivamente partecipano allo sciopero; o, ancora, coloro che non partecipano attivamente<sup>216</sup>. Costruzione sostenuta dalla dottrina giudiziale dalla quale si può dedurre che, se gli scioperanti non hanno partecipato attivamente, il licenziamento non è legittimo –cioè, licenziamento illegittimo, invalido o senza giusta causa–<sup>217</sup>.

Infine, l'ordinamento stabilisce il riconoscimento legale di un certo numero di ore di lavoro al mese retribuite per coloro che possiedono lo status di rappresentanti dei lavoratori. L'articolo 37.3.e) ET considera come giustificata con diritto a remunerazione l'assenza per il tempo dedicato dal lavoratore a realizzare funzioni sindacali o di rappresentanza del personale nei termini stabiliti dalla legge o convenzionalmente con la condizione di che tale assenza si produca con avviso previo e giustificazione<sup>218</sup>.

Giurisprudenzialmente è stata elaborata una dottrina di presunzione *iuris tantum* di onestà ed etica del rappresentante sul lavoro e dell'esaurimento del credito orario destinato a svolgere le sue funzioni in quanto tale<sup>219</sup>, in modo che, in linea di principio, si possa capire se le ore di rappresentanza siano state utilizzate correttamente<sup>220</sup>. Tuttavia, ciò non impedisce al datore di lavoro di dimostrare l'esercizio deficitario del credito di ore assegnate al rappresentante con il proposito di giustificare e argomentare il licenziamento disciplinare<sup>221</sup>.

#### 4. Gravità e colpevolezza

In ogni caso, l'assenza dal lavoro e la mancanza di puntualità dovranno essere “*ripetute*” e “*ingiustificate*”. Il primo termine –ripetute– contribuisce all'elemento di valutazione della gravità; il secondo termine –ingiustificate– si inserisce nella determinazione della colpevolezza<sup>222</sup>.

<sup>216</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 129.

<sup>217</sup> STS 18 luglio 1986 [RJ 1986, 4526], STSJ Andalucía/Sevilla 2 ottobre 1998 [AS 1998, 3834] e STSJ Canarias/Las Palmas 14 luglio 1998 [AS 1998, 3529].

<sup>218</sup> STS 15 ottobre 2014 [JUR 2014, 279950].

<sup>219</sup> STS 14 aprile 1987 [RJ 1987, 2762].

<sup>220</sup> ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al*: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 249.

<sup>221</sup> STS 3 luglio 1989 [RJ 1989, 5423].

<sup>222</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 130.

Nella valutazione della gravità, una delle formalità richieste dall'articolo 54.2.a) ET, è che le assenze dal lavoro o le mancanze di puntualità siano ripetute. Pertanto, non si può giustificare un licenziamento disciplinare se l'inadempimento si concretizza in una sola assenza dal lavoro<sup>223</sup>.

Si deduce che la ripetizione richiede una successione di atti della stessa entità<sup>224</sup>. È il numero di ripetizioni di assenze dal lavoro o mancanze di puntualità dove la contrattazione collettiva mostra il maggior potenziale all'interno del tema delle giuste cause di licenziamento disciplinare. I tribunali del lavoro seguono con onestà il dettame dei contratti collettivi in quanto al numero di assenze che si devono realizzare per considerare appropriato il licenziamento<sup>225</sup>. Se il contratto collettivo applicabile è assente i tribunali avvertono che ci si deve appellare a un modulo normale e a criteri di ragionevolezza, ciò sembra significare che l'assenza da tre a quattro giorni possiede gravità sufficiente per estinguere la relazione lavorativa, rivestendo una maggiore serietà l'assenza dal lavoro per più giorni consecutivi rispetto alla mancanza a giorni alterni. D'accordo con quanto detto, l'estinzione della relazione lavorativa per cause disciplinari è legittima nei seguenti casi<sup>226</sup>:

- Per *“l'assenza dal lavoro non giustificata per tre giorni consecutivi o quattro nel corso del mese”*<sup>227</sup>.
- Per *“tre o quattro assenze continue dal lavoro”*<sup>228</sup>.
- Per mancare *“sette giorni dal lavoro”*<sup>229</sup>.
- Per *“sua decisione di non presentarsi al lavoro per otto giorni in un mese di cui tre di essi consecutivamente”*<sup>230</sup>.
- Per *“l'assenza dal lavoro per undici giorni lavorativi”*<sup>231</sup>.
- Per assentarsi dal lavoro per *“tre giorni non consecutivi del mese di maggio”*<sup>232</sup>.

Invece, l'assenza non è sufficientemente grave quando è unicamente di uno o due giorni. Così si è inteso il licenziamento invalido o senza giusta causa<sup>233</sup>:

---

<sup>223</sup> STSJ Catilla y León/Valladolid 9 aprile 2002 [AS 2002, 2091].

<sup>224</sup> STS 7 marzo 1980 [RJ 1980, 1080] e STS 31 gennaio 1980 [RJ 1980, 660].

<sup>225</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 130.

<sup>226</sup> *Ibidem*, pp. 131 e 132.

<sup>227</sup> STSJ Cataluña 11 ottobre 2002 [JUR 2002, 284020].

<sup>228</sup> STSJ Cantabria 7 febbraio 2002 [JUR 2002, 132249].

<sup>229</sup> STSJ Andalucía/Sevilla 27 febbraio 2001 [JUR 2001, 242875].

<sup>230</sup> STSJ Andalucía/Málaga 26 gennaio 2001 [JUR 2001, 168791].

<sup>231</sup> STSJ Cataluña 15 novembre 2000 [JUR 2001, 30483].

<sup>232</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid 16 ottobre 2000 [JUR 2001, 23905].

- Per la mera assenza ingiustificata di un solo giorno<sup>234</sup>, dal momento che è “*chiaro che il legislatore richieda come motivo di licenziamento che ci siano quantomeno due assenze dal lavoro*”<sup>235</sup>.
- Anche per la mera assenza di due giorni quantunque siano consecutivi<sup>236</sup>.
- Per “*due o più assenze dal lavoro di mezza giornata ciascuna delle quali corrisponde a una giornata completa, più due assenze temporanee una volta che sia iniziata la giornata di lavoro che in totale corrispondono a quattro ore*”<sup>237</sup>.

Nelle mancanze di puntualità i tribunali sono soliti essere più esigenti e minuziosi in quanto alla ripetizione per considerare la grave condotta. Tuttavia può raggiungere gravità sufficiente per estinguere il contratto di lavoro se esistono avvertenze preve da parte del datore di lavoro per il rigoroso compimento dell’orario di lavoro<sup>238</sup>. Per le ragioni suddette, si è considerato invalido o illegittimo il licenziamento nelle seguenti sentenze<sup>239</sup>:

- Nonostante le mancanze reiterate di puntualità nel corso di tre mesi per non aver avvertito l’impresa previamente alla lavoratrice<sup>240</sup>.
- Nonostante gli abituali ritardi all’inizio della giornata lavorativa, per esistere una situazione di consenso o tolleranza da parte del datore di lavoro che ha permesso la costituzione di “*un clima di permissibilità, confidenza e benevolenza nel lavoratore*”<sup>241</sup>.
- Per la mancanza di avvertenza previa da parte dell’impresa nonostante la gravità della mancanza di puntualità e assenze dal lavoro, il cui computo totale ammonta a una giornata lavorativa non realizzata dal lavoratore di “*64 ore e 10 minuti*”<sup>242</sup>.

---

<sup>233</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 132.

<sup>234</sup> STSJ Madrid 24 marzo 2003 [AS 2003, 2862] e STSJ Andalucía/Málaga 5 settembre 2002 [AS 2002, 4056].

<sup>235</sup> STSJ País Vasco 11 febbraio 2003 [JUR 2003, 122334].

<sup>236</sup> STSJ Cataluña 24 aprile 2001 [AS 2001, 2320].

<sup>237</sup> STSJ Murcia 17 dicembre 1997 [AS 1997, 5152].

<sup>238</sup> STSJ Galicia 19 novembre 2002 [JUR 2002, 81602].

<sup>239</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 133.

<sup>240</sup> STSJ Canarias/Tenerife 19 luglio 1995 [AS 1995, 2728].

<sup>241</sup> STSJ Baleares 6 ottobre 2000 [JUR 2001, 42640].

<sup>242</sup> STSJ Madrid 24 febbraio 1993 [AS 1993, 1010].

CAPITOLO III. LE ASSENZE DAL LAVORO RIPETUTE E INGIUSTIFICATE O MANCANZA DI PUNTUALITÀ AL LAVORO

- Non è considerata gravità sufficiente per licenziare una mera “*assenza dal posto di lavoro una volta trascorsa buona parte della giornata lavorativa e un ritardo di quindici minuti*”<sup>243</sup>.

Invece, viene considerato legittimo o giustificato il licenziamento nelle seguenti sentenze giudiziali<sup>244</sup>:

- Per ritardare al lavoro per circa dodici giorni con un intervallo che va da venti minuti a due ore nel caso di un’attrice per uno spettacolo di teatro dal vivo<sup>245</sup>.
- Per uscite anticipate reiterate che superano la situazione previa di tolleranza del datore di lavoro dopo le avvertenze di rispettare rigorosamente l’orario lavorativo<sup>246</sup>.

Nella determinazione della colpevolezza, se l’assenza dal lavoro del lavoratore o la mancanza di puntualità sono giustificate, non esiste inadempimento lavorativo. Arriviamo alla conclusione che il giudizio di colpevolezza del lavoratore si situa in un momento successivo: l’assenza dal lavoro è ingiustificata previamente al giudizio di colpevolezza e questo giudizio versa sull’esenzione di responsabilità del lavoratore trasgressore<sup>247</sup>.

Questo giudizio di colpevolezza presta attenzione a un ampio e vario elenco di situazioni della vita intima del lavoratore rispetto alle quali i doveri lavorativi non sempre possono essere svincolati. Rispetto a quanto esposto i tribunali hanno capito che si esime il lavoratore da responsabilità e incombenza nei seguenti casi<sup>248</sup>:

- Malattia grave e ospedalizzazione della madre in paese straniero. L’impresa può imputare i giorni di assenza come giorni di permesso o giorni di vacanza di cui può godere<sup>249</sup>.
- L’impossibilità di ritornare dal paese straniero nel quale si passano le vacanze, circostanza opportunamente notificata telefonicamente all’impresa<sup>250</sup>.

---

<sup>243</sup> STSJ Comunidad Valenciana 12 dicembre 2001 [AS 2002, 3280].

<sup>244</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 133.

<sup>245</sup> STSJ Madrid 18 gennaio 2002 [JUR 2002, 87194].

<sup>246</sup> STSJ Cataluña 13 marzo 2001 [AS 2001, 2015].

<sup>247</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., pp. 135 e 136.

<sup>248</sup> *Ibidem*.

<sup>249</sup> STSJ Cataluña 15 settembre 2003 [AS 2003, 3317].

<sup>250</sup> STSJ Aragón 10 febbraio 2003 [JUR 2003, 76368].

- Quando il lavoratore riceve un ordine di trasferimento senza che l'impresa metta a sua disposizione l'importo dei biglietti del viaggio e le corrispondenti spese sostenute<sup>251</sup>.
- Quando l'ordine di trasferimento è imprevisto *“tanto che il termine è così breve che, nella pratica, provoca l'assenza dello stesso dal lavoro”*<sup>252</sup>.

Al contrario, non gode di dispensa dalla responsabilità contrattuale e, quindi, il licenziamento è legittimo o giustificato, nei seguenti casi<sup>253</sup>:

- Malattia del lavoratore se volontariamente *“smette di rivolgersi”* al medico dell'impresa<sup>254</sup>.
- Decesso di un figlio e assenza per più giorni rispetto a quelli concessi dal permesso legale o convenzionale. Infatti, anche essendo una circostanza personale senza alcun dubbio grave per il lavoratore, se lo stesso *“avesse necessitato di maggior giorni di assenza, avrebbe dovuto chiederlo nella forma dovuta, e non mancare dal lavoro”*<sup>255</sup>.
- Ospedalizzazione del coniuge oltre i due giorni di congedo *“senza che possano avere validità o diminuire di gravità le possibili difficoltà familiari della lavoratrice”*<sup>256</sup>.
- Quando il lavoratore, dinanzi al silenzio del datore di lavoro rispetto alla richiesta realizzata, si autodispensa dalla situazione per motivi personali<sup>257</sup>.
- Quando il lavoratore determina unilateralmente l'inizio delle sue ferie<sup>258</sup>.

---

<sup>251</sup> STSJ Canarias/Tenerife 16 gennaio 2003 [JUR 2003, 67234].

<sup>252</sup> STSJ Castilla-La Mancha 9 marzo 2006, [AS 2006, 1319].

<sup>253</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., pp. 136 e 137.

<sup>254</sup> STSJ Canarias/Tenerife 8 maggio 2003 [JUR 2003, 151641].

<sup>255</sup> STSJ Aragón 10 febbraio 2003 [AS 2003, 1157].

<sup>256</sup> STSJ Castilla-La Mancha 24 aprile 2002 [JUR 2002, 239493].

<sup>257</sup> STS 5 luglio 1990 [RJ 1990, 6058].

<sup>258</sup> STS 15 febbraio 1990 [RJ 1990, 1095], STSJ Cataluña 30 settembre 2015 [JUR 2015, 283134], STSJ Cataluña 22 luglio 2015 [JUR 2015, 231379] e STSJ Andalucía/Granada 25 maggio 2017 [JUR 2017, 218953].





**CAPITOLO IV. L'INDISCIPLINA O DISOBEDIENZA SUL LAVORO****SUMARIO. CAPITOLO IV. L'INDISCIPLINA O DISOBEDIENZA SUL LAVORO.**

1. Concetto e fondamento. 2. Il principio *solve et repete* e *ius resistentiae*. 3. L'indisciplina o disobbedienza sul lavoro relazionate con altre cause di licenziamento. 3.1 La denominata teoria giurisprudenziale degli inadempimenti contrattuali di disobbedienza, trasgressione della buona fede e abuso di fiducia. 3.2 Lo sciopero dei lavoratori. 4. Gravità e colpevolezza.

L'articolo 54.2.b) ET considera inadempimento contrattuale del lavoratore al fine del suo licenziamento, “*l' indisciplina o disobbedienza sul lavoro*”.

**1. Concetto e fondamento**

La comparsa di due espressioni totalmente differenti nell'articolo 54.2.b) ET – indisciplina o disobbedienza– ci inducano involontariamente a pensare che stiamo analizzando due concetti distinti. Così, in diverse sentenze della giurisprudenza si è costruita una dottrina giudiziale che distingue detti termini. Tuttavia, lo zelo e il tentativo messo insieme per cercare di offrire concetti diversi di disobbedienza e indisciplina non sono da ritenere produttivi, al contrario, l'indisciplina e la disobbedienza sul lavoro sono termini diversi che definiscono uno stesso inadempimento contrattuale suscettibile di manifestarsi attraverso comportamenti eterogenei<sup>259</sup>.

L'indisciplina si definisce come l'inosservanza delle leggi e ordinamenti di una professione; e la disobbedienza come inadempimento dell'ordine del superiore; ciò significa, *a sensu contrario*, che incorre in disciplina o disobbedienza chi non osserva le leggi e l'ordinamento o chi non rispetta gli ordini<sup>260</sup>.

Nella teoria del criterio di distinzione tra i due concetti<sup>261</sup>, la giustificazione più diffuso nei tribunali è quella che sostiene che mentre la disobbedienza richiede l'esistenza previa di mandati imprenditoriali e un comportamento contrario agli stessi, l'indisciplina si identifica con l'attuazione avversa alla norma lavorativa o al contenuto degli obblighi contrattuali il cui adempimento non esige ordini espliciti tenendo presente, però, la buona fede che presiede la relazione lavorativa<sup>262</sup>.

<sup>259</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “La indisciplina o desobediencia en el trabajo”, in AA. VV: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 148.

<sup>260</sup> CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, cit., p. 77.

<sup>261</sup> ORTEGA LOZANO, P. G.: “El despido disciplinario por indisciplina o desobediencia en el trabajo: artículo 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores”, in *Derecho de las relaciones laborales*, num. 8, 2016, pp. 754 e ss.

<sup>262</sup> STSJ País Vasco 11 dicembre 2001 [AS 2002, 433].

## 2. Il principio *solve et repete* e *ius resistentiae*

È una dottrina reiterata quella che stabilisce la presunzione di legittimità del mandato imprenditoriale in modo tale che il lavoratore non possa disattendere agli ordini di chi nell'impresa detiene il potere di trasmetterli ma deve, prima di tutto, rispettarli, subordinando la sua valutazione soggettiva alla necessaria dipendenza della gerarchia imprenditoriale<sup>263</sup> senza detrimento nel reclamare agli organismi competenti qualora creda che siano stati violati i suoi diritti<sup>264</sup>.

È ovvio che il potere di guida si è visto rafforzato da una supposta presunzione *iuris tantum* di legittimità dei mandati imprenditoriali sprovvista del fondamento legale. Alla luce dei principi costituzionali questa presunzione –a beneficio dell'impiegato– suppone una rottura del principio di uguaglianza di fronte alla legge poiché riconosce la posizione di supremazia e privilegio delle decisioni imprenditoriali al margine della sua legalità<sup>265</sup>.

Il principio *solve et repete* –obbedisci e dopo reclama– implica che il lavoratore debba obbedire agli ordini del datore di lavoro incluso nel caso in cui l'impiegato consideri che tali ordini costituiscano un abuso del ruolo di guida, rimanendogli solo la possibilità di reclamare contro la stessa una volta che la abbia rispettata<sup>266</sup>.

Eppure con il passare del tempo questa dottrina è stata resa più flessibile e si è adattata fino al punto di permettere l'ammissione di una serie di eccezioni al principio *solve et repete*<sup>267</sup>: in questo senso, troviamo differenti sentenze che riconoscono lo *ius resistentiae* e la “dottrina dell'obbedienza giusta”<sup>268</sup>. Pertanto, la postura giurisprudenziale non è totalmente rigida<sup>269</sup>: l'obbligo di rispettare gli ordini del datore di lavoro non può intendersi come un obbligo assoluto ma si deve trattare come ordini dati nel regolare esercizio del suo ruolo direttivo, potendo il lavoratore negarsi di

<sup>263</sup> ZOLI, C.: “Il controllo giudiziario e gli atti di esercizio del potere direttivo: il trasferimento del lavoratore e il mutamento delle mansioni”, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, num. 3, 2014, p. 709.

<sup>264</sup> STS 9 giugno 1987 [RJ 1987, 5125].

<sup>265</sup> RIVERO LAMAS, J. e MONEREO PÉREZ, J. L.: “Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) e SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 303.

<sup>266</sup> GUERRERO OSTOLAZA, J. M<sup>a</sup>: “La desobediencia e indisciplina en el trabajo”, in GIL Y GIL, J. L. (Coord.) e DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 129 e ss.

<sup>267</sup> RIVERO LAMAS, J. e MONEREO PÉREZ, J. L.: “Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) e SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 305.

<sup>268</sup> MONTOYA MELGAR, A.: “Dirección y control de la actividad laboral”, in BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.) *et al: Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Edersa, 1985, p. 138.

<sup>269</sup> STS 25 giugno 1987 [RJ 1987, 4636].

eeguirli quando il datore di lavoro agisce con evidente arbitrarietà e abuso del diritto<sup>270</sup>. In effetti, l'invocazione del diritto al lavoro ricerca la validità del contratto preservandolo o difendendolo da qualsiasi decisione arbitraria e ingiusta del datore di lavoro<sup>271</sup>.

Per tanto, questa dottrina giurisprudenziale ritiene che il lavoratore non è obbligato a obbedire né a rispettare ordini che comportino condotte illecite o vietate: il dovere all'obbedienza dell'impiegato termina lì dove l'ordine esce dall'ambito della liceità e legalità o quando attenta alla dignità umana. È ciò che si conosce come disobbedienza legittima del lavoratore, *ius resistentiae* o diritto di resistenza<sup>272</sup>. In relazione a ciò non esiste una regola generale: suddetta regolarità o irregolarità dipenderà da ciò che il giudice ritiene conveniente rispetto alle circostanze convergenti<sup>273</sup>.

Lo *ius resistentiae* non è contraddittorio al principio *solve et repete* anzi al contrario è un meccanismo delimitante dello stesso –limite o frontiera<sup>274</sup>– che elude un esercizio abusivo del potere di guida del datore di lavoro: pertanto, se questo esce dai limiti marcati dalle stesse norme legali il lavoratore può disobbedire legittimamente ai suoi ordini senza incorrere in una infrazione<sup>275</sup>.

Soltanto potrà essere qualificato come licenziamento per giustificato motivo –licenziamento legittimo– la disubbidienza a un ordine regolare del datore di lavoro. Se non è un ordine di questo tipo –pertanto, è un ordine irregolare– la qualificazione del licenziamento può solo essere quella di contro il diritto –licenziamento invalido o senza giusta causa–<sup>276</sup>.

In questo modo, si rompe il punto iniziale del principio *solve et repete*, dato che analizzando la regolarità del mandato imprenditoriale, si sta negando che esista

<sup>270</sup> STS 28 novembre 1989 [RJ 1989, 8276], STSJ Asturias 16 ottobre 2015 [JUR 2015, 284695] e STSJ Castilla-La Mancha 22 giugno 2017 [JUR 2017, 199883].

<sup>271</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. e MOLINA NAVARRETE, C.: “El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), MOLINA NAVARRETE, C. (Dir.) e MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N. (Dir.) *et al: Comentario a la Constitución socio-económica de España*, cit., p. 330.

<sup>272</sup> GUERRERO OSTOLAZA, J. M<sup>a</sup>.: “La desobediencia e indisciplina en el trabajo”, in GIL Y GIL, J. L. (Coord.) e DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 130 e ss.

<sup>273</sup> POQUET CATALÁ, R.: “El límite de la desobediencia a las órdenes de empresario”, in *Iuslabor*, num. 3, 2014, p. 2.

<sup>274</sup> ORTEGA LOZANO, P. G.: “El despido disciplinario por indisciplina o desobediencia en el trabajo: artículo 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores”, in *Derecho de las relaciones laborales*, cit., pp. 761 e ss.

<sup>275</sup> STS 20 maggio 1980 [RJ 1980, 2210] e STSJ Cataluña 19 settembre 2017 [JUR 2017, 284674].

<sup>276</sup> GUERRERO OSTOLAZA, J. M<sup>a</sup>.: “La desobediencia e indisciplina en el trabajo”, in GIL Y GIL, J. L. (Coord.) e DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 131.

presunzione di legittimità. L'ordine apparentemente può essere legale ma nel momento in cui si analizza la sua liceità o illiceità si sta accettando, completamente, la *dottrina dell'obbedienza giusta*<sup>277</sup>.

Una volta confermato che l'ordine del datore di lavoro è in armonia con la legalità dell'ordinamento giuridico si osserverà se l'inadempimento del lavoratore possiede la gravità sufficiente per giustificare il licenziamento<sup>278</sup>.

### **3. L'indisciplina o disobbedienza sul lavoro relazionate con altre cause di licenziamento**

#### **3.1 La denominata teoria giurisprudenziale degli inadempimenti contrattuali di disobbedienza, trasgressione della buona fede e abuso di fiducia**

Nelle mancate esecuzioni o nelle esecuzioni non conformi agli obblighi del lavoratore, la giurisprudenza ha elaborato ciò che ha denominato “*teoria generale degli inadempimenti contrattuali di disobbedienza, trasgressione della buona fede e abuso di fiducia*”<sup>279</sup>.

La condotta del lavoratore costitutiva di indisciplina e disobbedienza, in quanto suppone una evidente e flagrante opposizione con un'opposizione diretta agli ordini del datore di lavoro, si trova totalmente vincolata con la buona fede contrattuale esigibile<sup>280</sup>.

In questa teoria, non rispettando gli obblighi concreti del posto di lavoro, si stanno trasgredendo due doveri: quello all'obbedienza e quello alla buona fede<sup>281</sup>. Questa dottrina si è andata estendendo ai seguenti casi:

- Conducente che realizza fermate superflue e utilizza il mezzo per fini distinti dal trasporto di persone<sup>282</sup>.
- Medico che anestetizza due persone senza seguire le istruzioni dello specialista. Qui esiste “*infrazione tipificata nell'articolo 54.b) e d) del ET*”, già che, l'impiegato “*non rispettando ciò che il posto di lavoro imponeva,*

<sup>277</sup> ROMÁN DE LA TORRE, M. D.: *El poder de dirección y contrato de trabajo*, Valladolid, Grapheus, 1992, p. 358. AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 135.

<sup>278</sup> GUERRERO OSTOLAZA, J. M<sup>a</sup>: “La desobediencia e indisciplina en el trabajo”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) e DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 134.

<sup>279</sup> STSJ Navarra 21 febbraio 2000 [AS 2000, 272]. Nello stesso senso STSJ Canarias/Las Palmas 18 settembre 1998 [AS 1998, 6819] e STSJ Extremadura 9 dicembre 1993 [AS 1993, 5140].

<sup>280</sup> STS 27 giugno 1985 [RJ 1985, 3482].

<sup>281</sup> ORTEGA LOZANO, P. G.: “El despido disciplinario por indisciplina o desobediencia en el trabajo: artículo 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores”, en *Derecho de las relaciones laborales*, cit., pp. 771 e ss.

<sup>282</sup> STS 18 luglio 1988 [RJ 1988, 6173].

*incorre in una disobbedienza colpevole e grave, trasgredendo con colpa i doveri di buona fede*<sup>283</sup>.

- Non portare a termine le registrazioni o dimissioni alla Sicurezza Sociale agendo contro la buona fede e disobbedendo agli ordini dell'impresa<sup>284</sup>.
- Conducente di un'impresa di trasporti che risulta positivo all'alcol test: la condotta del lavoratore rimane *“incardinata nei commi b) e d) dell'articolo 54 ET, avendo posto in pericolo la vita e l'integrità delle persone che trasporta e quella di terzi”*<sup>285</sup>.

### 3.2 Lo sciopero dei lavoratori

Una causa disciplinare di licenziamento non prevista specificatamente nell'articolo 54 ET si riferisce alla partecipazione del lavoratore a uno sciopero illegale: se lo sciopero è legale non si potrà mai intendere che concorra causa di licenziamento<sup>286</sup>.

Lo sciopero come causa di licenziamento disciplinare è stata ricondotta dalla giurisprudenza all'articolo 54 ET: *“tale condotta deve considerarsi inclusa in una di quelle regolate in detto precetto, a seconda della condotta osservata dagli scioperanti, o nell'indisciplina o disobbedienza nella trasgressione della buona fede contrattuale”*<sup>287</sup>.

Lo sciopero costituisce un mezzo di pressione per la difesa degli interessi propri dei lavoratori scioperanti<sup>288</sup>. Per sciopero si intende, d'accordo con l'accezione sociale più riconosciuta, la cessazione collettiva e concertata della prestazione dei servizi lavorativi utilizzata come strumento di pressione per la difesa degli interessi propri degli scioperanti. Attualmente, lo sciopero è un diritto. Ma questo diritto –come qualsiasi altro– non è illimitato ma a suoi propri limiti che non possono essere oltrepassati<sup>289</sup>.

Il riconoscimento costituzionale del diritto di sciopero implica, oltre che la non sanzione del lavoratore, che il licenziamento proiettato come reazione al godimento di questo diritto si è considerato nullo –certamente, sempre che si parla di sciopero legale–<sup>290</sup>.

<sup>283</sup> STS 4 ottobre 1988 [RJ 1988, 7517].

<sup>284</sup> STSJ Baleares 14 luglio 1992 [AS 1992, 3919].

<sup>285</sup> STSJ Canarias/Tenerife 29 giugno 1994 [AS 1994, 2312].

<sup>286</sup> STS 28 febbraio 1989 [RJ 1989, 959].

<sup>287</sup> STS 10 maggio 1984 [RJ 1984, 3009].

<sup>288</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 178.

<sup>289</sup> MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “La participación en huelga como causa de despido disciplinario: marco regulador”, in AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 329.

<sup>290</sup> *Ibidem*, p. 330.

Si ritiene che la condotta del lavoratore che cooperi attivamente nell'azione sindacale –sciopero– potrebbe essere motivo di licenziamento; ma non può licenziarsi per la mera partecipazione passiva allo sciopero<sup>291</sup>.

Tradizionalmente, il Tribunale Supremo ha distinto tra partecipazione attiva allo sciopero illegale, che potrebbe essere utilizzata come motivazione per il licenziamento disciplinare del lavoratore, e partecipazione passiva, che non può giustificare il licenziamento.

In questo senso, “*l’assistenza alle riunioni e il rispetto delle decisioni della maggioranza costituiranno una mera partecipazione passiva. Al contrario, un intervento diretto, volontario e decisorio nel presunto rifiuto al lavoro, infrangendo i doveri di disciplina e obbedienza agli ordini ricevuti, costituisce una partecipazione attiva*”<sup>292</sup>.

Si considera partecipazione attiva se si agisce come istigatore o promotore, organizzatore o figura simile nello sciopero<sup>293</sup>, prendendo un'iniziativa diretta e rilevante all'inizio o nel mantenimento dello stesso; senza che costituisca partecipazione attiva quella di chi si limita a cooperare nello stesso con astensione all'esecuzione delle sue attività lavorative abituali<sup>294</sup>.

Pertanto, si richiede una condotta che riunisca le caratteristiche dell'intervento diretto, volontario e decisorio che implichi la violazione dei doveri di disciplina e obbedienza agli ordini ricevuti<sup>295</sup>. Nel complesso, è considerato partecipante attivo colui che agisce in modo rilevante o istiga allo sciopero<sup>296</sup>. Al contrario, non è considerata attiva la partecipazione quando questa non è accentuata<sup>297</sup>.

#### 4. Gravità e colpevolezza

La indisciplina o disobbedienza sanzionabile con il licenziamento disciplinare del lavoratore richiede una tripla esigenza legale<sup>298</sup>: a) Ingiustificazioni o assenza di causa. b) Gravità degli inadempimenti contrattuali. c) Colpevolezza che si riferisce

<sup>291</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 179.

<sup>292</sup> STSJ Aragón 22 novembre 2001 [AS 2001, 4189].

<sup>293</sup> GARCÍA BLASCO, J.: *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, Barcelona, Bosch, 1983, p. 276.

<sup>294</sup> STS 24 febbraio 1981 [RJ 1981, 741].

<sup>295</sup> STS 5 giugno 1982 [RJ 1982, 3921].

<sup>296</sup> STS 21 ottobre 1982 [RJ 1982, 6224].

<sup>297</sup> STS 8 maggio 1986 [RJ 1986, 2505].

<sup>298</sup> STSJ Castilla-La Mancha 22 giugno 2017 [JUR 2017, 199883] e STSJ Castilla-La Mancha 20 aprile 2017 [JUR 2017, 13803].

all'intenzione dolosa e con piena coscienza di non obbedire a ciò che è stato ordinato dal datore di lavoro nell'esercizio regolare del suo ruolo di guida<sup>299</sup>.

La gravità aumenta se la negazione del lavoratore implica una resistenza reiterata all'adempimento dell'ordine regolare. Se l'ordine non è ripetuto dal datore di lavoro, alcune decisioni giudiziali affermano che il lavoratore non ha manifestato la sua volontà di disobbedire in maniera chiara, decisa e categorica, cosicché la condotta non raccoglie gravità sufficiente con la quale poter estinguere la relazione lavorativa<sup>300</sup>.

Inoltre, ci sono due caratteristiche fondamentali che la disobbedienza del lavoratore deve realizzare affinché l'inadempimento sia grave: obbligatorietà e chiarezza. L'obbligatorietà e la chiarezza possono dedursi dal contenuto delle parole espresse dal datore di lavoro nell'ordine o istruzione<sup>301</sup> o dall'esistenza di ammonizioni o avvertenze insieme all'ordine. Per qualificare il licenziamento come legittimo o giustificato i tribunali si avvalgono dell'idea che l'ordine fosse “*concreto, categorico e definitivo*”<sup>302</sup>. Al contrario, per qualificare il licenziamento come illegittimo, invalido o senza giusta causa si basano su criteri di incertezza o dubbio con i quali arrivare ad affermare l'inesistenza di un “*ordine imprenditoriale categorico ed esplicito*”<sup>303</sup>.

Nella determinazione della gravità esistono altri due elementi in chiara connessione con l'ordine o istruzione imprenditoriale che i tribunali tengono molto presenti alla ora di pronunciare una determinata risoluzione. In primo luogo, risulta fondamentale il contenuto dell'ordine per le possibili conseguenze legate al datore di lavoro o a persone terze<sup>304</sup>. Esempio di quanto detto si ritrova nelle materie relative alla sicurezza e alla salute sul lavoro<sup>305</sup>, servizi di sicurezza di persone come scorta<sup>306</sup> o ordini disciplinari<sup>307</sup>. In secondo luogo, le conseguenze di questa indisciplina aggrava l'inadempimento contrattuale<sup>308</sup>, traducendosi in danni sofferti dall'impresa che si

<sup>299</sup> BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES, J. I.: “Indisciplina y desobediencia en el trabajo”, in GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) et al: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 72.

<sup>300</sup> STS 10 dicembre 1980 [RJ 1980, 4889]. Vid. GUERRERO OSTOLAZA, J. M<sup>a</sup>: “La desobediencia e indisciplina en el trabajo”, in GIL Y GIL, J. L. (Coord.) e DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) et al: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 142.

<sup>301</sup> STSC Cataluña 13 dicembre 2002 [JUR 2003, 34072].

<sup>302</sup> STSJ Cataluña 2 febbraio 1999 [AS 1999, 1793] e STSJ Castilla y León/Burgos 18 settembre 2002 [AS 2003, 138].

<sup>303</sup> STSJ Madrid 5 luglio 1999 [AS 1999, 2788].

<sup>304</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) et al: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 157.

<sup>305</sup> STSJ Murcia 2 settembre 2003 [JUR 2003, 250422].

<sup>306</sup> STSJ País Vasco 11 febbraio 2003 [JUR 2003, 122327].

<sup>307</sup> STSJ Cataluña 11 giugno 2003 [AS 2003, 2441].

<sup>308</sup> STSJ Extremadura 26 giugno 2002 [AS 2002, 2340] e STSJ Cantabria 11 luglio 2002 [AS 2002, 1888].



ripercuotono sull'immagine commerciale presso i clienti<sup>309</sup>, sul prestigio<sup>310</sup> o sulla stessa organizzazione<sup>311</sup>.

Per la valutazione della sanzione il criterio di cui i tribunali si sono serviti più di frequente non è altro che la reiterazione: non significa che si richieda reiterazione affinché la disobbedienza venga considerata grave, ma la gravità della disobbedienza si basa, normalmente, sulla reiterazione<sup>312</sup>. In effetti, la recidività della disobbedienza stabilisce un atto aggravante del comportamento del lavoratore<sup>313</sup>.

Ma affinché si possa imporre la sanzione più grave di tutte –il licenziamento– la condotta del lavoratore deve anche essere colpevole, ossia che concorra un'intenzione o pretesa dolosa e con piena coscienza<sup>314</sup>.

Per procedere alla determinazione della colpevolezza i tribunali tengono in conto criteri puramente soggettivi, intrinseci o personali –di indole psichica o psicologica– così come elementi oggettivi, estrinseci o imparziali del lavoratore, ma che possono escludere totalmente o parzialmente la sua responsabilità<sup>315</sup>.

Accudendo elementi puramente soggettivi, i tribunali hanno ammesso che una situazione di ubriachezza può giustificare la disobbedienza del lavoratore<sup>316</sup>. Al contrario non esime il lavoratore dall'adempimento dell'ordine quando si è prodotto per un disturbo fobico come la paura di volare, la paura di salire su una nave o la claustrofobia dell'impiegato, salvo prova che posso accreditare tali elementi soggettivi<sup>317</sup>.

<sup>309</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., pp. 157 e 158.

<sup>310</sup> STS 30 marzo 1987 [RJ 1987, 1757].

<sup>311</sup> STS 19 marzo 1990 [RJ 1990, 2173], STSJ Baleares 7 giugno 2017 [JUR 2017, 189498] e STSJ Cataluña 16 marzo 2017 [JUR 2017, 122251].

<sup>312</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 158.

<sup>313</sup> Al riguardo, STSJ Andalucía/Granada 14 settembre 2017 [JUR 2017, 310459], STSJ Baleares 7 giugno 2017 [JUR 2017, 189498], STSJ Andalucía/Sevilla 11 maggio 2017 [JUR 2017, 178650], STSJ Cataluña 23 settembre 2003 [JUR 2003, 236463], STSJ La Rioja 3 aprile 2003 [AS 2003, 981], STSJ País Vasco 4 marzo 2003 [JUR 203, 149562], STSJ Cataluña 17 gennaio 2003 [JUR 2003, 54825], STSJ Castilla y León/Burgos 17 settembre 2002 [AS 2003, 440], STSJ Comunidad Valenciana 12 settembre 2002 [JUR 2003, 170252], STSJ Baleares 5 febbraio 2001 [AS 2001, 1348] e STSJ Galicia 26 aprile 2000 [AS 2000, 1091].

<sup>314</sup> GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 33.

<sup>315</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 160.

<sup>316</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid 28 marzo 2000 [AS 2000, 1447].

<sup>317</sup> STSJ Canarias/Las Palmas 25 ottobre 2002 [JUR 2003, 170626].

Rivolgendosi agli elementi oggettivi, circostanze che non lasciano dubbi rispetto alla mancanza di colpevolezza dell'impiegato, essi sono casi di forza maggiore o caso fortuito. Altra cosa sono gli ordini del datore di lavoro che risultino eccessivamente onerosi o impossibili da eseguire<sup>318</sup>. Allo stesso tempo, esistono decisioni giudiziali che intendono che la colpevolezza del lavoratore diminuisce se il datore di lavoro non agisce in buona fede arrivando ad ammettere la compensazione di colpe<sup>319</sup>.

Nel complesso, inadempimento colpevole si perfeziona quando le conseguenze delle condotte disobbedienti sono imputabili –per indubbia volontà esplicitata<sup>320</sup>– allo stesso impiegato<sup>321</sup>.

---

<sup>318</sup> STSJ Cataluña 29 maggio 1997 [AS 1997, 1971].

<sup>319</sup> GUERRERO OSTOLAZA, J. M<sup>a</sup>.: “La desobediencia e indisciplina en el trabajo”, in GIL Y GIL, J. L. (Coord.) e DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 144.

<sup>320</sup> BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES, J. I.: “Indisciplina y desobediencia en el trabajo”, in GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 78.

<sup>321</sup> ORTEGA LOZANO, P. G.: “El despido disciplinario por indisciplina o desobediencia en el trabajo: artículo 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores”, en *Derecho de las relaciones laborales*, cit., pp. 769 e ss.



**CAPITOLO V. LE OFFESE VERBALI E FISICHE**

**SUMARIO.** CAPITOLO V. LE OFFESE VERBALI E FISICHE. 1. Concetto e fondamento. 2. L'offensore e i soggetti passivi. 2.1 Le offese destinate al datore di lavoro o all'impresa. 2.2 Le offese destinate ai familiari dell'imprenditore o dei colleghi di lavoro. 2.3 Le offese destinate ai superiori dell'impresa. 2.4 Le offese rivolte ai colleghi di lavoro. 2.5 Leminacce. 3. Gravità e colpevolezza.

L'articolo 54.2.c) ET considera inadempimento contrattuale del lavoratore ai fini del suo licenziamento, *“le offese verbali e fisiche al datore di lavoro o alle persone che lavorano nell'impresa o ai familiari che convivono con loro”*.

**1. Concetto e fondamento**

Le offese verbali sono quelle che pronunciate –per iscritto o oralmente– danneggiano il soggetto offeso nel suo diritto all'onore, nel suo diritto all'integrità morale o nel suo diritto alla libertà e alla sicurezza: diritti di rango superiore nella Costituzione Spagnola. Le offese realizzate da qualsiasi tipo di suono o segno, così come le offese gestuali realizzate attraverso gesti, smorfie, risate o posture assunte con il corpo dall'offensore e senza un intervento fisico sul corpo dell'offeso, rientrano nella concezione di offesa verbale<sup>322</sup>: *“con un gesto si può offendere più che con mille parole”*<sup>323</sup>. Tuttavia, l'offesa deve distinguersi dall'utilizzo di un vocabolario malsonante, e dai modi rudi e scortesi<sup>324</sup>.

Contrarie al diritto all'onore sono le ingiurie e le calunnie. Quando parliamo di ingiurie ci riferiamo al comportamento che danneggia la reputazione dell'offeso o la sua autostima: espressioni insultanti, vessatorie o denigranti, rivolte all'offeso. Quando parliamo di calunnie ci riferiamo alla falsa imputazione di condotte illegali o proibite senza che queste siano necessariamente delittive<sup>325</sup>. Contrarie al diritto all'integrità morale sono le molestie<sup>326</sup>. La molestia può essere verbale, senza il raggiungimento del grado fisico, se crea un clima di pressione e intimidazione alla persona con finalità di ottenere i favori sessuali –molestie sessuali– o di demotivare –molestie psicologiche–. Contrari al diritto alla libertà e alla sicurezza sono le minacce<sup>327</sup>. Si intende per

<sup>322</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 165.

<sup>323</sup> STSJ Valencia 3 febbraio 2009 [JUR 2009, 225651].

<sup>324</sup> STSJ Madrid 16 novembre 2005 [AS 2005, 3778].

<sup>325</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 165.

<sup>326</sup> STSJ Galicia 7 aprile 2017 [JUR 2017, 107226].

<sup>327</sup> STSJ Cataluña 11 maggio 2017 [JUR 2017, 195286].

minaccia un annuncio di un male, che esista o meno un determinato fine da raggiungere<sup>328</sup>.

Le offese fisiche sono quelle che consumate attraverso la violenza, con o senza armi, danneggiano fisicamente il corpo dell'offeso, attentando al suo diritto alla vita e all'integrità fisica e morale, o al suo diritto alla libertà e alla sicurezza. Al diritto alla vita e all'integrità fisica e morale si attenta con aggressioni che possono avere differenti fini: lesivi, denigranti o sessuali. L'aggressione lesiva è quella che implica lesioni fisiche. L'aggressione denigrante –anche conosciuta come umiliante– è quella che si basa sull'umiliazione dell'offeso di fronte ad altri o a se stesso. L'aggressione sessuale è quella che si esteriorizza in atti di natura sessuale forzati. Inoltre, nell'aggressione sessuale non è necessario che il comportamento si realizzi con violenza fisica giacché può esercitarsi attraverso minacce o violenza psicologica<sup>329</sup>. Contro il diritto alla libertà e alla sicurezza le offese fisiche si esteriorizzano attraverso la ritenzione e la coazione<sup>330</sup>. Per ritenzione, intendiamo la restrizione ingiusta e fisica o violenta della libertà dei movimenti della vittima, attraverso la reclusione o senza essa. Per coazione, intendiamo il comando fisico o violento affinché si realizzi qualcosa non desiderato dalla vittima o affinché non si realizzi qualcosa desiderato da questa<sup>331</sup>.

## 2. L'offensore e i soggetti passivi

L'offensore deve essere un lavoratore dell'impresa<sup>332</sup>. Ma nelle azioni commesse da persone terze viene dichiarato che il soggetto attivo non è solo il lavoratore ma anche i suoi familiari o accompagnanti<sup>333</sup>. Questa responsabilità del lavoratore rispetto agli atti dei terzi viene ratificata in quei casi in cui l'impiegato mantiene una postura totalmente passiva, anche quando la sua partecipazione consiste nell'induzione o è nell'esecuzione diretta o per ultimo quando non evita il comportamento del terzo ma lo incita o collabora con questo<sup>334</sup>.

L'articolo 54.2.c) ET segnala che sono soggetti passivi delle offese, il datore di lavoro, le persone che lavorano nell'impresa, così come i familiari che convivono con questi. Rispetto al concetto di datore di lavoro i tribunali non solo si riferiscono alla persona fisica titolare dell'impresa ma anche alla persona giuridica. Inoltre, per

<sup>328</sup> STSJ Castilla-La Mancha 13 febbraio 2003 [JUR 2003, 135311].

<sup>329</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: "Las causas justas de despido disciplinario", in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., pp. 165 e 166.

<sup>330</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La causalidad del despido disciplinario*, cit., p. 213.

<sup>331</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: "Las causas justas de despido disciplinario", in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 166.

<sup>332</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: "El despido disciplinario", in ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 922 e 923.

<sup>333</sup> STSJ Comunidad Valenciana 23 marzo 2005 [AS 2005, 951].

<sup>334</sup> STSJ Cataluña 8 aprile 2003 [AS 2003, 1737].

imprenditore non solo intendiamo il datore di lavoro: rientrano in questo concetto le persone che realizzano atti che hanno a che vedere con la presa di decisione dell'impresa<sup>335</sup>.

Quando alludiamo alle persone che lavorano nell'impresa, non solo ci riferiamo agli impiegati dell'impresa ma anche ai lavoratori che realizzano completamente o in parte la loro occupazione nello stesso luogo, centro o stabilimento, per conto proprio o di altri, dipendendo o no da un datore di lavoro<sup>336</sup>: per esempio, le persone che lavorano per l'impresa che non sono vincolati da una relazione lavorativa ma da altra indole – commerciale o industriale<sup>337</sup>.

In riferimento ai familiari che convivono con i soggetti segnalati, a volte il grado di convivenza non è elementare per la giurisprudenza. Inoltre, è possibile anche che questi non siano familiari<sup>338</sup>. La cerchia di soggetti passivi alla quale si riferisce l'articolo 54.2.c) ET non è chiusa –né esaustiva– ma può estendersi a altri soggetti sempre e quando gli offesi mantengano relazioni con l'impresa. In particolare si è estesa la sua applicazione a clienti dell'impresa o allo stesso avvocato del datore di lavoro<sup>339</sup>.

Inoltre, i tribunali ritengono che in mancanza del comma c) è possibile introdurre questa mancanza per via del comma d)<sup>340</sup> –trasgressione alla buona fede contrattuale o abuso di fiducia–: anche se le persone danneggiate dal comportamento del impiegato “*excedono i termini dell'articolo 54.2.c) ET, senza dubbio la sua condotta conduce alla trasgressione della buona fede contrattuale dell'articolo 54.2.d) ET*”<sup>341</sup>.

## 2.1 Le offese destinate al datore di lavoro o all'impresa

I tribunali considerano giusta causa ai fini del licenziamento disciplinare le offese verbali all'imprenditore –come persona fisica– i comportamenti consistenti in:

- Chiamare “*truffatore*” all'imprenditore e imputargli false accuse<sup>342</sup>.
- Mandare il datore di lavoro a “*fanculo*” quando questo lo rimprovera per essere arrivato tardi al lavoro<sup>343</sup>.

<sup>335</sup> STSJ Andalucía/Sevilla 26 settembre 2002 [JUR 2003, 52431] e STSJ Asturias 23 maggio 2017 [AS 2017, 1099].

<sup>336</sup> STSJ País Vasco 7 novembre 2000 [AS 2001, 1715].

<sup>337</sup> STS 21 aprile 1983 [RJ 1983, 1859].

<sup>338</sup> GARCÍA NINET, J. I.: “Ofensas verbales o físicas al empresario o a otras personas del entorno empresarial”, in AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 185.

<sup>339</sup> STSJ Andalucía/Málaga 5 luglio 1999 [AS 1999, 3033].

<sup>340</sup> STSJ Castilla y León/Burgos 14 settembre 2016 [AS 2016, 1716].

<sup>341</sup> STSJ Galicia 18 giugno 1998 [AS 1998, 6476].

<sup>342</sup> STSJ Comunidad Valenciana 10 maggio 2000 [JUR 2000, 292644].

<sup>343</sup> STSJ Comunidad Valenciana 14 settembre 2004 [AS 2004, 3485].

- Offendere per iscritto<sup>344</sup>.
- La emissione o diffusione di opinioni offensive che trasforma in illecito o abusivo l'esercizio della libertà di espressione<sup>345</sup>.
- La manifestazione da parte del lavoratore che il datore di lavoro “*consumava droghe*”, imputazione di gravità offensiva se effettuata pubblicamente<sup>346</sup>.

I tribunali considerano giusta causa ai fini del licenziamento disciplinare per maltrattamenti fisici all'imprenditore i comportamenti consistenti in:

- L'aggressione fisica con insulti come “*canaglia*” e “*sfruttatore*”<sup>347</sup>.
- Scuotere l'automobile del datore di lavoro con questo dentro<sup>348</sup>.
- Le ritenzioni forzose del datore di lavoro e/o direttivi dell'impresa da parte di lavoratori in sciopero e con occupazione illegale del luogo di lavoro<sup>349</sup>.
- Afferrare dai risvolti del giubbotto il datore di lavoro esigendo il pagamento dello stipendio<sup>350</sup>.

I tribunali considerano giusta causa ai fini del licenziamento disciplinare per offese all'impresa le condotte consistenti in:

- Lavoratore che per iscritto imputa e responsabilizza l'impresa per la morte di un collega di lavoro causata da un incidente lavorativo<sup>351</sup>.
- Diffusione di notizie false e tendenziose che arrivano a danneggiare il prestigio dell'impresa<sup>352</sup>.

## 2.2 Le offese destinate ai familiari dell'imprenditore o dei colleghi di lavoro

Si proteggono contro qualsiasi tipo di offesa verbale o fisica i familiari che riuniscono i requisiti legalmente richiesti. Cosicché si considerano licenziamenti disciplinari per attentare ai familiari del datore di lavoro i comportamenti consistenti in:

- Proferire insulti come “*mocciosa*”, “*analfabeta*” e “*doveva imparare a leggere*” nei confronti della figlia del titolare dell'impresa e in presenza di più impiegati<sup>353</sup>.

---

<sup>344</sup> STS 3 ottobre 1985 [RJ 1985, 4655].

<sup>345</sup> STC 120/1983, 15 dicembre [RTC 1983, 120].

<sup>346</sup> STSJ Cataluña 27 gennaio 2000 [AS 2000, 872].

<sup>347</sup> STS 20 dicembre 1979 [RJ 1979, 4541].

<sup>348</sup> STS 23 settembre 1982 [RJ 1982, 5265].

<sup>349</sup> STS 1 ottobre 1982 [RJ 1982, 6082].

<sup>350</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid 30 giugno 2003 [JUR 2003, 178895].

<sup>351</sup> STS 14 settembre 1982 [RJ 1982, 5004].

<sup>352</sup> STS 4 ottobre 1982 [RJ 1982, 6094].

- La ritenzione forzosa di un familiare del datore di lavoro alle dipendenze amministrative dell'impresa<sup>354</sup>.
- Minacciare di morte, insultare e vessare quattro di coloro che lavorano in amministrazione, due di queste figlie del presidente del consiglio di amministrazione<sup>355</sup>.

Non si tiene in conto il grado di parentela tra l'imprenditore o lavoratore e il familiare offeso; ovvero, se la relazione è legale, naturale o adottiva. L'offesa deve essere connessa al lavoro, sia che l'offesa si produca sullo stesso luogo di lavoro sia che l'offensore sappia che si tratta di un familiare dell'imprenditore, di un rappresentante o di collega qualsiasi. Se l'offesa si produce sul luogo di lavoro senza che si conosca la relazione familiare, questa dovrà essere considerata –per analogia– un'offesa a terzi o clienti. Se l'offensore non conosce la relazione familiare e l'offesa si produce fuori dalle mura dell'impresa, in nessun modo potrebbe esserci una mancanza relazionata al lavoro<sup>356</sup>.

### 2.3 Le offese destinate ai superiori dell'impresa

Si considerano licenziamenti disciplinari giustificati per offesa verbale o fisica – articolo 54.2.c) ET– i seguenti casi:

- Chiamare “*asino*” il direttore quando i colleghi di lavoro ascoltano<sup>357</sup>.
- Spedire una lettera offensiva al presidente del consiglio di amministrazione e imputargli falsità<sup>358</sup>.
- Dire al capo “*bugiardo e stronzo*” proferendo pubblicamente altre espressioni contro un'impiegata definendola “*bugiarda, cinica e faccia tosta*”<sup>359</sup>.
- Dire ai due capi “*fuori da qui bastardi*”<sup>360</sup>.
- Quando alla fine del suo lavoro dieci minuti prima dell'orario legale stabilito, l'addetto lo rimprovera per detta condotta e il lavoratore gli risponde che “*gli avrebbe rotto la faccia*”<sup>361</sup>.
- Definire il direttore “*stronzo*” e “*furfante*”<sup>362</sup>.

---

<sup>353</sup> STS 4 novembre 1987 [RJ 1987, 7810].

<sup>354</sup> STS 16 giugno 1982 [RJ 1982, 4018].

<sup>355</sup> STS 7 ottobre 1982 [RJ 1982, 6125].

<sup>356</sup> GARCÍA NINET, J. I.: “Ofensas verbales o físicas al empresario o a otras personas del entorno empresarial”, in AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 185.

<sup>357</sup> STS 3 giugno 1987 [RJ 1987, 4114].

<sup>358</sup> STS 13 luglio 1983 [RJ 1983, 3780].

<sup>359</sup> STS 18 settembre 1984 [RJ 1984, 4428].

<sup>360</sup> STS 16 luglio 1982 [RJ 1982, 4632].

<sup>361</sup> STS 23 febbraio 1980 [RJ 1980, 746].

<sup>362</sup> STS 4 maggio 1988 [RJ 1988, 3549].



- Dire al rappresentante dell'impresa, con attitudine aggressiva e in presenza di altri impiegati, che è “*stufo di vedere la sua faccia e che era un idiota*”<sup>363</sup>.
- Definire “*inetto*” e “*coglione*” il direttore generale<sup>364</sup>.
- Minacciare il capo della sicurezza e definirlo “*voltagabbana*”, “*leccapiedi*” e “*codardo*”<sup>365</sup>.
- Accusare erroneamente il capo di un furto<sup>366</sup>.
- Essere parte del picchetto che impedì fisicamente l'uscita dall'ufficio del direttore del personale<sup>367</sup>.
- Aggredire l'addetto alla fabbrica mentre usciva dalla stessa<sup>368</sup>.
- Afferrare per il collo dopo aver ricevuto un ordine da una persona autorizzata<sup>369</sup>.

## 2.4 Le offese rivolte ai colleghi di lavoro

In merito a ciò, si considerano licenziamenti disciplinari legittimi o giustificati per offesa verbale a colleghi di lavoro i seguenti casi:

- Chiamare “*miserabile, cane e spilorcio*” espressioni che costituiscono una chiara offesa verbale grave una persona che lavora nella stessa impresa e luogo<sup>370</sup>.
- Chiamare “*scrofa di merda*” la collega<sup>371</sup>.
- Insultare il lavoratore che non partecipa allo sciopero, oltre a impedire la normale entrata al luogo di lavoro collocando tabelloni e ostacoli nella stessa<sup>372</sup>.

Si considerano licenziamenti disciplinari legittimi o giustificati per maltrattamenti fisici tra colleghi i comportamenti consistenti in:

- Aggredire un collega con una tavola causandogli lesioni che necessitano assistenza medica a causa di una discussione tra due operai<sup>373</sup>.

---

<sup>363</sup> STS 29 ottobre 1988 [RJ 1988, 8175].

<sup>364</sup> STS 20 novembre 1986 [RJ 1986, 6701].

<sup>365</sup> STS 15 giugno 1987 [RJ 1987, 4361].

<sup>366</sup> STS 22 novembre 1989 [RJ 1989, 8229].

<sup>367</sup> STS 16 settembre 1981 [RJ 1981, 3325].

<sup>368</sup> STS 27 settembre 1979 [RJ 1979, 3223].

<sup>369</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid 5 maggio 2003 [JUR 2003, 171513].

<sup>370</sup> STS 24 novembre 1983 [RJ 1983, 5629].

<sup>371</sup> STS 18 novembre 1986 [RJ 1986, 6690].

<sup>372</sup> STS 24 marzo 1987 [RJ 1987, 1663].

<sup>373</sup> STS 1 ottobre 1979 [RJ 1979, 3356].

- Aggredire alle spalle un collega lanciandogli contro un oggetto contundente<sup>374</sup>.
- Aggredire un collega –nella mensa del luogo di lavoro– lanciandogli piatti<sup>375</sup>.
- Intervenire in una rissa contro un altro collega di lavoro di categoria professionale superiore reagendo questo con uno schiaffo e l'altro con un pugno che ha staccato i denti al suo rivale venendo licenziati entrambi<sup>376</sup>.
- La ingiustificata aggressione a pugni contro un altro lavoratore della stessa impresa<sup>377</sup>.
- Aggredire con un martello un altro lavoratore causandogli una frattura del craneo nella regionale frontale con sprofondamento di frammenti pronosticato come grave<sup>378</sup>.

È interessante come gli scontri tra colleghi sono soliti essere di maggiore trascendenza e gravità di quelli organizzati contro l'imprenditore<sup>379</sup>.

## 2.5 Leminacce

Si considera licenziamento disciplinare legittimo o giustificato per minacce i comportamenti che consistono in:

- Dire al capo del personale che se “*non si sistema con le buone, lo si farà con le cattive*”<sup>380</sup>.
- Minacciare di morte il direttore dicendogli “*ti faccio saltare il cervello*”<sup>381</sup>.
- Introdursi nell'ufficio del direttore senza permesso né autorizzazione alcuna, minacciandolo verbalmente, manifestando con tono aggressivo che “*gli avrebbe fatto rendere conto con chi aveva a che fare*”<sup>382</sup>.
- Chiedere una quantità economica elevata in cambio della rinuncia volontaria al lavoro, “*giacché in caso contrario si rivelerebbero dei segreti*”<sup>383</sup>.
- Minacciare di morte armato con un revolver a un rappresentante dell'impresa<sup>384</sup>.

<sup>374</sup> STS 27 ottobre 1980 [RJ 1980, 4047].

<sup>375</sup> STS 27 febbraio 1986 [RJ 1986, 944].

<sup>376</sup> STS 14 giugno 1988 [RJ 1988, 5294].

<sup>377</sup> STS 26 giugno 1989 [RJ 1989, 4844].

<sup>378</sup> STS 11 maggio 1990 [RJ 1990, 4305].

<sup>379</sup> GARCÍA NINET, J. I.: “Ofensas verbales o físicas al empresario o a otras personas del entorno empresarial”, in AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., pp. 191 e ss.

<sup>380</sup> STS 11 aprile 1980 [RJ 1980, 1618].

<sup>381</sup> STS 17 febbraio 1981 [RJ 1981, 718].

<sup>382</sup> STS 14 giugno 1982 [RJ 1982, 4000].

<sup>383</sup> STS 14 settembre 1982 [RJ 1982, 5001].

<sup>384</sup> STS 4 marzo 1985 [RJ 1985, 1269].

- Minacciare l'addetto ai lavori dicendogli che “*mai si era sporcato le mani di sangue né aveva ammazzato qualcuno, ma che sarebbe dovuto stare attento*”<sup>385</sup>.
- Minacciare il capo del dipartimento con due testi anonimi scritti<sup>386</sup>.
- Rivolgersi al capo con atteggiamento minaccioso e affermare che “*lo avrebbe sgozzato e che doveva stare dodici metri sotto terra*”<sup>387</sup>.
- Togliere un coltellino al segretario dell'impresa, cercare di aggredirlo e minacciarlo dicendogli che “*l'avrebbe mandato al cimitero*”<sup>388</sup>.
- Trasportare un cacciavite e muoverlo con atteggiamento violento in modo che il rappresentante della compagnia lasci la cabina in cui si trovava con un'altra persona<sup>389</sup>.
- Minacciare e sfidare i capi della sicurezza con espressioni come la seguente: “*esci in strada*”<sup>390</sup>.

### 3. Gravità e colpevolezza

Per procedere alla determinazione della gravità i tribunali partono da una linea di demarcazione tra ciò che sono le offese verbali e ciò che sono le offese fisiche<sup>391</sup>.

Per le sue conseguenze e per la disapprovazione sociale l'analisi delle offese fisiche risulta agevole. In effetti, le aggressioni fisiche sono considerate gravi nei luoghi di lavoro –allo stesso modo di come lo sono nell'ambito della convivenza sociale– avendo il datore di lavoro il diritto di licenziare un lavoratore che ne abbia aggredito fisicamente un altro<sup>392</sup>. Ovviamente è impossibile dimostrare che non c'era intento offensivo, quando ci troviamo di fronte un'aggressione fisica.

In relazione alle aggressioni che abbiamo definito umilianti i tribunali sostengono la gravità di qualsiasi aggressione, anche se si tratta di un “*semplice schiaffo in faccia*”<sup>393</sup>, quindi in nessun caso l'aggressione può essere giustificata<sup>394</sup>. Le aggressioni sessuali –per quanto queste possano essere lievi– possiedono una

<sup>385</sup> STS 9 dicembre 1985 [RJ 1985, 6077].

<sup>386</sup> STS 29 aprile 1986 [RJ 1986, 2270].

<sup>387</sup> STS 6 novembre 1986 [RJ 1986, 6286].

<sup>388</sup> STS 14 gennaio 1987 [RJ 1987, 26].

<sup>389</sup> STS 19 maggio 1987 [RJ 1987, 3738].

<sup>390</sup> STS 15 giugno 1987 [RJ 1987, 4361].

<sup>391</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 168.

<sup>392</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 211.

<sup>393</sup> STSJ Asturias 7 marzo 2003 [JUR 2003, 175857].

<sup>394</sup> STSJ País Vasco 4 febbraio 2003 [JUR 2003, 122046].

dimensione sufficiente e atta a giustificare qualsiasi licenziamento<sup>395</sup>. Per quanto concerne detenzione e coercizione con natura di offesa fisica i tribunali ritengono questi comportamenti idonei a qualificare il licenziamento come legittimo o giustificato: ad esempio, semplici “*acciones e injurias verso i colleghi atte a impedir l’entrada al posto de trabajo*”<sup>396</sup>.

L’analisi della determinazione delle offese verbali è molto più complessa. Per essere certi che stiamo trattando un’offesa verbale esiste una questione iniziale fondamentale: la libertà di espressione che la Costituzione Spagnola riconosce. La Corte Costituzionale afferma che questo diritto non riguarda l’articolazione di giudizi di valore chiaramente offensivi<sup>397</sup>; pertanto, è escluso dall’ambito di applicazione della tutela del diritto alla libertà di espressione –sancito dall’articolo 20 della Costituzione Spagnola– il cosiddetto diritto a insultare<sup>398</sup>, essendo rilevante rispetto a ciò l’esistenza dell’*animus nocendi*<sup>399</sup>.

Come per le offese fisiche, in linea di principio, è sufficiente solo una singola offesa verbale affinché questa possieda gravità sufficiente per sostenere la legittimità del licenziamento. Nonostante ciò deve essere aggiunto che la reiterazione e l’insistenza delle offese aumentano la gravità del comportamento a causa della “*persistente situación nel tempo*”<sup>400</sup> o di un comportamento “*repetido*”<sup>401</sup>. Tuttavia, la determinazione della gravità dovrà essere analizzata nel particolare, caso per caso dai giudici, tenendo conto del contesto in cui si sviluppano e le circostanze attenuanti o aggravanti esistenti.

Per giustificare il licenziamento disciplinare, la violazione dell’articolo 54.2.c) ET, oltre ad essere grave, deve essere colpevole. Per un’adeguata determinazione della colpa si deve analizzare, in primo luogo, l’imputazione dell’azione offensiva al lavoratore e, in secondo luogo, lo stato soggettivo e personale dell’impiegato nel momento della realizzazione dell’inadempimento lavorativo<sup>402</sup>.

<sup>395</sup> STSJ Baleares 20 giugno 2000 [AS 2000, 3352].

<sup>396</sup> STS 23 dicembre 1989 [RJ 1989, 9262].

<sup>397</sup> ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al*: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 256.

<sup>398</sup> STC 204/1997, 25 novembre [RTC 1997, 204].

<sup>399</sup> SASTRE IBARRECHE, R.: “Artículo 54. Despido disciplinario”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) e SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al*: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 767.

<sup>400</sup> STSJ Comunidad Valenciana 2 marzo 2000 [AS 2000, 2975].

<sup>401</sup> STSJ Andalucía/Granada 16 ottobre 1998 [AS 1998, 4438].

<sup>402</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 170.

Rispetto alla prima questione –imputazione dell'azione offensiva al lavoratore– il dipendente può incorrere nell'inadempimento grave e colpevole anche se non è l'autore dell'offesa verbale o fisica se è stato lui ad aver ideato il piano<sup>403</sup>, se spinge un terzo a commettere le offese<sup>404</sup> o se rimane indifferente permettendone lo sviluppo<sup>405</sup>, ad eccezione che tali offese siano istantanee o momentanee –in altre parole, prodotte in un brevissimo lasso di tempo che non comporta nessuna reazione–<sup>406</sup>.

Se le offese vengono eseguite da uno o più dipendenti, con il consenso per atteggiamento passivo degli altri lavoratori presenti, può richiedersi anche corresponsabilità dei reati, consentendo il licenziamento di tutti i lavoratori: se è vero che le offese sono state pronunciate “*da due lavoratori differenti*”, all'assentire gli altri dipendenti, si “*trasferirà a questi ultimi per atteggiamento passivo e di acquiescenza dei corresponsabili di detto reato*”<sup>407</sup>.

Rispetto alla seconda questione –stato soggettivo e personale del lavoratore che commette il reato– quanto maggiore è la perdita o la privazione del controllo soggettivo dell'azione, maggiori saranno le probabilità che il giudice valuti l'illegittimità o invalidità del licenziamento; ma quanto più grave e importante è l'offesa commessa maggiore dovrà essere la perdita di controllo dell'azione<sup>408</sup>. La provocazione previa e i disturbi e disordini psichici sono le situazioni che causano maggiori perdite del controllo<sup>409</sup>. Vediamole:

a) Provocazione previa. Si ritiene illegittimo o invalido il licenziamento disciplinare di un lavoratore che con un'asta di ferro aggredisce un collega perché “*da mesi continuava a provocare verbalmente*” l'aggressore<sup>410</sup>. Rispetto a ciò, due sono i requisiti che deve soddisfare la provocazione affinché la giurisprudenza possa escludere o limitare la responsabilità disciplinare del lavoratore, vale a dire: che sia una provocazione sufficiente e che la reazione offensiva del lavoratore sia imminente<sup>411</sup>.

Ci sono situazioni in cui a una provocazione consistente in un'offesa verbale – insulto, mancanza di rispetto o minaccia– si può rispondere con un'altra offesa

<sup>403</sup> STSJ Extremadura 20 febbraio 2003 [JUR 2003, 157556].

<sup>404</sup> STSJ Madrid 5 maggio 1995 [AS 1995, 2189].

<sup>405</sup> STSJ Madrid 25 marzo 1999 [AS 1999, 5082].

<sup>406</sup> STSJ Canarias/Tenerife 17 novembre 1997 [AS 1997, 4158].

<sup>407</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid 9 dicembre 1993 [AS 1993, 5335].

<sup>408</sup> STSJ Andalucía/Málaga 5 luglio 2017 [JUR 2017, 261009].

<sup>409</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 172.

<sup>410</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid 30 aprile 1996 [AS 1996, 1316].

<sup>411</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 173.

verbale<sup>412</sup>. Ma i giudici si spingono oltre affermando che ci sono occasioni nelle quali si giustifica un attacco fisico per essere preceduto da espressioni verbali offensive<sup>413</sup>. Affinché la provocazione verbale possa giustificare e scusare una successiva aggressione fisica, le offese devono essere di tale entità che offendono realmente il lavoratore, lo vessano, lo umiliano, lo ridicolizzano o lo denigrano<sup>414</sup>.

b) Perdita del controllo per disturbi o disordini psichici. La condizione di disordine mentale è un'altra attenuante della responsabilità disciplinare del lavoratore. Quando il lavoratore soffre uno squilibrio psichico che lo priva del controllo di se stesso e della consapevolezza delle sue azioni non si può pretendere piena colpevolezza delle offese<sup>415</sup>. Ma non tutti i disturbi psichici sono considerati dalla legge come causa attenuante di colpevolezza: *“non è ammissibile che una persona non dichiarata irresponsabile, possa avere carta bianca”*<sup>416</sup>.

Ma ci sono anche circostanze aggravanti dell'analisi del comportamento dell'impiegato come il livello culturale del soggetto che offende, l'esercizio di una posizione di alto livello nell'impresa, offendere per iscritto o in presenza di persone terze<sup>417</sup>.

In relazione al livello culturale del soggetto che offende<sup>418</sup>, a un più alto livello didattico è richiesta una maggiore attenzione nell'utilizzo di parole, espressioni o messe in pratica di comportamenti<sup>419</sup>.

Quando l'impiegato possiede un posto di rango gerarchicamente superiore<sup>420</sup>, è anche obbligato ad adempiere con maggiore intensità alle norme di rispetto e considerazione<sup>421</sup>.

Allo stesso modo, quando le offese si realizzano per iscritto se è avuto modo di meditare e scrivere tranquillamente, non potendo equiparare il testo scritto a una

<sup>412</sup> STSJ Cataluña 23 ottobre 2002 [AS 2002, 4160].

<sup>413</sup> STS 5 ottobre 1983 [RJ 1983, 5046]. En este mismo sentido, STSJ Cataluña 12 febbraio 2001 [AS 2001, 1569], STSJ Castilla y León/Valladolid 30 aprile 1996 [AS 1996, 1316], STSJ Madrid 30 luglio 1992 [AS 1992, 3754] e STSJ Castilla-La Mancha 27 maggio 1992 [AS 1992, 2366].

<sup>414</sup> STSJ Andalucía/Málaga 13 dicembre 1996 [AS 1996, 4072].

<sup>415</sup> STS 10 dicembre 1991 [RJ 1991, 9050] e STSJ Canarias/Tenerife 4 febbraio 1992 [AS 1992, 533].

<sup>416</sup> STS 27 ottobre 1987 [RJ 1987, 7207].

<sup>417</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., pp. 203 e ss.

<sup>418</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid 24 febbraio 2003 [AS 2003, 1318].

<sup>419</sup> GARCÍA NINET, J. I.: “Ofensas verbales o físicas al empresario o a otras personas del entorno empresarial”, in AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 177.

<sup>420</sup> STS 29 maggio 1990 [RJ 1990, 4518].

<sup>421</sup> STS 3 maggio 1990 [RJ 1990, 3944].

situazione di agitazione temporanea<sup>422</sup>. La scrittura, a differenza della parola, è più riflessiva, fredda nell'animo e calcolata al margine della spontaneità verbale<sup>423</sup>. In effetti, le offese scritte esigono riflessione in chi le scrive che si traduce in una maggiore gravità<sup>424</sup>.

Se le frasi sono offensive e si realizzano in presenza di persone terze come clienti o pubblico in generale<sup>425</sup>, normalmente, la giurisprudenza considera il licenziamento giustificato o legittimo<sup>426</sup>. Pertanto, la gravità dell'offesa si attenuerà se manca di pubblicità –quelle realizzate in ambito privato–<sup>427</sup>. Al contrario, il comportamento sarà aggravato se si produce in pubblico o con l'utilizzo di un mezzo di comunicazione<sup>428</sup>.

D'altro canto, se le offese sono generiche, senza destinatario identificabile, l'estinzione della relazione lavorativa da parte del datore di lavoro sarà dichiarata invalida o illegittima: “*le frasi indicate con la sua genericità e vaghezza non possono applicarsi a una persona in particolare*”<sup>429</sup>.

In effetti, per determinare la gravità e colpevolezza del comportamento del lavoratore, la giurisprudenza tratta il licenziamento d'accordo alla dottrina gradualista per delimitare la proporzionalità tra l'infrazione e la sanzione, insieme a un criterio individualizzatore ed equilibratore, considerando le peculiarità di ciascun caso e interessandosi agli elementi oggettivi e soggettivi concorrenti.

Alla fine, il risultato dell'inadempimento delle offese verbali o fisiche dipenderà dalle specifiche circostanze e particolarità del caso analizzato e –in particolare– dallo stesso soggettivismo del giudice.

---

<sup>422</sup> GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 36.

<sup>423</sup> GARCÍA NINET, J. I.: “Ofensas verbales o físicas al empresario o a otras personas del entorno empresarial”, in AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 176.

<sup>424</sup> STS 24 novembre 1987 [RJ 1987, 8054] e STSJ Cantabria 31 luglio 2001 [AS 2001, 3057].

<sup>425</sup> STSJ Cataluña 30 gennaio 2003 [JUR 2003, 55675].

<sup>426</sup> STS 16 ottobre 1984 [RJ 1984, 5281].

<sup>427</sup> STS 16 maggio 1991 [RJ 1991, 4171].

<sup>428</sup> STSJ Galicia 6 aprile 1995 [AS 1995, 1499].

<sup>429</sup> STS 9 giugno 1982 [RJ 1982, 3949].





## CAPITOLO VI. LA TRASGRESSIONE DELLA BUONA FEDE CONTRATTUALE E L'ABUSO DI FIDUCIA NELLO SVOLGIMENTO DEL LAVORO

**SUMARIO.** CAPITOLO VI. LA TRASGRESSIONE DELLA BUONA FEDE CONTRATTUALE E L'ABUSO DI FIDUCIA NELLO SVOLGIMENTO DEL LAVORO. 1. Concetto e fondamento. 2. Comportamenti che ledono la buona fede contrattuale o l'abuso di fiducia. 2.1 Situazione di concorrenza nel mercato: segreti aziendali e concorrenza sleale. 2.2 Appropriazione indebita e perdita di fiducia. 2.3 Appropiarsi del lavoratore per la propria posizione nell'impresa. 2.4 L'inganno o la bugia del lavoratore. 2.5 L'incapacità del lavoratore l'impiego. 2.6 Abbandono del posto di lavoro. 2.7 La mancanza di diligenza. 3. Gravità e colpevolezza.

L'articolo 54.2.d) ET considera inadempimento contrattuale del lavoratore ai fini del suo licenziamento, *“la trasgressione della buona fede contrattuale, così come l'abuso di fiducia nello svolgimento del lavoro”*.

### 1. Concetto e fondamento

La buona fede è considerata una norma giuridica consistente nel fatto che il comportamento si adatta agli imperativi etici che la coscienza sociale esige<sup>430</sup>. La buona fede si è convertita in un principio generale dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione delle sue norme<sup>431</sup>. Principio implicito nell'ordinamento giuridico<sup>432</sup>. È ciò che ci si aspetta in termini di integrità, rettitudine e onestà<sup>433</sup>.

Il principio di buona fede completa il contenuto del negozio oltre le concrete previsioni che realizzano le parti e incluso oltre ciò che può disporre la norma che regola il negozio<sup>434</sup>. Suppone l'approvazione di un'attuazione secondo il parere unanime in base agli usi sociali che regnano e governano in determinate circostanze sociali<sup>435</sup>.

<sup>430</sup> STS 11 maggio 1988 [RJ 1988, 4053], STSJ Madrid 10 luglio 2017 [AS 2017, 1871], STSJ Madrid 19 gennaio 2017 [JUR 2017, 63883] e STSJ Madrid 10 aprile 2015 [AS 2015, 1281].

<sup>431</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “Hacia una revisión constitucional de la buena fe contractual en las relaciones jurídico-aborales”, in *Relaciones Laborales*, num. 1, 1992, p. 340.

<sup>432</sup> DE COSSÍO, A.: “El dolo en el derecho civil”, in *Revista de Derecho Privado*, 1955, pp. 244 e 245.

<sup>433</sup> SARAZÁ GRANADOS, J.: *La transgresión de la Buena Fe Contractual y Figuras Afines*, Navarra, Aranzadi, 2014, p. 31.

<sup>434</sup> RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido”, in MONTROYA MELGAR, A. (Coord.), MARTÍN VALVERDE, A. (Coord.) e RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, cit., p. 554.

<sup>435</sup> MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: “La buena fe y el abuso del derecho. Su respectiva caracterización como límites en el ejercicio del Derecho”, in *Revista de Derecho Privado*, num. 63, 1979, p. 436.

Anche se il precetto per la sua lettura testuale sembra riferirsi a due cause distinte –trasgressione della buona fede e abuso di fiducia<sup>436</sup>– la realtà è che ci troviamo di fronte a un unico fondamento. La giurisprudenza arriva a comprendere che l'abuso di fiducia è una categoria della trasgressione della buona fede che raggiunge una particolare trascendenza per i lavoratori che eseguono lavori di responsabilità e fiducia<sup>437</sup>. Pertanto, nella pratica giudiziale è superfluo il doppio riferimento del comma d) dell'articolo 54.2 ET<sup>438</sup>.

In effetti, la trasgressione della buona fede costituisce un'attuazione contraria ai doveri di comportamento particolari che devono presiedere l'esecuzione del contratto di lavoro; e l'abuso di fiducia costituisce una modalità qualificata. Si identifica la trasgressione della buona fede contrattuale come la rottura o l'inadempimento del modello di comportamento atteso dall'impresa<sup>439</sup>.

I comportamenti sanzionati in base all'articolo 54.2.d) ET, la trasformano nella causa di licenziamento disciplinare per eccellenza chiamata anche clausola generica di chiusura<sup>440</sup>. E quindi tutte le altre giuste cause dell'articolo 54.2 ET potranno, con più o meno sforzo interpretativo e di giustificazione giuridica, dirigersi a questa causa. Questa giusta causa di licenziamento copre, con la sua ampiezza e capacità, le insufficienze e mancanze del resto delle cause che si trovano più legate allo sviluppo di un determinato comportamento rigido.

La Corte Suprema ha specificato in diverse occasioni che dentro la causa dell'articolo 54.2.d) ET “rientrano tutte le violazioni dei doveri che l'articolo 5 ET impone ai lavoratori”<sup>441</sup>, e che quella causa –trasgressione della buona fede contrattuale e abuso di fiducia nello svolgimento del lavoro– “non è altro che la conseguenza dell'inadempimento da parte del lavoratore dei doveri basilari stabiliti dall'articolo 5 ET”<sup>442</sup>. Infine, la trasgressione si è trasfigurata in una tipologia quasi perfettamente elastica e adattabile, suscettibile ad accogliere nella pratica qualsiasi azione del

---

<sup>436</sup> Vid. CRISTÓBAL RONCERO, R. e DE NIEVES NIETO, N.: “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario (art. 54.2 d ET)”, in *Actualidad laboral*, num. 2, 2005, pp. 2327 e ss.

<sup>437</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, in ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 929.

<sup>438</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 41.

<sup>439</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2001, p. 95.

<sup>440</sup> RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido”, in MONTOYA MELGAR, A. (Coord.), MARTÍN VALVERDE, A. (Coord.) e RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, cit., p. 528.

<sup>441</sup> STS 4 dicembre 1982 [RJ 1982, 7443].

<sup>442</sup> STS 10 novembre 1982 [RJ 1982, 6561].

lavoratore che si identifichi con un inadempimento dei suoi doveri come soggetto del contratto di lavoro<sup>443</sup>.

La buona fede si è trasformata in un autentico “guazzabuglio”<sup>444</sup> di comportamenti molto diversi<sup>445</sup>. Essendo un concetto giuridico indeterminato si è convertito in una specie di “macrocausa” di licenziamento attraverso la quale è possibile sanzionare qualsiasi inadempimento o disobbedienza del lavoratore<sup>446</sup>.

## 2. Comportamenti che ledono la buona fede contrattuale o l'abuso di fiducia

In seguito stabiliremo una sistematizzazione dei casi più abituali raccolti nella giurisprudenza dove si possono trovare condotte molto comuni prodotte in seno a una relazione lavorativa.

### 2.1 Situazione di concorrenza nel mercato: segreti aziendali e concorrenza sleale

I comportamenti del lavoratore diretti a defraudare l'interesse economico dell'impresa, concretamente, rispetto alla loro posizione o ubicazione di concorrenza nel mercato, costituiscono casi caratteristici e specifici di trasgressione della buona fede contrattuale. La possibilità di danneggiare la posizione della stessa impresa e fortificare quella della concorrenza sono casi eccessivamente gravi che danneggiano la tutela della stessa situazione di concorrenza<sup>447</sup>.

Il licenziamento disciplinare come sanzione grave alla violazione della posizione concorrenziale dell'impresa è lo strumento essenziale della protezione imprenditoriale nell'ambito lavorativo, senza il pregiudizio per cui l'imprenditore eserciti azioni giudiziali parallele come risarcimento danni<sup>448</sup>. Tuttavia, dobbiamo essere coscienti del fatto che il licenziamento disciplinare solo può essere utilizzato relativamente a chi

<sup>443</sup> RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido”, in MONTTOYA MELGAR, A. (Coord.), MARTÍN VALVERDE, A. (Coord.) e RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, cit., p. 548.

<sup>444</sup> STSJ País Vasco 6 giugno 2017 [JUR 2017, 228518], STSJ Andalucía/Granada 7 luglio 2016 [JUR 2017, 47984], STSJ Galicia 25 aprile 2014 [JUR 2014, 208548] y STSJ Cataluña 15 ottobre 2009 [JUR 2009, 489626].

<sup>445</sup> Vid. SARAZÁ GRANADOS, J.: *La transgresión de la Buena Fe Contractual y Figuras Afines*, cit, p. 37.

<sup>446</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 114.

<sup>447</sup> STSJ País Vasco 26 marzo 1996 [AS 1996, 482].

<sup>448</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Pactos de no concurrencia y de permanencia”, in *Revista Española de Derecho del Trabajo*, num. 100, 2000, p. 285.

risulta essere ancora un lavoratore dell'impresa<sup>449</sup>. Per questo motivo riteniamo rilevante studiare i casi di segreto aziendale e concorrenza sleale.

a) Segreti aziendali. Si considera inadempimento del contratto lavorativo se si lede la buona fede rivelando segreti aziendali<sup>450</sup>.

Inoltre, affinché il licenziamento disciplinare venga considerato giustificato non si richiede nemmeno che il segreto rivelato sia utilizzato con effetti sulla concorrenza ma è sufficiente la conoscenza di questi in quanto costituiscono un pericolo per loro natura<sup>451</sup>.

Inoltre è considerato giustificato il licenziamento nei casi in cui i segreti aziendali non arrivino a essere rivelati: è il caso di un lavoratore che non avendo l'obbligo di conservare dati confidenziali e riservate, li conserva nelle sue cartelle informatiche<sup>452</sup>. Si considera legittimo o giustificato anche il licenziamento dell'impiegato nel caso in cui riproduca e fotocopie documenti della sua azienda che risulta essere di grande interesse logistico e strategico<sup>453</sup>.

Tuttavia, non si crede che incida nella rivelazione dei segreti quel lavoratore che semplicemente scarica un archivio informatico e lo invia al proprio indirizzo di posta elettronica per lavorare in casa dato che l'essenza dell'inadempimento contrattuale è la divulgazione del segreto a concorrenti terzi<sup>454</sup>.

b) Concorrenza sleale. Si intende per concorrenza sleale la partecipazione nello stesso mercato e in uno stesso luogo e tempo; la nozione fondamentale è quella di "mercato" che richiede che i beni e servizi offerti dall'impresa racchiudano simultaneamente tre elementi: materiale, geografico e temporale<sup>455</sup>.

Ci troviamo di fronte una giusta causa di licenziamento disciplinare per concorrenza sleale quando l'attività del lavoratore riunisce i seguenti requisiti<sup>456</sup>:

---

<sup>449</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: "Las causas justas de despido disciplinario", in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 185.

<sup>450</sup> STSJ Canarias/Las Palmas 28 gennaio 1993 [AS 1993, 16] e STSJ Madrid 10 aprile 2003 [AS 203, 3257].

<sup>451</sup> STSJ Madrid 21 gennaio 1997 [AS 1997, 129] e STSJ Madrid 10 gennaio 1994 [AS 1994, 374].

<sup>452</sup> STSJ País Vasco 1 luglio 2002 [AS 2002, 2852].

<sup>453</sup> STSJ Cataluña 20 maggio 1999 [AS 1999, 2563].

<sup>454</sup> STSJ Madrid 17 marzo 2003 [AS 2003, 2857].

<sup>455</sup> NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo: una singular manifestación del deber de buena fe contractual*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pp. 215 e 216.

<sup>456</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: "El despido disciplinario", in ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 943 e 944.

1) Che si tratti di attività concorrenziali all'impresa in cui lavora. È concorrenza sleale solo quella occupazione nella quale il lavoratore può dirigere clientela, sfruttare conoscenze acquisite tramite l'impresa o lucrare dall'informazione ottenuta<sup>457</sup>.

2) Non si richiede l'effettiva concorrenza sleale ma basta solo l'intenzionalità della stessa. La semplice intenzionalità che si traduce in atti e tendono a questa finalità anche se non è arrivata a materializzarsi. Ci si può trovare in presenza di concorrenza sleale anche se la nuova impresa non abbia cominciato a lavorare sempre che abbia sviluppato azioni preparatorie<sup>458</sup>.

3) È di poco conto l'esistenza di danneggiamento economico per l'impresa; è sufficiente unicamente la pretesa di concorrenza sleale senza che sia imprescindibile la produzione di un danno<sup>459</sup>.

4) La giurisprudenza ha considerato che la concorrenza non è sleale –pertanto, il licenziamento è invalido o illegittimo– se l'imprenditore è perfettamente a conoscenza della situazione di concorrenza e la tollera<sup>460</sup>, o quando non c'è alcun tipo di occultazione da parte del lavoratore<sup>461</sup>.

Ma si considera concorrenza sleale se questa si produce dal momento in cui l'imprenditore avvertì che viene proibita la slealtà che prima era consentita<sup>462</sup>.

In questo senso, si accetta che ci sia concorrenza sleale nel costruire una società o un'impresa con lo stesso oggetto sociale o nel lavorare in questa<sup>463</sup>, dirottare clienti<sup>464</sup>, costituire una società per interposta persona<sup>465</sup>, creare uno stabilimento commerciale simile nella zona<sup>466</sup>, utilizzare la base di dati dell'impresa per prestare servizio a un

---

<sup>457</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid 18 marzo 2004 [JUR 2004, 140661].

<sup>458</sup> STSJ Andalucía/Sevilla 2 febbraio 2004 [JUR 2005, 74950].

<sup>459</sup> STSJ Cataluña 18 gennaio 2016 [JUR 2016, 50762] e STSJ País Vasco 4 aprile 2006 [JUR 2006, 189370].

<sup>460</sup> STSJ Andalucía/Granada 11 marzo 2003 [JUR 2003, 136609] e STSJ Andalucía/Sevilla 20 novembre 2001 [JUR 2003, 2606].

<sup>461</sup> STSJ Comunidad Valenciana 27 settembre 2001 [AS 2002, 1940].

<sup>462</sup> STSJ Baleares 6 marzo 2006 [AS 2006, 1882].

<sup>463</sup> STSJ La Rioja 25 febbraio 2003 [JUR 2003, 129153].

<sup>464</sup> STSJ Cataluña 20 novembre 2002 [JUR 2003, 19561], STSJ Extremadura 10 aprile 2003 [JUR 2003, 200334] e STSJ Cataluña 18 febbraio 2003 [JUR 2003, 116636].

<sup>465</sup> STSJ Madrid 9 aprile 2002 [JUR 2002, 164782].

<sup>466</sup> STSJ Andalucía/Málaga 31 ottobre 2002 [JUR 2003, 71138].

altro<sup>467</sup> o chiedere l'iscrizione di marchi commerciali nel registro con l'intenzione di trasferirli a un'azienda concorrenziale<sup>468</sup>.

Non trovando i suddetti inadempimenti ubicazione espressa nell'articolo 54 ET, la soluzione deve consistere nel ricondurre la rivelazione dei segreti e la concorrenza sleale al contenuto del dovere di buona fede contrattuale<sup>469</sup>.

## 2.2 Appropriazione indebita e perdita di fiducia

L'appropriazione indebita –quanto di denaro come di beni– è un comportamento regolato dalla giusta causa di licenziamento disciplinare dell'articolo 54.2.d) ET<sup>470</sup>. In questo tipo di condotte ciò che è determinante è l'animo del lavoratore nell'appropriarsi di qualcosa che non gli appartiene<sup>471</sup>.

Il soggetto passivo di queste condotte non deve necessariamente essere l'impresa per la quale lavora ma possono essere anche gli stessi colleghi di lavoro<sup>472</sup>: ad esempio, quando un lavoratore si appropria indebitamente delle mance collettive dei clienti<sup>473</sup>, quando ruba il cellulare di un collega di lavoro<sup>474</sup> o quando ruba ai clienti dell'impresa – addetti alle pulizie di un hotel che si appropriavano degli oggetti dimenticati dai clienti<sup>475</sup>–.

Inoltre il beneficiario ultimo della sottrazione o appropriazione non deve essere necessariamente l'impiegato ma anche una terza persona estranea<sup>476</sup>.

Il motivo della cessazione della relazione lavorativa non è da riscontrare nel valore economico di ciò che è stato sottratto dal lavoratore bensì nel valore etico e disonorato del comportamento di appropriarsi di qualcosa di qualcun altro da parte del

---

<sup>467</sup> STSJ Cataluña 4 luglio 2002 [JUR 2002, 243358].

<sup>468</sup> STSJ Galicia 26 settembre 2006 [AS 2007, 3621].

<sup>469</sup> GIL ALBURQUERQUE, R.: “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario: una figura tan necesaria como jurídicamente arriesgada”, in GIL Y GIL, J. L. (Coord.) e DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 173.

<sup>470</sup> STSJ Canarias/Tenerife 10 marzo 2017 [AS 2017, 1716] e STSJ Cataluña 18 marzo 2003 [JUR 2003, 130126].

<sup>471</sup> STS 21 settembre 2017 [RJ 2017, 4310] e STSJ Madrid 8 marzo 2002 [JUR 2002, 138748].

<sup>472</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., pp. 189 e 190.

<sup>473</sup> STSJ Castilla-La Mancha 18 dicembre 1998 [AS 1998, 6782].

<sup>474</sup> STSJ Cataluña 30 settembre 2002 [JUR 2002, 256387].

<sup>475</sup> STSJ Andalucía/Sevilla 12 dicembre 1997 [AS 1997, 4565].

<sup>476</sup> STS 30 aprile 1990 [RJ 1990, 3515].

lavoratore<sup>477</sup>. Con queste azioni si deludono gli interessi imprenditoriali e la fiducia depositata nel lavoratore con indipendenza dalla maggiore o minore entità dei pregiudizi causati<sup>478</sup>.

Inoltre, non si considera come circostanza attenuante il poco valore economico di ciò di cui si è appropriato<sup>479</sup>. Neanche mitiga la perdita di fiducia l'autoincriminazione da parte dell'autore della mancanza, il suo esplicito o assenso, né la devoluzione successivamente di ciò di cui si è appropriato quando già è stato sorpreso<sup>480</sup>.

In relazione a quanto detto si considerano condotte sufficienti per giustificare il licenziamento i seguenti casi<sup>481</sup>:

- Sottrarre un merluzzo<sup>482</sup>.
- Appropriarsi di attrezzi di poco valore<sup>483</sup>.
- Impossessarsi dell'importo di un biglietto aereo del quale si richiede il rimborso<sup>484</sup>.
- Appropriarsi di varie buste di patatine fritte<sup>485</sup>.
- Sottrarre merce dalla pescheria, anche se solo per un valore di venticinque euro, nella quale si è capo dipartimento<sup>486</sup>.
- Appropriazione di una latta di olio di poco più di sei euro di valore<sup>487</sup>.
- Non includere fatture emesse anche se sono di valore ridotto<sup>488</sup>.
- Realizzare una transazione senza il corrispondente controllo meccanico dell'operazione<sup>489</sup>.
- Pagare un euro per delle ciabatte e dopo restituirle per il loro prezzo reale<sup>490</sup>.
- Includere nelle fatture spese non giustificate<sup>491</sup>.

<sup>477</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: "Las causas justas de despido disciplinario", in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 190.

<sup>478</sup> STS 6 giugno 1987 [RJ 1987, 4133].

<sup>479</sup> STS 22 novembre 1989 [RJ 1989, 8230].

<sup>480</sup> STSJ Cataluña 31 marzo 2005 [JUR 2005, 124664].

<sup>481</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: "El despido disciplinario", in ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 937 e 938.

<sup>482</sup> STS 16 ottobre 1991 [RJ 1991, 7216].

<sup>483</sup> STS 17 settembre 1990 [RJ 1990, 7014].

<sup>484</sup> STS 13 febbraio 1990 [RJ 1990, 912].

<sup>485</sup> STS 22 novembre 1989 [RJ 1989, 8230].

<sup>486</sup> STSJ Murcia 7 ottobre 2002 [AS 2002, 3124].

<sup>487</sup> STSJ Cataluña 11 giugno 2002 [AS 2002, 2441].

<sup>488</sup> STSJ Castilla-La Mancha 2 giugno 2005 [JUR 2005, 142354].

<sup>489</sup> STSJ Comunidad Valenciana 11 marzo 2005 [AS 2005, 1046].

<sup>490</sup> STSJ Murcia 11 aprile 2005 [JUR 2005, 99416].

<sup>491</sup> STSJ Murcia 8 giugno 2005 [JUR 2005, 154790].

- Emettere fatture false per il lavoratore<sup>492</sup>.
- Non coprire l'importo di otto biglietti dell'autobus all'impresa<sup>493</sup>.
- Appropriazione di due giraviti<sup>494</sup>.
- Rifornire di benzina il proprio veicolo utilizzando la carta aziendale<sup>495</sup>.
- Concedersi un prestito<sup>496</sup>.
- Addebitare consumazioni senza registrarle, senza consegnare lo scontrino al cliente, né riporre incassa l'importo delle stesse<sup>497</sup>.
- Appropriarsi di denaro della cassa<sup>498</sup>.
- Impossessarsi dell'importo di un biglietto dell'autobus addebitando il viaggio al cliente e non consegnandogli la ricevuta dello stesso<sup>499</sup>.
- Comunicare la vendita di casse di birra a un importo minore a quello previsto per prendersi la differenza<sup>500</sup>.
- Consegnare ai clienti meno materiale di quello fatturato prendendosi il resto<sup>501</sup>.
- Fatturare al cliente più prodotto di quello realmente consegnato saldando l'impresa con la quantità reale con la conseguente appropriazione della differenza<sup>502</sup>.

La colpa si configura per l'assenza di valori etici in chi commette la trasgressione<sup>503</sup>. Pertanto, se la perdita di fiducia realmente esiste non è possibile ammettere che detta perdita accada con una gradazione maggiore o minore: una volta che si evidenzia che la fiducia è stata persa non risulta applicabile la dottrina gradualista<sup>504</sup>. L'accreditata perdita di fiducia non ammette gradi di determinazione e, una volta prodotta, rompe l'equilibrio delle relazioni lavoratore-imprenditore<sup>505</sup>.

---

<sup>492</sup> STSJ Cataluña 12 aprile 2005 [JUR 2005, 123394] e STSJ Comunidad Valenciana 11 febbraio 2005 [AS 2005, 965].

<sup>493</sup> STSJ Baleares 10 febbraio 2003 [JUR 2004, 10466].

<sup>494</sup> STSJ Cataluña 18 febbraio 2005 [JUR 2005, 80154].

<sup>495</sup> STSJ Cataluña 8 aprile 2005 [JUR 2005, 123838].

<sup>496</sup> STSJ Comunidad Valenciana 23 marzo 2005 [AS 2005, 949].

<sup>497</sup> STS 16 ottobre 1986 [RJ 1986, 5836].

<sup>498</sup> STS 20 settembre 1985 [RJ 1985, 4335].

<sup>499</sup> STS 18 maggio 1987 [RJ 1987, 3725].

<sup>500</sup> STS 30 ottobre 1984 [RJ 1984, 5350].

<sup>501</sup> STS 16 ottobre 1985 [RJ 1985, 5144].

<sup>502</sup> STS 16 giugno 1990 [RJ 1990, 5473].

<sup>503</sup> STS 8 febbraio 1991 [RJ 1991, 817].

<sup>504</sup> ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al*: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 261.

<sup>505</sup> STSJ Madrid 11 gennaio 2005 [JUR 2005, 60238].



Pertanto, “né nella sfiducia si possono stabilire gradi né la realtà richiede l'esistenza di un risultato”<sup>506</sup>. Ripetendo ciò che è stato reiterato: la fiducia si ha o non si ha<sup>507</sup>.

Tuttavia, questa posizione dottrinale e giurisprudenziale, nella quale non c'è spazio per l'applicazione della dottrina gradualista, non è unanime<sup>508</sup>. Esistono sentenze nelle quali si utilizza la dottrina della proporzionalità e dell'adeguatezza qualificando il licenziamento come invalido o illegittimo –soprattutto per lo scarso valore di ciò che è stato sottratto o di cui si è appropriato–<sup>509</sup>. Conforme a questa giurisprudenza si ritiene invalido o illegittimo il licenziamento nei seguenti casi<sup>510</sup>:

- In caso di sottrazione di oggetti di basso valore data l'anzianità di servizio del lavoratore, la relazione di lungo periodo e il lieve danno economico per l'impresa<sup>511</sup>, insieme con il fatto che ciò che è stato sottratto non è arrivato ad uscire dalle mura aziendali<sup>512</sup>.
- Quando il lavoratore non è mai stato sanzionato anteriormente<sup>513</sup>.
- Nel caso in cui la quantità in gioco è modesta, la mancanza di coscienza di illiceità del fatto da parte del lavoratore data la riconosciuta tolleranza e condiscendenza dell'impresa, così come il non aver camuffato l'operazione e l'intento di devoluzione della quantità<sup>514</sup>.
- Nel caso in cui il dirigente d'impresa addebita alla stessa fatture elevate di pasti con clienti e nell'abituale ristorante utilizzato per questi scopi, evidenziando l'attitudine tollerante dell'impresa<sup>515</sup>.
- Chi prende una cialda di cioccolato al supermercato<sup>516</sup>.
- Chi porta filetti di carne e fette di affettati<sup>517</sup>.
- Chi si appropria delle mance per un importo di ottocento pesetas<sup>518</sup>.
- Impiegata d'albergo che si appropria di alcuni oggetti di basso valore persi o abbandonati dai clienti<sup>519</sup>.

<sup>506</sup> STSJ Cataluña 8 febbraio 2002 [AS 2002, 1407].

<sup>507</sup> STSJ Castilla-La Mancha 28 febbraio 2002 [AS 2002, 1744] e STSJ Castilla-La Mancha 2 giugno 2005 [JUR 2005, 142354].

<sup>508</sup> STSJ Madrid 17 maggio 2005 [JUR 2005, 156144].

<sup>509</sup> ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al*: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 262.

<sup>510</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, in ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 938 e 939.

<sup>511</sup> STSJ Madrid 17 maggio 2005 [JUR 2005, 156144].

<sup>512</sup> STSJ Cataluña 12 gennaio 2005 [JUR 2005, 83748].

<sup>513</sup> STSJ Canarias/Tenerife 4 aprile 2005 [AS 2005, 906].

<sup>514</sup> STSJ Baleares 11 marzo 2005 [JUR 2005, 100564].

<sup>515</sup> STSJ Cantabria 25 aprile 2005 [AS 2005, 1196].

<sup>516</sup> STSJ Andalucía/Málaga 3 luglio 2000 [AS 2000, 3521].

<sup>517</sup> STSJ Navarra 31 ottobre 1996 [AS 1996, 3017].

<sup>518</sup> STSJ Navarra 27 settembre 1996 [AS 1996, 2793].

### 2.3 Approffittarsi del lavoratore per la propria posizione nell'impresa

La posizione o piazzamento del lavoratore nell'impresa nella quale presta i suoi servizi può essere utilizzata non solo con il proposito di arricchimento proprio ingiusto o di terzi, ma anche per la realizzazione di altri comportamenti disonesti come accedere a dati confidenziali o violare il diritto al segreto delle comunicazioni.

La partecipazione in queste attività irregolari implica una dichiarazione di legittimità del licenziamento disciplinare senza che sia necessaria una giustificazione del fatto che i dati ricavati si utilizzino per causare danno e senza la necessità che arrivino a terze persone<sup>520</sup>.

Dato che in gioco ci sono i diritti costituzionali di terzi che necessitano protezione<sup>521</sup>, in questo senso, si ritiene invalido o illegittimo il licenziamento nei seguenti casi:

- Chi accede alle caselle di posta elettronica private dei dirigenti<sup>522</sup>.
- Addetto ai controlli di sicurezza che controlla i cassetti delle scrivanie e tavoli da lavoro<sup>523</sup>.
- Chi accede a dati medici dei colleghi di lavoro<sup>524</sup>.
- Impiegato municipale che trasmette dati alla stampa riguardo i debiti di un contribuente<sup>525</sup>.
- Membro del sindacato e impiegata di banca che riferisce al suo sindacato informazioni riguardo conti correnti di diversi clienti<sup>526</sup>.

Allo stesso modo, incorre in giusta causa di licenziamento disciplinare che utilizza materiali, mezzi o strumenti dell'impresa a proprio beneficio. I mezzi che l'impresa mette a disposizione degli impiegati non possono essere utilizzati –salvo esplicita autorizzazione– a proprio vantaggio. Incorre in questa causa di licenziamento:

- Il lavoratore che a proprio beneficio utilizza “*i servizi di due lavoratori e si appropria dell'importo del rottame di proprietà dell'impresa*”<sup>527</sup>.

---

<sup>519</sup> STSJ Andalucía/Málaga 21 marzo 1994 [AS 1994, 1108].

<sup>520</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 192.

<sup>521</sup> STSJ Madrid 2 luglio 2007 [AS 2008, 924].

<sup>522</sup> STSJ Cataluña 22 luglio 2003 [AS 2003, 2992].

<sup>523</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid 14 maggio 2003 [JUR 2003, 171953].

<sup>524</sup> STSJ Madrid 11 giugno 1998 [AS 1998, 2589].

<sup>525</sup> STSJ Cataluña 25 gennaio 1999 [AS 1999, 324].

<sup>526</sup> STSJ Cataluña 30 marzo 2000 [AS 2000, 1696].

<sup>527</sup> STS 22 gennaio 1979 [RJ 1979, 218].

- Chi nell'arco di due mesi dispone del personale dell'impresa “*per ristrutturare la cucina di casa sua*” utilizzando “*muratori*” e un “*idraulico*” durante la giornata lavorativa<sup>528</sup>.
- Cacciare in periodo di divieto insieme ad altre persone quando il suo obbligo come guardia della tenuta era evitare che questo succedesse<sup>529</sup>.
- “*Disponere clandestinamente di attrezzi dell'impresa infrangendo il divieto di portarle fuori dai laboratori della stessa*”<sup>530</sup>.
- Il lavoratore che durante la giornata lavorativa usa il computer dell'impresa per fini propri ed estranei alla prestazione dei servizi<sup>531</sup>.
- Utilizzare mezzi dell'impresa per interessi propri<sup>532</sup>.
- Navigare su internet per un tempo prolungato nell'orario di svolgimento delle funzioni<sup>533</sup>.
- Usare il computer per giocare<sup>534</sup>.
- Chiamare ripetutamente concorsi televisivi<sup>535</sup>.
- Utilizzare abusivamente il telefono dell'impresa per uso particolare<sup>536</sup>.
- Realizzare chiamate telefoniche per occuparsi di un'attività proprio nel tempo di lavoro<sup>537</sup>.
- Utilizzare “*l'officina dell'impresa per riparare i veicoli dei suoi figli, familiari e amici*”<sup>538</sup>.
- Permettere l'utilizzo di veicoli a persone estranee all'impresa<sup>539</sup>.

Un comportamento diverso da quelli menzionati per i quali il lavoratore può beneficiare della posizione che occupa nell'impresa è quello che si riferisce a ciò che genericamente viene chiamato “*trattamento di favore*” –agevolare terzi creando un danno a l'imprenditore–. Consiste nell'uso deviato del potere o della fiducia che si

---

<sup>528</sup> STS 30 marzo 1981 [RJ 1981, 1694].

<sup>529</sup> STSJ Castilla-La Mancha 2 luglio 1996 [AS 1996, 2706].

<sup>530</sup> STS 14 marzo 1988 [RJ 1988, 1923].

<sup>531</sup> STS 8 ottobre 1988 [RJ 1988, 7550].

<sup>532</sup> STS 24 luglio 2001 [AS 2001, 4437].

<sup>533</sup> STSJ Galicia 30 maggio 2003 [AS 2003, 3128] e STSJ Castilla y León/Valladolid 29 gennaio 2001 [JUR 2001, 122571].

<sup>534</sup> STSJ Andalucía/Granada 19 giugno 2002 [JUR 2003, 79600].

<sup>535</sup> STSJ Galicia 30 novembre 2003 [AS 2003, 3130].

<sup>536</sup> STSJ Cataluña 21 maggio 2003 [AS 2003, 2511].

<sup>537</sup> STSJ Cataluña 17 dicembre 1997 [AS 1997, 4927].

<sup>538</sup> STSJ Murcia 15 novembre 2011 [JUR 2011, 426170] o STSJ Murcia 6 giugno 2005 [JUR 2005, 154882].

<sup>539</sup> STSJ Cataluña 8 aprile 2005 [JUR 2005, 123818].

deposita dell'impiegato da parte dell'impresa<sup>540</sup>. In questo senso, si considerano legittimi o giustificati i seguenti licenziamenti:

- Chi concede un trattamento di favore al figlio anche lui lavoratore nell'impresa<sup>541</sup>.
- Agevolare l'impresa della famiglia<sup>542</sup>.
- Effettuare operazioni bancarie con l'obiettivo di facilitare familiari quando l'impresa lo aveva assolutamente proibito<sup>543</sup>.
- Servire “*dodici pasti facendone risultare sul conto solo nove*”<sup>544</sup>.
- Lavoratore che applica uno sconto notevole triplicando il massimo proibito<sup>545</sup>.

#### 2.4 L'inganno o la bugia del lavoratore

A causa di questo comportamento la fiducia che l'imprenditore aveva depositato nell'impiegato viene intaccata dalla stessa circostanza dell'inadempimento: l'atto di ingannare o mentire. Per questo motivo per le seguenti azioni i tribunali decidono di dichiarare giustificato il licenziamento:

- Chi incorre nella mancanza di puntualità falsificando gli orari<sup>546</sup>.
- Abbandonare il posto di lavoro simulando la sua presenza e evitando il controllo di entrata e uscita<sup>547</sup>.
- Chi mente giustificando le assenze dal lavoro<sup>548</sup>.
- Chi soppianta la personalità di un altro soggetto con lo scopo di evitare sistema di controllo dei tempi<sup>549</sup>.
- Presentare un telegramma alterato per giustificare due assenze dal lavoro<sup>550</sup>.
- Modificare un certificato medico con il fine di giustificare le assenze dal lavoro<sup>551</sup>.
- Chi richiede all'impresa in modo ingannevole un permesso di tre giorni<sup>552</sup>.

---

<sup>540</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., pp. 192 e 193.

<sup>541</sup> STSJ Madrid 10 dicembre 2002 [AS 2003, 1505].

<sup>542</sup> STSJ País Vasco 27 giugno 2003 [AS 2003, 2505].

<sup>543</sup> STSJ Cataluña 31 marzo 2005 [AS 2005, 1151].

<sup>544</sup> STS 12 novembre 1983 [RJ 1983, 5594].

<sup>545</sup> STSJ Madrid 26 novembre 2002 [JUR 2003, 95811].

<sup>546</sup> STSJ País Vasco 25 marzo 2003 [JUR 2003, 149938].

<sup>547</sup> STSJ La Rioja 29 marzo 1996 [AS 1996, 489].

<sup>548</sup> STSJ Andalucía/Sevilla 29 novembre 2017 [JUR 2018, 13469] e STSJ Murcia 23 giugno 2003 [JUR 2003, 178668].

<sup>549</sup> STSJ Murcia 3 febbraio 2003 [JUR 2003, 93450].

<sup>550</sup> STS 12 dicembre 1975 [RJ 1975, 4715].

<sup>551</sup> STS 12 febbraio 1991 [RJ 1991, 827] e STSJ Madrid 12 maggio 1992 [AS 1992, 2703].

- L'impiegato che rilascia un certificato di incidente sul lavoro falsificando la firma del direttore dell'azienda<sup>553</sup>.
- Chi comunica visite non realizzate<sup>554</sup>.
- Timbrare il cartellino per una collega come se questa fosse entrata al lavoro all'ora stabilita<sup>555</sup>.
- Simulare la realizzazione di attività non sviluppate oltre che mentire nei rapporti prescrittivi<sup>556</sup>.
- Dare un certificato all'impresa dei chilometri fatti includendo quasi trecento chilometri in più rispetto a quelli percorsi<sup>557</sup>.
- Presentare varie fatture di un hotel giustificando la pernottamento di diverse notti, fatture negate dal responsabile dello stabilimento<sup>558</sup>.
- Servirsi di un certificato medico alterato con il fine di prolungare le proprie ferie<sup>559</sup>.
- Falsificare il curriculum vitae per accedere alla posizione attribuendosi titoli, meriti e conoscenze che non possiede<sup>560</sup>.
- Presentare un titolo professionale o di studi totalmente falso con il fine di essere contrattato<sup>561</sup>; incluso anche se detto titolo non fosse un requisito necessario per accedere a questo impiego<sup>562</sup>.

## 2.5 L'incapacità del lavoratore l'impiego

L'incapacità temporanea è quella situazione nella quale si trova il lavoratore mentre riceve assistenza sanitaria dalla Previdenza Sociale ed è impossibilitato a svolgere il suo lavoro<sup>563</sup>.

Durante il periodo di incapacità lavorativa, il lavoratore non percepisce salario bensì prestazioni sostitutive dello stesso che consistono in un sussidio calcolato sulle basi quotate.

---

<sup>552</sup> STS 23 settembre 1989 [RJ 1989, 6475].

<sup>553</sup> STSJ Cantabria 30 dicembre 1994 [AS 1994, 4896].

<sup>554</sup> STSJ Madrid 18 aprile 1991 [AS 1991, 2631].

<sup>555</sup> STSJ Valencia 15 ottobre 1992 [AS 1992, 5250].

<sup>556</sup> STSJ Cataluña 22 dicembre 1992 [AS 1992, 6403].

<sup>557</sup> STS 8 marzo 1983 [RJ 1983, 1120].

<sup>558</sup> STSJ Galicia 3 dicembre 1992 [AS 1992, 6153].

<sup>559</sup> STS 23 settembre 1989 [RJ 1989, 6475].

<sup>560</sup> STSJ Madrid 30 settembre 1992 [RJ 1992, 4500].

<sup>561</sup> STSJ Cataluña 16 novembre 1999 [AS 1999, 4805].

<sup>562</sup> STSJ Cataluña 6 marzo 1998 [AS 1998, 1505].

<sup>563</sup> ORTEGA LOZANO, P. G.: "El empleo durante la situación de baja por incapacidad temporal: finalización de la relación laboral por actuaciones que fragmentan la confianza deontológica", in AA. VV.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, cit., p. 978.

Pertanto, ogni occupazione o attività realizzata durante il periodo di incapacità temporanea deve essere trattata è risolta secondo le circostanze specifiche di ogni caso concreto<sup>564</sup>, valutando se lo svolgimento di detta azione, sia essa lavorativa o ludica, occasionale o frequente, per conto proprio o di altri, retribuita o gratuita, comporta l'aggravamento nel processo di cura o evidenzia l'attitudine dell'impiegato a lavorare<sup>565</sup>.

Attualmente il criterio flessibile o gradualista prevale al momento di determinare la giusta causa di licenziamento: solamente un'analisi dettagliata della malattia sofferta, dell'attività svolta, del trattamento medico raccomandato e di qualsiasi altra circostanza importante possono determinare se la condotta dell'impiegato in una situazione di incapacità temporanea riunisce la sufficiente gravità per farla creditrice della sanzione di licenziamento<sup>566</sup>.

D'accordo con detta giurisprudenza, i tribunali ritengono il licenziamento legittimo o giustificato nei seguenti casi:

- Chi essendo avvocato per conto proprio e simultaneamente dirige il dipartimento giuridico di un'impresa, nello stato di incapacità temporanea sviluppa l'attività di avvocato per conto proprio senza che l'impresa sia informata al rispetto<sup>567</sup>.
- Colui il quale asserendo –per congedarsi– di non poter guidare automobili conduce ripetutamente il proprio veicolo<sup>568</sup>.
- Colui il quale si licenzia “*per l'ansia relazionata all'ambiente lavorativo*” e lavora “*in modo regolare nell'attività*” del coniuge<sup>569</sup>.
- Colui il quale si trova senza lavoro per una contrattura muscolare cervicale lavora nello stabilimento di sua proprietà realizzando lavori simili a quelli che doveva realizzare sul suo stesso posto di lavoro<sup>570</sup>.
- Chi dovendo riposare fisicamente guida un veicolo, trasporta casse di pomodori, carica bidoni d'acqua, trasporta alpaca d'allevamento e raccogliere frutti dagli alberi<sup>571</sup>.
- Chi dovendosi astenere dall'alcol frequenta bar consumando bibite alcoliche<sup>572</sup>.

---

<sup>564</sup> STSJ Tenerife 11 maggio 2017 [JUR 2017, 223402].

<sup>565</sup> TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, Pamplona, DAPP, 2010, p. 140.

<sup>566</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., pp. 74 e 75.

<sup>567</sup> STSJ Cataluña 10 aprile 2003 [AS 2003, 1426].

<sup>568</sup> STSJ Castilla-La Mancha 3 aprile 2003 [AS 2003, 3326].

<sup>569</sup> STSJ País Vasco 29 aprile 2003 [JUR 2003, 151153].

<sup>570</sup> STSJ Murcia 7 ottobre 2003 [JUR 2003, 276095].

<sup>571</sup> STSJ Andalucía/Granada 2 settembre 2003 [JUR 2003, 250417].

<sup>572</sup> STSJ País Vasco 10 giugno 2003 [JUR 2003, 190156].

- Chi soffrendo di dolori alle cervicali, al collo, di capogiri e vertigini va a caccia trasportando il fucile<sup>573</sup>.

Tuttavia, seguendo lo stesso criterio dottrinale e giurisprudenziale, il licenziamento non è stato considerato giustificato nei seguenti casi:

- Il lavoratore in congedo medico che realizza un'attività fisica e psichica perché *“la malattia sofferta non esige un riposo assoluto”*, per il quale quelle attività, *“né sono incompatibili con la sua malattia, né comprovano competenza per il suo lavoro”*<sup>574</sup>.
- Il licenziamento di chi è in congedo per un quadro ansioso depressivo e durante il congedo *“segue dei corsi universitari”*<sup>575</sup>.
- Chi è in congedo per stress lavorativo, lavora in due occasioni nel suo proprio studio di agopuntura<sup>576</sup>.
- Chi soffre di problemi cervicali e realizza lavori per nulla forzati con un atteggiamento di evidente calma<sup>577</sup>.
- Chi con una lesione sulla mano per un incidente realizza attività normali della vita quotidiana come guidare<sup>578</sup>.

## 2.6 Abbandono del posto di lavoro

Per le conseguenze che possono derivare da un abbandono del posto di lavoro o per la necessità della prestazione dei servizi –quando non si sia potuto valutare il licenziamento con il comma a) dell'articolo 54.2 ET–, i tribunali dichiarano legittimo o giustificato le seguenti cessazioni:

- Addetto alla sicurezza che abbandona il suo servizio per alcune ore<sup>579</sup> o si addormenta<sup>580</sup>.
- Custode di un mezzo di trasporto per bambini che lascia l'autobus prima di terminare il percorso<sup>581</sup>.
- Barelliere dell'ambulanza che abbandona il posto di lavoro poco prima del supporto senza far fronte al servizio al malato<sup>582</sup>.

<sup>573</sup> STSJ Murcia 20 ottobre 2003 [JUR 2003, 276717].

<sup>574</sup> STSJ Cataluña 19 maggio 2003 [JUR 2003, 160801].

<sup>575</sup> STSJ País Vasco 6 maggio 2003 [JUR 2003, 160801].

<sup>576</sup> STSJ Cataluña 25 giugno 2003 [AS 2003, 2520].

<sup>577</sup> STSJ Asturias 13 giugno 2003 [JUR 2003, 255493].

<sup>578</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid 10 giugno 2003 [JUR 2003, 178207].

<sup>579</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid 23 giugno 2003 [JUR 2003, 178814].

<sup>580</sup> STSJ Murcia 7 ottobre 2003 [JUR 2003, 276096].

<sup>581</sup> STSJ Canarias/Tenerife 9 maggio 2002 [AS 2002, 1773].

<sup>582</sup> STSJ Andalucía/Granada 12 novembre 2003 [JUR 2003, 31172].

- Centralinista nel centro d'emergenza che lascia il suo posto per un'ora<sup>583</sup>.
- Dipendenti che chiudono il chioschetto alcune ore prima del dovuto<sup>584</sup>.
- Addetto al lavoro che lascia il suo posto per alcune ore causando disordine ai suoi subordinati<sup>585</sup>.
- Abbandono del monitor di un centro di riabilitazione per tossicodipendenti<sup>586</sup>.
- Custode notturno che riposa e dorme sul posto di lavoro<sup>587</sup>.
- Custode psichiatrico che si addormenta nel reparto di ritardo mentale<sup>588</sup>.
- Chi abbandona il suo posto di lavoro aumentando il rischio di avarie e di produzione difettosa<sup>589</sup>.
- Donna delle pulizie che abbandona per alcuni minuti il suo lavoro per realizzarne un altro per un'altra impresa<sup>590</sup>.

## 2.7 La mancanza di diligenza

Non è necessario che la condotta sia di carattere doloso quindi anche si includevano in questo precetto le azioni semplicemente negligenti quando questa negligenza è grave e ingiustificabile<sup>591</sup>.

In questo senso, un'analisi dettagliata della giurisprudenza considera legittimi i seguenti casi:

- Chi essendo capo cuoco e avvertito di sanare la mancanza di igiene nella stessa non pone rimedio<sup>592</sup>.
- Chi adotta una presenza passiva e indifferente in quanto alla realizzazione delle sue responsabilità<sup>593</sup>.
- Guidare veicoli dell'impresa senza rispettare le norme e regolamenti di circolazione<sup>594</sup>.
- Chi dimentica una prestazione richiesta<sup>595</sup>.

<sup>583</sup> STSJ Asturias 28 settembre 1992 [AS 1992, 4164].

<sup>584</sup> STSJ Galicia 22 gennaio 2000 [AS 2000, 105].

<sup>585</sup> STSJ Andalucía/Sevilla 10 ottobre 1997 [AS 1997, 5350].

<sup>586</sup> STSJ Canarias/Las Palmas 21 marzo 1995 [AS 1995, 1008].

<sup>587</sup> STSJ País Vasco 26 gennaio 2010 [AS 2010, 992] e STSJ Andalucía/Málaga 21 gennaio 2000 [AS 2000, 144].

<sup>588</sup> STSJ Cataluña 25 gennaio 2001 [AS 2001, 673].

<sup>589</sup> STSJ La Rioja 5 dicembre 2000 [AS 2000, 135].

<sup>590</sup> STSJ País Vasco 18 luglio 2000 [JUR 2001, 39318].

<sup>591</sup> STS 30 aprile 1991 [RJ 1991, 3397].

<sup>592</sup> STSJ Andalucía/Granada 17 maggio 2000 [AS 2000, 2599].

<sup>593</sup> STSJ Cataluña 2 marzo 2000 [AS 2000, 840].

<sup>594</sup> STSJ Comunidad Valenciana 11 marzo 2011 [JUR 2011, 228901].

<sup>595</sup> STSJ Madrid 20 marzo 2003 [JUR 2003, 22748].



- Chi non ottempera al suo dovere basico di bollare fatture<sup>596</sup>.
- Chi avendo in carico il dovere del riconteggio e chiusura della cassa dove si conserva il denaro disattende con il risultato di un'assoluta mancanza di controllo<sup>597</sup>.
- Chi essendo incaricato permette che si organizzino competizioni di freccette durante la giornata lavorativa<sup>598</sup>.
- Chi lavorando nella cucina di un ristorante tratta gli alimenti senza la pulizia e l'igiene dovuta<sup>599</sup>.
- Chi con funzioni di vigilanza notturna nei locali dell'impresa è sorpreso mentre dormiva dentro l'automobile<sup>600</sup>.
- Portiere notturno ritrovato a dormire in una stanza contigua alla portineria<sup>601</sup>.
- Non rimuovere un "piercing" in un paziente per utilizzare una sonda per il pericolo di abrasioni che possa comportare<sup>602</sup>.
- Confondere un bicchiere d'acqua con un altro che contiene un'altra sostanza offrendolo a un paziente<sup>603</sup>.

Al contrario, non esiste condotta negligente e non si giustifica il licenziamento nei seguenti casi:

- Lavoratore che parcheggia il furgone nel luogo dove è solito lasciare con conoscenza e senza opposizione della compagnia anche se ciò ha causato il furto della merce dal veicolo<sup>604</sup>.
- Operaio non qualificato che effettua in modo incorretto un lavoro che causa un incidente per non essere stato debitamente controllato da personale specializzato<sup>605</sup>.
- Addetto alla gastronomia che non rimuove i prodotti scaduti<sup>606</sup>.

Le suddette disobbedienze presentano un elemento in comune: il lavoratore influisce sulla colpevolezza nel grado di negligenza. L'osservazione di tutti questi inadempimenti è chiamata dalla dottrina giudiziale con il nome di "manca di diligenza".

<sup>596</sup> STSJ Cataluña 15 febbraio 2002 [JUR 2002, 120057].

<sup>597</sup> STSJ Andalucía/Sevilla 23 maggio 2002 [JUR 2003, 4671].

<sup>598</sup> STSJ Cataluña 23 novembre 2001 [JUR 2002, 28314].

<sup>599</sup> STSJ Andalucía/Málaga 17 luglio 2003 [AS 2003, 2871].

<sup>600</sup> STS 25 marzo 1985 [RJ 1985, 1381] e STSJ Castilla-La Mancha 7 aprile 2005 [JUR 2005, 99639].

<sup>601</sup> STS 24 settembre 1984 [RJ 1987, 6385].

<sup>602</sup> STSJ Madrid 19 aprile 2005 [AS 2005, 1032].

<sup>603</sup> STSJ Comunidad Valenciana 20 gennaio 2005 [AS 2005, 395].

<sup>604</sup> STSJ Madrid 8 marzo 2005 [JUR 2005, 94493].

<sup>605</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid 22 maggio 2006 [JUR 2006, 177663].

<sup>606</sup> STSJ Cataluña 22 marzo 2000 [AS 2000, 2062].

### 3. Gravità e colpevolezza

Una parte della dottrina considera che per la trasgressione della buona fede contrattuale non si applica la teoria gradualista. L'altra parte considera che per fissare l'intensità della mancanza commessa si dovrà portare a termine uno studio minuzioso dei dettagli di ogni caso concreto<sup>607</sup>.

Che dottrina opera attualmente? Oggigiorno, “*si devono ponderare tutti i suoi aspetti, oggettivi e soggettivi, quindi i più elementari principi di giustizia richiedono una perfetta proporzionalità e adeguatezza tra il fatto, la persona e la sanzione*”<sup>608</sup>.

Pertanto, il procedimento del licenziamento deve affrontare utilizzando la forma gradualista cercando la necessaria proporzione tra l'infrazione e la sanzione, applicando un criterio individualizzatore che dia valore alle peculiarità di ogni caso concreto<sup>609</sup>.

Data la diversità dei comportamenti che possono introdursi nel comma d) dell'articolo 54.2 ET –trasgressione della buona fede contrattuale e abuso di fiducia nello svolgimento del lavoro– la valutazione della gravità deve considerarsi in ciascun caso che si sta giudicando: nonostante ciò, si raccomanda fare una valutazione conforme criteri di gravità che posseggano una natura universale<sup>610</sup>.

Ma affinché un'azione o omissione del lavoratore possa essere sanzionabile con il licenziamento disciplinare gli inadempimenti lavorativi devono anche essere colpevoli. Tuttavia, anche se il testo esatto dell'articolo 54.2.d) ET potesse obbligare a credere che solamente possono incorrere nell'inadempimento contrattuale solamente le condotte maliziose o dolose, la giurisprudenza e la dottrina giudiziale hanno ammesso, in svariate occasioni, la trasgressione della buona fede contrattuale attraverso comportamenti semplicemente negligenti<sup>611</sup>: “*basta una mancanza di diligenza o una negligenza ingiustificabile nella prestazione dei servizi richiesti affinché questo possa essere ricondotto alla trasgressione della buona fede contrattuale*”<sup>612</sup>.

In effetti, si può incorrere nella causa dell'articolo 54.2.d) ET, tanto di forma intenzionale, dolosa, deliberata e cosciente di violare la buona fede; come per negligenza, imprudenza o trascuratezza, giacché il precetto solo richiede la concorrenza dell'inadempimento grave e colpevole e non un deliberato e cosciente proposito di

---

<sup>607</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., pp. 43 e 44.

<sup>608</sup> STSJ Navarra 13 dicembre 2010 [JUR 2011, 107590].

<sup>609</sup> STS 21 settembre 2017 [JUR 2017, 257363] y STS 19 luglio 2010 [RJ 2010, 7126].

<sup>610</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 201.

<sup>611</sup> STS 30 aprile 1991 [RJ 1991, 3397].

<sup>612</sup> STSJ Andalucía/Málaga 16 febbraio 2001 [JUR 2001, 169332].

calpestare il dovere di lealtà e buona fede<sup>613</sup>. In mancanza di intenzionalità e assenza di negligenza è inquestionabile che deve essere scartata la responsabilità disciplinare.

Ciò che è certo è che la giurisprudenza che applica questa ragione del licenziamento è troppo variata: in certe occasioni, di fronte dei fatti uguali, si esaminano le circostanze del caso per specificare la gravità della condotta dell'impiegato e in altri no; a volte si richiede che il lavoratore abbia agito con dolo e in altre è sufficiente la negligenza per dichiarare la legittimità del licenziamento. La conseguenza logica di questa diversità giurisprudenziale non è altro che l'evidente diminuzione della sicurezza giuridica e delle garanzie tanto dei lavoratori come degli impresari<sup>614</sup>.

---

<sup>613</sup> STS 30 aprile 1987 [RJ 1987, 2841].

<sup>614</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 49.



## CAPITOLO VII. LA CONTINUA E VOLONTARIA DIMINUZIONE NEL RENDIMENTO DEL LAVORO NORMALE O PATTUITO

**SUMARIO.** CAPITOLO VII. LA CONTINUA E VOLONTARIA DIMINUZIONE NEL RENDIMENTO DEL LAVORO NORMALE O PATTUITO. 1. Concetto e fondamento. 2. Il termine di comparazione. 2.1 Il rendimento pattuito come termine di comparazione. 2.2 Rendimento normale oggettivo –dedotto dalla produttività del resto dei lavoratori– o rendimento normale soggettivo –dedotto dallo stesso lavoratore in suddette condizioni–. 3. Gravità e colpevolezza.

L'articolo 54.2.e) ET considera inadempimento contrattuale del lavoratore ai fini del suo licenziamento, “*la continua e voluntaria diminuzione nel rendimento del lavoro normale o pattuito*”.

### 1. Concetto e fondamento

Il lavoratore è obbligato a fare tutto ciò che è nelle sue possibilità per mantenere la sua capacità produttiva<sup>615</sup>. Ai sensi di questa giusta causa, secondo modalità ordinate e durante un periodo di tempo opportuno, si deve determinare se il lavoratore svolge il suo lavoro con rendimento appropriato<sup>616</sup>.

Il rendimento è il fattore decisivo di questa giusta causa di licenziamento disciplinare<sup>617</sup>. Il rendimento del lavoratore come strumento di determinazione dell'adempimento o inadempimento del contratto lavorativo sarà totalmente vincolato con il tipo di attività lavorativa. Ad ogni modo, quale che sia l'attività che si sta svolgendo il suo rendimento si tradurrà in risultati concreti.

A volte, per il tipo di compiti o funzioni da realizzare, le condizioni di sviluppo del lavoro potranno misurarsi con facilità se mantengono forma costante –attraverso il quale si definisce il sistema di lavoro misurato<sup>618</sup>–. Tuttavia, nei luoghi in cui predomina il carattere intellettuale o commerciale, di attenzione al pubblico o dove si esige una speciale qualificazione, sarà più importante il risultato qualitativo che quantitativo: non per questo smetterà di essere il rendimento lo strumento per misurare l'adempimento o inadempimento del lavoratore. Infine, il rendimento è fonte di

<sup>615</sup> MARIA CREMADES, B.: *La sanción disciplinaria en la empresa*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1969, p. 193.

<sup>616</sup> TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “El despido disciplinario”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 70.

<sup>617</sup> STSJ Madrid 6 novembre 2017 [JUR 2018, 7396].

<sup>618</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “El rendimiento debido en la relación de trabajo”, in *Revista Española de Derecho del Trabajo*, num. 3, 1980, p. 381.

litigiosità essendo l'elemento chiave per sostenere l'inadempimento contrattuale del lavoratore<sup>619</sup>.

Oltre alle esigenze generali riferite a tutte le cause di licenziamento disciplinare dell'articolo 54 ET –inadempimento contrattuale grave e colpevole– la diminuzione possiede esigenze proprie: a) che la diminuzione del rendimento sia volontaria; b) che questa diminuzione del rendimento sia continua; e c) che la diminuzione del rendimento sia percepibile in relazione a un termine comparativo –rendimento normale o pattuito–<sup>620</sup>. Fino a questo punto è importante la comparazione tanto che senza di essa non c'è spazio al lecito esercizio dell'estinzione della relazione lavorativa<sup>621</sup>.

## 2. Il termine di comparazione

Seguendo la tendenza giurisprudenziale dominante, se ci sono difficoltà nel quantificare la diminuzione o dubbi riguardo al rendimento, è conveniente giustificare il licenziamento rifacendosi anche ad altre giuste cause. Osserviamo la fondatezza giuridica delle seguenti sentenze:

- Nel caso in cui l'inadempimento consista in “*abbandoni ingiustificati del posto di lavoro durante la giornata*”, la legittimità del licenziamento può articolarsi in quattro lettere dell'articolo 54.2 ET, concretamente a), b), d) ed e)<sup>622</sup>.
- Se la lavoratrice “*si è astenuta, malgrado fosse richiesta praticamente tutti i giorni, di fare cassa giornaliera fino al giorno del primo licenziamento*”, la sentenza potrebbe giustificarsi con le sezioni b), d) ed e) dell'articolo 54.2 ET<sup>623</sup>.
- Se il lavoratore non ha realizzato “*le liquidazioni*” e neanche ha “*inviato i rapporti del lavoro, che gli sono stati richiesti*”, il licenziamento è giustificato ai sensi delle sezioni d) ed e) dell'articolo 54.2 ET<sup>624</sup>.

Le precedenti sentenze sono l'argomento per il quale può affermarsi che, nelle relazioni lavorative nelle quali il lavoro si misura più in termini qualitativi che

---

<sup>619</sup> GARATE CASTRO, J.: “La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, in AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., pp. 254 e 255.

<sup>620</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, in ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 946.

<sup>621</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal o pactado”, in GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 117.

<sup>622</sup> STSJ La Rioja 5 dicembre 2001 [AS 2001, 135].

<sup>623</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid 17 marzo 1998 [AS 1998, 5833].

<sup>624</sup> STSJ País Vasco 20 giugno 2000 [JUR 2001, 37536].

quantitativi, è eccessivamente complicato rispettare il rigore normativo della sezione e) dell'articolo 54.2 ET<sup>625</sup>.

La diminuzione del rendimento richiede, secondo la giurisprudenza consolidata, l'esistenza di un termine di comparazione<sup>626</sup>. La sua mancanza conduce direttamente al fatto che risulta impossibile che il licenziamento disciplinare possa essere dichiarato giustificato almeno dalla sezione e). I tribunali segnalano che la “*mancanza di detto termine comparativo condurrà a dichiarare l'illegittimità del licenziamento*”<sup>627</sup>.

Di conseguenza, il termine di comparazione che il datore di lavoro indica dovrà essere appropriato. La constatazione della diminuzione del rendimento deve realizzarsi attraverso un elemento di comparazione dentro condizioni omogenee, con un livello di produttività previamente definito dalle parti, la cui determinazione rimette a parametri che, sempre dentro la necessaria relazione di omogeneità, possano vincolarsi al rendimento dello stesso lavoratore o di un altro collega di lavoro<sup>628</sup>. Inoltre, le circostanze attuali di esecuzione devono essere le stesse o simili a quelle che il lavoratore dava prestando i suoi servizi quando il suo rendimento era superiore a quello attuale<sup>629</sup>.

L'elemento di omogeneità o uniformità è una condizione importante per costituire il termine di comparazione: il lavoro di chi è licenziato deve essere omogeneo a quello che si offre come termine comparativo<sup>630</sup>. Esistono due forme per ottemperare all'omogeneità:

1. Prendere un termine di comparazione previo o anticipatamente concordato – rendimento pattuito–.
2. O prendere un termine di comparazione estratto dalla realtà sociale, imprenditoriale e lavorativa dal quale possiamo scoprire due tipi di rendimenti:
  - a. Rendimento normale in questa attività dedotto dalla redditività del resto dei lavoratori in circostanze omologabili –chiamato rendimento normale oggettivo–.
  - b. Rendimento dello stesso lavoratore in suddette condizioni anche omologabili –chiamato rendimento normale soggettivo–.

<sup>625</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., pp. 208 e 209.

<sup>626</sup> STSJ Andalucía/Granada 11 marzo 2015 [AS 2015, 1194].

<sup>627</sup> STSJ Canarias/Tenerife 21 febbraio 1997 [AS 1997, 413].

<sup>628</sup> STS 25 gennaio 1988 [RJ 1988, 43].

<sup>629</sup> ALZAGA RUIZ, I.: “La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, in GIL Y GIL, J. L. (Coord.) e DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 189.

<sup>630</sup> STSJ Extremadura 28 novembre 2017 [JUR 2018, 11015].

Non è accettabile che l'imprenditore realizzi una comparazione se le circostanze o condizioni di esecuzione delle prestazioni anteriori e l'attuale sono differenti, dunque in questo caso, il risultato per determinare il rendimento sarebbe fuorviante<sup>631</sup>.

## 2.1 Il rendimento pattuito come termine di comparazione

Il termine comparativo può inserirsi nel contratto individuale di lavoro o nel contratto collettivo dell'impresa. La questione fondamentale radica nella possibile esistenza di abusività o illegittimità di ciò che è stato concordato<sup>632</sup>.

Se il rendimento concertato risulta essere eccessivo e smisurato, per l'impossibilità di raggiungerlo o perché il raggiungimento risulta da un impegno globale, perde la sua validità come termine comparativo con effetto di licenziamento: sono frequenti le sentenze che dichiarano il licenziamento invalido o illegittimo per qualificare la clausola di rendimento "abusiva"<sup>633</sup>.

Se è stata pattuita una clausola di rendimento minimo in contratti o convenzioni, l'imprenditore potrà procedere alla cessazione della relazione lavorativa, ma non in modo autonomo bensì attraverso le caratteristiche richieste dal licenziamento disciplinare –gravità e colpevolezza, espresse in termini di continuità e volontarietà–<sup>634</sup>.

Per la validità dell'accordo in relazione al rendimento pattuito tra datore di lavoro e lavoratore la dottrina giurisprudenziale richiede una serie di requisiti<sup>635</sup>:

1. Che la clausola di rendimento si trovi debitamente dettagliata ed esplicitata nel contratto<sup>636</sup>.
2. Che il rendimento pattuito sia ragionevole e opportuno; al contrario, si definirà abusiva la clausola di rendimento<sup>637</sup>. Ma il rendimento pattuito risulta lecito se la produttività nel contratto di lavoro è stata mantenuta dall'impiegato negli anni precedenti<sup>638</sup>.

---

<sup>631</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal o pactado", in GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 119.

<sup>632</sup> STSJ Comunidad Valenciana 3 aprile 2017 [JUR 2017, 151763].

<sup>633</sup> STSJ Cataluña 21 giugno 2001 [AS 2001, 3226].

<sup>634</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal o pactado", in GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 122 e 123.

<sup>635</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: "El despido disciplinario", in ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 955.

<sup>636</sup> STSJ Cantabria 3 maggio 2005 [AS 2005, 858].

<sup>637</sup> STSJ Madrid 14 ottobre 2003 [AS 2004, 747].

<sup>638</sup> STSJ Andalucía/Málaga 23 gennaio 2003 [AS 2003, 1374].



3. Che la remunerazione sia proporzionata e adeguata al rendimento che si richiede<sup>639</sup>.
4. Che non ci siano ragioni estranee alla volontà del lavoratore nella diminuzione del rendimento<sup>640</sup>. Ossia, se la diminuzione riguarda una causa imputabile all'impresa, il licenziamento disciplinare non potrà dichiararsi giustificato<sup>641</sup>.

Pertanto, quando si ammette la validità e la legalità di un patto riguardante il rendimento, nel caso in cui l'impiegato non raggiungesse gli obiettivi, l'imprenditore se gli risulterà conveniente potrà estinguere il contratto di lavoro attraverso il licenziamento disciplinare in conformità alla condizione risolutiva stipulata.

## **2.2 Rendimento normale oggettivo –dedotto dalla produttività del resto dei lavoratori– o rendimento normale soggettivo –dedotto dallo stesso lavoratore in suddette condizioni–**

Tradizionalmente si sono utilizzati due criteri con i quali determinare il rendimento normale sviluppato dal lavoratore: oggettivo e soggettivo<sup>642</sup>. Se il licenziamento del lavoratore si realizza in base alla diminuzione del rendimento normale, il termine di comparazione della redditività può proiettarsi alla comparazione con il rendimento di altri lavoratori in condizioni omologabili –rendimento normale oggettivo– o nel rendimento precedente dello stesso lavoratore –rendimento normale–.

Nel rendimento normale oggettivo, la comparazione si svilupperà rispetto ad altri lavoratori della stessa impresa o luogo di lavoro che realizzino mansioni simili e per lo stesso intervallo di tempo. In questo modo, è stato rifiutato il termine comparativo nei seguenti casi:

- Quando è proiettato a “*periodi distinti*”<sup>643</sup>.
- Quando non c'è similitudine nel carico di lavoro<sup>644</sup>.
- Perché mentre l'impiegato lavorava da solo, “*i suoi colleghi l'hanno fatto in squadra*”<sup>645</sup>.
- Per prendere in considerazione diversi tipi di lavori e per aver realizzato il lavoratore licenziato quelli di maggior difficoltà<sup>646</sup>.

<sup>639</sup> STSJ Madrid 14 ottobre 2003 [AS 2004, 747].

<sup>640</sup> STSJ Cantabria 3 maggio 2005 [AS 2005, 858].

<sup>641</sup> STSJ Andalucía/Málaga 24 maggio 2017 [JUR 2017, 306137].

<sup>642</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal o pactado”, in GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 124.

<sup>643</sup> STSJ Galicia 3 marzo 2003 [JUR 2003, 193477].

<sup>644</sup> STSJ Galicia 8 novembre 2001 [JUR 2001, 320003].

<sup>645</sup> STSJ Comunidad Valenciana 3 luglio 1998 [AS 1998, 3261].

- Per comparare il rendimento del lavoratore che ha appena cambiato posto di lavoro con quello dei colleghi che hanno esercitato queste stesse funzioni per anni<sup>647</sup>.
- Per comparare il rendimento dell'impiegato con quello di un'altra persona nell'arco di un unico giorno<sup>648</sup>.

Tuttavia, si trasforma in criterio comparativo totalmente valido se il rendimento è stato ideato dal “*resto dei colleghi che realizzavano le stesse funzioni di vendita, e mediante lo stesso sistema di distribuzione e di aggiudicazione dei clienti*”<sup>649</sup>; o per quello del “*gruppo nel quale è inserito*”<sup>650</sup>.

Nel complesso, si richiede “*la prova di un antecedente, il rendimento normale, quella di un accadimento coevo, la parità di condizioni, e quella di una conseguenza, il rendimento inferiore*”<sup>651</sup>.

Nel rendimento normale soggettivo, la comparazione si realizzerà analizzando il rendimento tradizionale e il rendimento abituale dello stesso lavoratore. Affinché questo termine comparativo sia legittimo, deve esserci qualche cambiamento di rendimento rilevante tra il passato preso in considerazione e il presente. Se “*l'impresa mantiene un'alta competitività, il campo d'azione del lavoratore non è stato limitato*” e le sue “*condizioni di lavoro sono le stesse*”<sup>652</sup>, il periodo anteriore e posteriore sono perfettamente comparabili<sup>653</sup>.

D'altro canto, è anche possibile che il datore di lavoro per giustificare il mancato raggiungimento del rendimento richiesto offra al lavoratore un gruppo di elementi. È possibile che la diminuzione del rendimento nel lavoro venga stabilita “*in relazione a due elementi di comparazione: il rendimento minimo richiesto ai sensi della convenzione e il rendimento medio del resto dei lavoratori della sua sezione*”<sup>654</sup> –ossia, rendimento pattuito e rendimento normale oggettivo–. Inoltre la diminuzione del rendimento può anche determinarsi a causa delle seguenti possibilità: il rendimento anteriore dello stesso lavoratore –rendimento normale soggettivo–; e quello normale dei colleghi di lavoro –rendimento normale oggettivo–; o il rendimento minimo richiesto

---

<sup>646</sup> STS 13 ottobre 1989 [RJ 1989, 7173].

<sup>647</sup> STSJ Andalucía/Málaga 23 ottobre 1992 [AS 1992, 5042].

<sup>648</sup> STS 10 ottobre 1989 [RJ 1989, 7151].

<sup>649</sup> STSJ Canarias/Tenerife 12 maggio 2002 [AS 2002, 2087].

<sup>650</sup> STSJ Cataluña 2 febbraio 1999 [AS 1999, 5736].

<sup>651</sup> STSJ Madrid 6 febbraio 1992 [AS 1992, 968].

<sup>652</sup> STSJ Andalucía/Granada 21 febbraio 2000 [AS 2000, 1313].

<sup>653</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 211.

<sup>654</sup> STSJ Cataluña 13 marzo 2002 [AS 2002, 1572].

tramite accordo –rendimento pattuito– e il rendimento anteriore dello stesso impiegato –rendimento normale soggettivo–.

Il principale problema che si trova di fronte alle diverse possibilità di delimitazione del rendimento è quale –fra quelle esistenti– deve essere utilizzata, in altri termini, se si trova un criterio preferente al momento di chiarire l'esistenza della diminuzione del rendimento. A livello dottrinale troviamo opinioni contrastanti. Non esiste neanche una risposta uniforme da parte dei tribunali.

La giurisprudenza non è entrata nel merito della questione, limitandosi solo a definire i criteri di comparazione senza indicare una preferenza verso l'uno o l'altro. Pertanto, si trova una relazione non esclusiva tra i diversi criteri in modo che questi si completino fra loro<sup>655</sup>. In conclusione, ciò che è importante è che ci sia un termine comparativo adeguato che provi l'esistenza della diminuzione del rendimento.

### 3. Gravità e colpevolezza

Nella determinazione della gravità, una volta che il termine di comparazione è riconosciuto come adeguato e può constatarsi che il rendimento del lavoratore è inferiore a quello abituale –che sia rendimento pattuito o normale–, affinché il licenziamento possa essere dichiarato giustificato si devono ancora riunire due requisiti supplementari, vale a dire: a) che la diminuzione del rendimento del lavoratore sia considerevole<sup>656</sup>; e b) che detta diminuzione sia continua –si mantiene per un periodo di tempo ragionevole–<sup>657</sup>.

L'entità o l'importanza della diminuzione del rendimento è solita calcolarsi in termini quantitativi. Non esiste una regola generale che determini una percentuale esatta, al di sotto della quale, una diminuzione del rendimento è considerata significativa o di gravità sufficiente per giustificare il licenziamento.

Dallo sviluppo delle sentenze dei tribunali spagnoli possiamo estrarre un certo criterio orientativo, in virtù del quale, diminuzioni del rendimento nel lavoro inferiori al 10 per cento, rispetto a un rendimento medio, non sono solite riunire i requisiti necessari per la gravità che si richiede. Invece, se la diminuzione del rendimento supera il 20 per cento, si soddisfano i requisiti necessari per qualificare questa riduzione di gravità sufficiente<sup>658</sup>.

<sup>655</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal o pactado”, in GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 121 e 122.

<sup>656</sup> STSJ Andalucía/Málaga 8 novembre 2012 [JUR 2013, 251504].

<sup>657</sup> STSJ Comunidad Valenciana 20 luglio 2017 [JUR 2017, 295123].

<sup>658</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., pp. 212 e 213.

Se una lavoratrice “*la maggior parte delle volte si trova fra valori che oscillano tra 90 e 96*”, il suo rendimento si qualifica come “*leggermente al di sotto del normale stabilito su 100*”; ma quando questa stessa lavoratrice manifesta una riduzione “*trovandosi fra valori che oscillano tra 65 e 76*”, il licenziamento si considera giustificato<sup>659</sup>. Sono giustificati anche i seguenti licenziamenti: “*per quantificare il lavoro degli altri lavoratori in un 95%*” e il lavoratore licenziato “*in un 30 o 40%*”<sup>660</sup>; per aver venduto solo 5 immobili in un anno contro una media di 20 per ognuno degli altri quattro lavoratori comparabili<sup>661</sup>; o perché trattandosi di una squadra di costruzioni formata da due dirigenti e un manovale raggiungono rendimenti inferiori al 50 per 100 del normale<sup>662</sup>.

Ma affinché la diminuzione del rendimento del lavoratore possa considerarsi giusta causa di licenziamento disciplinare deve essere sviluppata in modo continuo. Pertanto, si esclude la possibilità di sanzionare con licenziamento quelle diminuzione del rendimento che siano sporadiche, fortuite o di breve durata<sup>663</sup>.

Per diminuzione continua possiamo intendere quella riduzione della produttività lavorativa che si prolunga in uno spazio di tempo più che sufficiente e ragionevole, per il quale, in questo modo, non potrà imputarsi detta diminuzione a una situazione eventuale o al fatto che si sia sviluppata in un breve lasso di tempo<sup>664</sup>. Il problema si radica nel fatto che la legge non proporziona elementi di misura di tale continuità<sup>665</sup>: non troviamo nel ET un riferimento al lasso di tempo che deve durare la diminuzione del rendimento ma la regola generale si raccoglie nella dottrina giurisprudenziale quando si chiarisce che la continuità nella diminuzione si deve produrre in un periodo di tempo sufficiente per rivelare che non è occasionale<sup>666</sup>.

La dottrina giudiziale opera con parametri di flessibilità e duttilità: ad esempio, per le attività commerciali<sup>667</sup> o per il lavoro in fabbrica<sup>668</sup>, il periodo di tempo preso in considerazione deve essere di alcuni mesi; per i settori di opere e costruzioni<sup>669</sup> o per

---

<sup>659</sup> STSJ Castilla-La Mancha 30 gennaio 2003 [JUR 2003, 128590].

<sup>660</sup> STSJ Andalucía/Sevilla 19 febbraio 1999 [AS 1999, 5720].

<sup>661</sup> STSJ Canarias/Tenerife 12 maggio 2002 [AS 2002, 2087].

<sup>662</sup> STSJ Aragón 22 settembre 1993 [AS 1993, 407].

<sup>663</sup> GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 43.

<sup>664</sup> STS 30 novembre 1987 [RJ 1987, 8088].

<sup>665</sup> CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, cit., p. 175.

<sup>666</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, in ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 951.

<sup>667</sup> STSJ Canarias/Tenerife 12 maggio 2002 [AS 2002, 3139].

<sup>668</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid 28 maggio 2001 [AS 2001, 2486].

<sup>669</sup> STSJ Aragón 22 settembre 1993 [AS 1993, 4071].

lavori di pasticceria<sup>670</sup>, è sufficiente la diminuzione del rendimento valutato in lassi di tempo più brevi, concretamente, alcune settimane. Nel complesso, la diminuzione continua nel rendimento sarà quella che si prolunga nello spazio prudenziale e non quella di carattere puntuale, cosicché, l'adempimento carente non potrà essere eventuale, occasionale o temporale<sup>671</sup>.

In tal senso, i tribunali hanno considerato giustificato o legittimo il licenziamento non solamente per periodi prolungati di mesi<sup>672</sup>, ma anche di settimane o giorni<sup>673</sup>; nonostante ciò, in altre occasioni e trattandosi anche dello stesso periodo di tempo, i tribunali hanno dichiarato il licenziamento invalido per comprendere la mancata concorrenza del requisito della continuità quando la diminuzione del rendimento dura quattro giorni<sup>674</sup>, per dieci giorni quando si tratta di un modello nuovo nel mercato<sup>675</sup> o anche per mesi<sup>676</sup>. Non c'è dubbio che la diminuzione del rendimento per un solo giorno non può giustificare il licenziamento non soddisfacendo il requisito della continuità<sup>677</sup>.

Nella determinazione della colpevolezza affinché la diminuzione del rendimento del lavoratore possa considerarsi giusta causa di licenziamento, questa deve essere volontaria<sup>678</sup>.

Gli inadempimenti volontari sono quelli che si producono per un comportamento premeditato e facoltativo o, perlomeno, in modo cosciente dato che il lavoratore può migliorare il suo rendimento se lo vuole<sup>679</sup>.

Il fatto che la diminuzione del rendimento debba imputarsi al comportamento volontario del lavoratore non significa che si richieda dolo o animo di far del male, bensì che incorre anche in giusta causa di licenziamento chi agisce con una mancanza di diligenza nello svolgimento delle sue mansioni. Pertanto, la volontarietà si attribuisce al

<sup>670</sup> STSJ Cantabria 30 maggio 2001 [JUR 2001, 215449].

<sup>671</sup> ALZAGA RUIZ, I.: "La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de trabajo normal o pactado", in GIL Y GIL, J. L. (Coord.) e DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 197.

<sup>672</sup> STS 6 ottobre 1987 [RJ 1987, 6835].

<sup>673</sup> STS 30 settembre 1982 [RJ 1982, 5323].

<sup>674</sup> STS 8 luglio 1982 [RJ 1982, 4573].

<sup>675</sup> STS 13 febbraio 1990 [RJ 1990, 913].

<sup>676</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid 26 gennaio 2004 [JUR 2004, 70605].

<sup>677</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 300.

<sup>678</sup> STSJ Galicia 19 dicembre 2014 [AS 2014, 276].

<sup>679</sup> OJEDA AVILÉS, A.: "El despido por bajo rendimiento: un análisis comparado", in *Revista Laboral*, num. 1, 1993, p. 353.

lavoratore tanto in casi di dolo come di negligenza sprovvista di qualsiasi intenzione di causare un danno all'impresa<sup>680</sup>.

In altri termini, l'inadempimento colpevole è, essenzialmente, un inadempimento volontario. Ad esempio, si dà valore alla volontarietà e continuità nella diminuzione del rendimento se gli impiegati si presentano al lavoro in condizioni “*di mancanza di riposo –che determina una riduzione del rendimento– per una sua libera decisione di dedicarsi ad attività di costruzione nelle ore di tempo libero*”<sup>681</sup>.

La volontarietà della riduzione del rendimento del lavoratore rimane scartata in una serie di casi<sup>682</sup>: quando il rendimento del lavoratore decresce per motivi estranei allo stesso tali come difetti nella struttura produttiva dell'impresa<sup>683</sup>; quando si deve alla malattia del lavoratore<sup>684</sup>; quando la riduzione del rendimento del lavoratore si produce per le conseguenze di un incidente subito precedentemente<sup>685</sup>; o quando la sua origine è vincolata a decisioni imprenditoriali in materia di mobilità funzionale che non danno al lavoratore un periodo di adattamento sufficiente e adeguato ai suoi nuovi compiti<sup>686</sup>.

---

<sup>680</sup> GÁRATE CASTRO, J.: “La voluntariedad como nota definitoria del despido por disminución del rendimiento”, in *Revista de Política Social*, num. 130, 1981, p. 237.

<sup>681</sup> STS 28 marzo 1985 [RJ 1985, 1405].

<sup>682</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, in ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 949.

<sup>683</sup> STSJ Baleares 28 giugno 2004 [AS 2004, 2121] o STSJ Canarias/Las Palmas 3 maggio 2004 [AS 2004, 2030].

<sup>684</sup> STSJ Cantabria 29 aprile 2005 [JUR 2005, 113362].

<sup>685</sup> STSJ Madrid 19 ottobre 2004 [AS 2004, 2846].

<sup>686</sup> STS 18 aprile 1991 [RJ 1991, 3375] o STSJ Madrid 5 aprile 2005 [AS 2005, 754].







## CAPITOLO VIII. UBRIACHEZZA ABITUALE O TOSSICODIPENDENZA SE INCIDONO NEGATIVAMENTE SUL LAVORO

**SUMARIO.** CAPITOLO VIII. UBRIACHEZZA ABITUALE O TOSSICODIPENDENZA SE INCIDONO NEGATIVAMENTE SUL LAVORO. 1. Concetto e fondamento. 2. L'abitudine nell'ubriachezza o nella tossicodipendenza. 3. La ripercussione negativa sul lavoro. 4. Gravità e colpevolezza.

L'articolo 54.2.f) ET considera inadempimento contrattuale del lavoratore ai fini del licenziamento *“l'ubriachezza abituale o tossicodipendenza se incidono negativamente sul lavoro”*.

### 1. Concetto e fondamento

Il fondamento della causa di licenziamento disciplinare sancita dalla lettera f) dell'articolo 54.2 ET non deve nascondersi dietro la recriminazione che conformemente ad alcuni codici etici possono meritare l'alcolismo o la tossicodipendenza. Il bene giuridico che si tutela in questa lettera non è la morale, né le buone abitudini, ma l'impresa in quanto struttura organizzata di lavoro.

Addentrando nei concetti teorici, per ubriachezza si intende l'alterazione temporanea delle forze, conseguenze dell'eccesso di vino o altro tipo di bevanda alcolica bevuta<sup>687</sup>. L'ubriachezza si differenzia dall'alcolismo in quanto questo è una malattia cronica. Ciò non significa che l'alcolismo non venga compreso dall'articolo 54.2.f) ET<sup>688</sup>: la dottrina giurisprudenziale ha esteso il licenziamento all'alcolismo in quanto il comportamento che assume il lavoratore nel contrarre la malattia è volontario<sup>689</sup>.

Ciò che viene sanzionato non è il bere abitualmente ma l'ubriachezza abituale – alterazione temporanea delle facoltà– essendo evidente che questa espressione equivalga al fatto di ubriacarsi assiduamente<sup>690</sup>.

Non raggiungendosi il numero di situazioni nelle quali deve manifestarsi l'ubriachezza per poter essere considerata abituale, la giurisprudenza accoglie una serie di orientamenti<sup>691</sup>: l'attività isolata del lavoratore non è considerabile causa di

---

<sup>687</sup> Secondo il dizionario dell'Accademia Spagnola (RAE).

<sup>688</sup> STSJ Extremadura 2 luglio 1996 [AS 1996, 2732] riferendosi alla STS 3 giugno 1963 [RJ 1963, 2655].

<sup>689</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., pp. 225 e 226.

<sup>690</sup> GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 47.

<sup>691</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, in ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 958.

licenziamento disciplinare per ubriachezza abituale<sup>692</sup>; non è nemmeno sinonimo di abitudine presentarsi due volte ubriaco al lavoro; anche se uno dei modi più frequenti di manifestare l'abitudine dell'ubriachezza come causa di licenziamento risiede nella ripetizione del comportamento dopo che il lavoratore è stato avvertito delle conseguenze che possono derivare da detto comportamento<sup>693</sup>.

Per tossicodipendenza si intende la dipendenza patologica da sostanze che procurano sensazioni che sopprimono il dolore<sup>694</sup>. In questo modo, la tossicodipendenza presuppone di per sé l'abitudine<sup>695</sup>. Ragion per cui, se viene meno l'abitudine non può essere un comportamento identificato dalla causa dell'articolo 54.2.f) ET, essendo invalido o illegittimo il licenziamento basato sul fatto di aver fumato hashish un giorno solo sul luogo di lavoro<sup>696</sup>. Se l'unico fatto dimostrabile è che il lavoratore licenziato fumava hashish “*in maniera isolata e sporadica durante il pomeriggio e avendo terminato la giornata lavorativa*”, risulta che manchi l'elemento che indichi che il lavoratore sia tossicodipendente<sup>697</sup>.

Ma conviene tener in conto che, allo stesso modo che l'abitudine nell'ubriachezza, in merito alla tossicodipendenza esistono sentenze nelle quali il mero fatto di provocare una situazione di pericolo sul lavoro per aver ingerito droga potrebbe essere indicato come giusta causa di licenziamento disciplinare, anche se il lavoratore non fosse tossicodipendente<sup>698</sup>.

## **2. L'abitudine nell'ubriachezza o nella tossicodipendenza**

Affinché l'ubriachezza o la tossicodipendenza possano essere considerate giuste cause di licenziamento disciplinare devono rispettare i due requisiti richiesti dalla legge: abitudine e ripercussione negativa sul lavoro.

Il fatto che il lavoratore si presenti in stato di ubriachezza o si ubriachi durante la giornata lavorativa, in modo sporadico, non rispetta il requisito di abitudine richiesto dalla lettera f) dell'articolo 54.2 ET<sup>699</sup>. In questi casi, se si tratta di un fatto isolato, la

---

<sup>692</sup> STSJ País Vasco 26 ottobre 2004 [AS 2004, 3585].

<sup>693</sup> STSJ Cantabria 21 gennaio 2004 [JUR 2004, 80446].

<sup>694</sup> Secondo il dizionario dell'Accademia Spagnola (RAE).

<sup>695</sup> STSJ Canarias/Tenerife 11 novembre 2016 [JUR 2017, 222666].

<sup>696</sup> STSJ Andalucía/Sevilla 10 gennaio 2007 [JUR 2007, 116616].

<sup>697</sup> STSJ Cataluña 27 giugno 2003 [AS 2003, 2284].

<sup>698</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, in ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al.*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 961.

<sup>699</sup> STSJ Baleares 4 marzo 2016 [JUR 2016, 108410].

cosa più adeguata è tentare di giustificare il licenziamento come una forma di trasgressione della buona fede contrattuale<sup>700</sup> –lettera d) dell’articolo 54.2 ET–<sup>701</sup>.

Ma i tribunali non esigono l'abitudine quando la ripercussione negativa sul lavoro è di tale trascendenza che risulta impossibile che il lavoratore possa continuare ad esercitare le sue funzioni nell'impresa. Inoltre, l'esigenza di abitudine è ancor più necessaria nei casi in cui gli impiegati svolgono mansioni che possono implicare un danno a persone terze: in questi casi si giustifica la sanzione disciplinare massima anche se l'ubriachezza è incorsa una volta sola<sup>702</sup>.

A questi lavoratori si richiede un assoluto dovere di astinenza alcolica o di consumo di qualsiasi tipo di stupefacente per il fatto di porre in pericolo persone terze<sup>703</sup>. Con quanto detto possiamo concludere che l'abitudine nello stato di ubriachezza non è applicabile, per esempio, quando si tratta di un conducente di un qualsiasi mezzo di trasporto<sup>704</sup>.

### 3. La ripercussione negativa sul lavoro

La ripercussione negativa sul lavoro è l'elemento fondamentale per determinare se esista o meno giusta causa di licenziamento.

L'esigenza di conseguenze negative sul lavoro non implica che tale ubriachezza o tossicodipendenza debbano presentarsi durante l'orario di lavoro; possono verificarsi fuori da questo ma avere ripercussioni negative sul lavoro<sup>705</sup>.

La ripercussione negativa sul lavoro, normalmente, è accompagnata dalla riduzione del rendimento<sup>706</sup>, dall'aumento della sinistrosità<sup>707</sup> o dal pericolo per la salute o per la sicurezza di terzi<sup>708</sup>. Inoltre, né l'imprenditore, né i colleghi di lavoro, hanno l'obbligo di sopportare lo stato di ubriachezza o dipendenza dalle droghe di un altro lavoratore<sup>709</sup>. La ripercussione negativa può dedursi dalle lamentele degli stessi

<sup>700</sup> STSJ Castilla-La Mancha 20 gennaio 2004 [AS 2004, 67].

<sup>701</sup> NORES TORRES, L. E.: “La embriaguez y la toxicomanía como causas de despido disciplinario”, in *Revista española de drogodependencias*, num. 3 e 4, 2004, p. 281. STSJ Cataluña 5 marzo 1992 [AS 1992, 1680].

<sup>702</sup> STSJ Canarias/Tenerife 4 ottobre 2001 [AS 2001, 4644].

<sup>703</sup> STSJ Cataluña 21 marzo 2016 [JUR 2016, 121586].

<sup>704</sup> STSJ Madrid 5 luglio 1994 [AS 1994, 3136].

<sup>705</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, in ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al.*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 961. In tal senso, STSJ Asturias 9 luglio 2004 [AS 2004, 2539].

<sup>706</sup> STSJ Canarias/Tenerife 28 aprile 2005 [JUR 2005, 128937].

<sup>707</sup> STSJ Murcia 9 febbraio 2004 [JUR 2004, 92206].

<sup>708</sup> STSJ Valencia 10 maggio 2000 [JUR 2000, 292646].

<sup>709</sup> STSJ Valencia 17 novembre 1999 [AS 1999, 7489].

colleghi<sup>710</sup>: ad esempio, per il basso rendimento o per il pericolo che può supporre lavorare insieme a questo –probabilità di aumentare il numero di incidenti o lesioni a sé stesso o a terzi<sup>711</sup>– che genera malessere nella convivenza lavorativa<sup>712</sup>.

Un altro fattore importante in merito alla ripercussione negativa sul lavoro e il riferimento “*all'immagine dell'impresa*” e al suo “*buon nome*”. Logicamente, tutto dipenderà dal tipo di lavoro compiuto in quanto esistono casi in cui la condotta privata del lavoratore può chiaramente causare gravi danni all'immagine dell'impresa e per i quali, pertanto, è giustificata l'associazione del buon nome o prestigio della stessa come modo di manifestare la ripercussione negativa<sup>713</sup>.

Un caso degno di nota sono le imprese di servizi dove l'impiegato ha una relazione diretta con i clienti<sup>714</sup>: la ripercussione negativa dovuta allo stato di ubriachezza o tossicodipendenza da parte del lavoratore può causare perdita di clientela<sup>715</sup>.

#### 4. Gravità e colpevolezza

Affinché il comportamento della lettera f) dell'articolo 54.2 ET acquisisca la rilevanza pertinente –determinazione della gravità– con la quale costituire una giusta causa di licenziamento devono rispettarsi due requisiti: abitualità e ripercussione negativa sul lavoro. Requisiti –entrambi– che dovranno essere provati dal datore di lavoro ricadendo l'onere della prova su questo.

L'abitualità deve andar connessa all'ubriachezza. Possiamo incontrare questa abitualità nei comportamenti dei lavoratori ubriachi che reiterano la condotta durante un determinato periodo di tempo continuato. I tribunali si riferiscono ai termini di “*persistenza con intervalli normali più o meno regolari*”<sup>716</sup>; conformemente, possiamo relazionare l'abitualità quando in una relazione lavorativa per un periodo di tempo di tre mesi si è scoperto il lavoratore in tre occasioni in stato di ubriachezza<sup>717</sup>. Al contrario, non si parla di requisito di abitualità quando ci troviamo di fronte a “*due episodi di ubriachezza in un periodo di undici mesi e un ulteriore di un anno e mezzo prima*”<sup>718</sup>.

---

<sup>710</sup> STSJ Galicia 8 novembre 2013 [AS 2014, 100].

<sup>711</sup> STSJ Murcia 9 febbraio 2004 [JUR 2004, 92206].

<sup>712</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 236.

<sup>713</sup> STSJ Andalucía/Málaga 9 giugno 2000 [AS 2000, 3501].

<sup>714</sup> STSJ Murcia 18 maggio 1992 [AS 1992, 2416].

<sup>715</sup> STSJ Andalucía/Málaga 9 giugno 2000 [AS 2000, 3501].

<sup>716</sup> STSJ Madrid 10 aprile 2003 [AS 2003, 3086].

<sup>717</sup> STSJ Comunidad Valenciana 27 luglio 2001 [JUR 2001, 57815].

<sup>718</sup> STSJ Extremadura 9 aprile 2002 [AS 2002, 2152].

Nel caso di tossicodipendenza, i tribunali ritengono che la perdita o il deterioramento delle facoltà si produce automaticamente una volta consumata la droga. Fumare tre sigarette di marijuana durante il lavoro in un intervallo di poco più di un mese dal contratto “*rivela un’abitudine*”<sup>719</sup>.

La ripercussione negativa trascende in circostanze in cui si considera molto grave l’ubriachezza o la tossicodipendenza anche se si produce una sola volta nella vita lavorativa del lavoratore: accadde quando ci troviamo di fronte un conducente di trasporti pubblici che guida ubriaco<sup>720</sup>, o conducenti di treni o metro<sup>721</sup>, o addetti alla sicurezza armati<sup>722</sup>. Ciò non pregiudica l’eventuale affinché, nel caso in cui il licenziamento disciplinare non possa essere giustificato dalla lettera f) dell’articolo 54.2 ET, possa basarsi in altri commi dello stesso precetto<sup>723</sup>.

La ripercussione negativa sul lavoro è una prova che risulta semplice da dimostrare all’imprenditore, soprattutto, quando le situazioni di ubriachezza sopravvengono durante la giornata lavorativa del lavoratore. In questo senso, le seguenti sentenze considerano che sussiste una ripercussione negativa sul lavoro:

- Lamentele dei clienti rispetto all’odore o al comportamento del lavoratore<sup>724</sup>.
- Generare conflitti con colleghi<sup>725</sup>.
- Danni a elementi materiali dell’impresa<sup>726</sup>.
- Squilibri nell’orario e nella condotta di lavoro<sup>727</sup>.
- Rischi per la sicurezza nel caso in cui si permetta al lavoratore ubriaco di portare a compimento i suoi obblighi<sup>728</sup>.
- Negligenza nella mancanza di rispetto delle regole essenziali della sua professione o attività<sup>729</sup>.
- Creare situazioni di rischio per se stessi<sup>730</sup>.
- Equivoco riguardo la prestazione del servizio da realizzare<sup>731</sup>.

<sup>719</sup> STSJ País Vasco 12 dicembre 2000 [AS 2001, 2974].

<sup>720</sup> STSJ Cataluña 16 aprile 2002 [AS 2002, 1988].

<sup>721</sup> STSJ Madrid 5 luglio 1994 [AS 1994, 3136].

<sup>722</sup> STSJ Cataluña 21 marzo 2007 [AS 2000, 5537].

<sup>723</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 218.

<sup>724</sup> STSJ Extremadura 9 aprile 2002 [AS 2002, 2152].

<sup>725</sup> STSJ País Vasco 12 dicembre 2000 [AS 2001, 2974].

<sup>726</sup> STSJ Madrid 10 gennaio 2003 [AS 2003, 1464].

<sup>727</sup> STSJ Comunidad Valenciana 17 novembre 1999 [AS 1999, 7486].

<sup>728</sup> STSJ Extremadura 27 marzo 1998 [AS 1998, 939] e STSJ Cantabria 17 novembre 1993 [AS 1993, 4771].

<sup>729</sup> STSJ Extremadura 9 aprile 2002 [AS 2002, 2152].

<sup>730</sup> STSJ País Vasco 12 dicembre 2000 [AS 2001, 2974].

- Mancanza di rendimento per impiegare il tempo della giornata lavorativa a bere alcolici<sup>732</sup>.

In caso di situazioni di ubriachezza o tossicodipendenza fuori dall'impresa e senza che ciò affetti la giornata lavorativa, la dottrina della ripercussione negativa torna ad essere molto più esigente<sup>733</sup>. Ciò si deve al fatto che queste situazioni penetrano nella sfera della vita privata dell'impiegato<sup>734</sup>.

Nella determinazione della colpevolezza troviamo una difficoltà ulteriore: se l'inadempimento viene a crearsi per una condotta patologica, da una prospettiva giuridica, risulterà abbastanza complesso incriminare un malato<sup>735</sup>. Per patologia si intende ciò “*che denota una malattia o che la implica*”<sup>736</sup>. Si considera malattia “*l’alterazione più o meno grave della salute*”<sup>737</sup>. Però la realtà sulla quale si basano i tribunali giudiziali nelle loro sentenze è la seguente: i giudici sono soliti risolvere giudizialmente queste cause di licenziamento sostenendo che è estraneo “*alla norma legale come alla giurisprudenza, l’origine patologica o meno, della condotta sanzionabile*”<sup>738</sup>. I tribunali sostengono e difendono detta dottrina – e forse con ragione e giustificazione sufficiente – attraverso l’osservanza dell’impresa in termini meramente economici. La situazione di questa realtà giuridica può basarsi sul seguente ragionamento: l’ubriachezza abituale o la tossicodipendenza si ripercuotono negativamente sul lavoro generando una situazione che non deve essere sopportata dall’imprenditore o dal resto dei colleghi<sup>739</sup>.

È evidente che la linea giurisprudenziale seguita dai tribunali consiste nel non dare valore ai fattori soggettivi patologici di questa causa disciplinare contraddicendo la considerazione dell’ubriachezza o della tossicodipendenza come attenuante di molte altre giuste cause di licenziamento: in effetti, si giustifica la colpevolezza del lavoratore per la totale mancanza di volontà dell’interesse nel superare la patologia<sup>740</sup>.

---

<sup>731</sup> STSJ Extremadura 9 aprile 2002 [AS 2002, 2152] e STSJ País Vasco 12 dicembre 2000 [AS 2001, 2974].

<sup>732</sup> STSJ País Vasco 22 aprile 2000 [AS 2000, 3284].

<sup>733</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La causalidad del despido disciplinario*, cit., p. 228.

<sup>734</sup> STSJ Comunidad Valenciana 27 giugno 2001 [JUR 2001, 57815] e STSJ Andalucía/Málaga 9 giugno 2000 [JUR 2001, 151966].

<sup>735</sup> STSJ País Vasco 2 febbraio 2016 [JUR 2016, 82369].

<sup>736</sup> Secondo il dizionario dell’Accademia Spagnola (RAE).

<sup>737</sup> Secondo il dizionario dell’Accademia Spagnola (RAE).

<sup>738</sup> STSJ Aragón 12 marzo 2001 [JUR 2001, 151966].

<sup>739</sup> STSJ Comunidad Valenciana 17 novembre 1999 [AS 1999, 7486].

<sup>740</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La causalidad del despido disciplinario*, cit., p. 230.



## CAPITOLO IX. LA MOLESTIA PER RAGIONI DI RAZZA O ORIGINE ETNICA, DI RELIGIONE O CREDO, DI DISABILITÀ, DI ETÀ O DI ORIENTAMENTO SESSUALE E LE MOLESTIE SESSUALI AI DANNI DELL'IMPRENDITORE O DELLE PERSONE CHE LAVORANO NELL'IMPRESA

**SUMARIO.** CAPITOLO IX. LA MOLESTIA PER RAGIONI DI RAZZA O ORIGINE ETNICA, DI RELIGIONE O CREDO, DI DISABILITÀ, DI ETÀ O DI ORIENTAMENTO SESSUALE E LE MOLESTIE SESSUALI AI DANNI DELL'IMPRENDITORE O DELLE PERSONE CHE LAVORANO NELL'IMPRESA. 1. Concetto e fondamento. 2. La molestia sessuale. 3. La molestia morale o *mobbing*.

L'articolo 54.2.g) ET considera inadempimento contrattuale del lavoratore ai fini del suo licenziamento, “*la molestia per ragioni di razza o origine etnica, di religione o credo, di disabilità, di età o di orientamento sessuale e le molestie sessuali ai danni dell'imprenditore o delle persone che lavorano nell'impresa*”.

### 1. Concetto e fondamento

Dall'analisi della lettera g) è conveniente che risalti la sua innessarietà e carenza. È innessaria perché non aggiunge niente di nuovo all'articolo 54.2 ET. È carente dato che la lettera è giuridicamente imperfetta per non introdurre tutto ciò che si sarebbe dovuto introdurre: è ovvio che qualsiasi molestia rappresenti una giusta causa di licenziamento, anche se il soggetto passivo non è necessariamente l'imprenditore o persone che lavorano nell'impresa –come indica la norma<sup>741</sup>.

Che succede se si molesta un cliente, un utente o un familiare di un lavoratore o del datore di lavoro? Non si può rispondere sulla base di questa lettera, anche se sarebbe facilmente riconducibile a un'altra dell'articolo 54.2 ET, così reiteriamo la innessarietà di questa causa.

Conformemente all'articolo 28.1.d) della Legge 62/2003, la molestia è “*qualsiasi condotta non desiderata relazionata all'origine razziale o etnica, alla religione o al credo, alla disabilità, all'età o all'orientamento sessuale di una persona, che abbia come obiettivo o conseguenza attentare alla dignità e creare un contesto intimidatorio, umiliante o offensivo*”.

Ai sensi dell'articolo 7 della LO 3/2007, una molestia sessuale è “*qualsiasi comportamento, verbale o fisico, di natura sessuale che abbia il proposito o produca l'effetto di attentare alla dignità di una persona, in particolare quando si crea un contesto intimidatorio, degradante o offensivo*”, benché una molestia per ragioni di sesso è “*qualsiasi comportamento realizzato in funzione del sesso di una persona, con il*

<sup>741</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., pp. 221 e 222.



*proposito o l'effetto di attentare alla sua dignità e di creare un contesto intimidatorio, degradante o offensivo”.*

Per definizione, la molestia è una condotta che deve essere reiterata. Tuttavia, il legislatore non fa riferimento alla reiterazione nella definizione del termine molestia: possibilmente, si deve al fatto che nella molestia sessuale –a differenza della molestia morale– la reiterazione non è significativa per la sua considerazione. Tuttavia, i tribunali richiedono la reiterazione quando si tratta di imputare al datore di lavoro una molestia morale o *mobbing*<sup>742</sup>. Il *mobbing* è una categoria aperta<sup>743</sup>.

Alla luce delle esigenze citate precedentemente<sup>744</sup>, vediamo le seguenti risoluzioni giudiziali nelle quali il licenziamento dell'impiegato sarà dichiarato giustificato, o meno, a seconda di che venga constatata la molestia<sup>745</sup>:

1. La molestia richiede l'intenzione di danneggiare o nuocere la persona destinataria della stessa, cosicché non ci troviamo di fronte a molestia quando ci riferiamo a semplici battute o scherzi anche fossero di cattivo gusto<sup>746</sup>.
2. La molestia non sussiste se il soggetto liquida presto la sua condotta, scusandosi, senza che si arrivi alla costituzione di un ambiente lavorativo ostile o scomodo<sup>747</sup>.
3. Non sussiste se c'è una relazione permessa e tollerata che ha luogo fuori dalle ore di lavoro essendo estranea al contratto lavorativo<sup>748</sup>.
4. Sussiste la molestia quando si produce un comportamento tendenzialmente libidinoso, non voluto dalle riceventi<sup>749</sup> e di entità sufficiente per costituire un perimetro lavorativo denigrante<sup>750</sup>.
5. Se la gravità della condotta è di trascendenza sufficiente, non si considerano l'eventualità del lavoratore –come per esempio gli anni di anzianità

---

<sup>742</sup> GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 51.

<sup>743</sup> Vid. ZOLI, C.: “Il mobbing: brevi osservazioni in tema di fattispecie ed effetti”, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, num. 4, 2003, pp. 337 e ss. ZOLI, C.: “Mobbing e rapporto di lavoro tra possibili soluzioni e problemi aperti”, in IZZO, U. (a cura di) *et al: Dialoghi sul danno alla persona*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2006, pp. 241 e ss.

<sup>744</sup> Per completezza, vid. LASSANDARI, A.: *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, Padova, Cedam, 2010, *passim*.

<sup>745</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, in ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 969 e 970.

<sup>746</sup> STSJ Galicia 27 gennaio 2005 [AS 2005, 268].

<sup>747</sup> STSJ Madrid 25 gennaio 2005 [AS 2005, 22].

<sup>748</sup> STSJ Madrid 25 gennaio 2005 [AS 2005, 24].

<sup>749</sup> STSJ Galicia 26 aprile 2017 [JUR 2017, 127757].

<sup>750</sup> STSJ Andalucía/Sevilla 29 gennaio 2004 [AS 2005, 462].

nell'impresa– con lo scopo di applicare la dottrina della proporzionalità e adeguatezza della sanzione<sup>751</sup>.

## 2. La molestia sessuale

Affinché sussista una molestia sessuale si richiede la concorrenza dei tre elementi<sup>752</sup>: a) Che ci troviamo di fronte una condotta molesta di natura sessuale; b) Che tali comportamenti non siano consentiti da parte del lavoratore<sup>753</sup>; c) Che l'entità della molestia generi gravità sufficiente capace di sfociare in una situazione adeguatamente umiliante o offensiva<sup>754</sup>.

In generale, affinché la molestia sessuale possa avere rilevanza giuridica necessaria per dichiarare giustificato o legittimo il licenziamento, ai sensi della giurisprudenza, deve possedere i seguenti requisiti<sup>755</sup>:

1. Richiesta di tipo sessuale.
2. Rifiuto della persona ricevente: *“ciò distingue la molestia sessuale dal comportamento amicale, in quanto la prima non è desiderata e il secondo è accettato e mutuo”*<sup>756</sup>.
3. Atteggiamento opprimente una volta conosciuta l'opposizione del ricevente<sup>757</sup>.
4. Che causi un ambiente lavorativo avverso, scomodo, ostile o intimidatorio non solo da una prospettiva soggettiva di chi la soffre ma anche considerandolo oggettivamente.
5. La condotta lavorativa identificabile come molestia sessuale non ha motivo di acquisire gravità della correlativa natura penale in quanto appartiene a un ambito più esteso di condotte sanzionabili.

## 3. La molestia morale o *mobbing*

Per *mobbing* o molestia morale intendiamo quella pressione lavorativa tendente all'autoeliminazione di un lavoratore attraverso la sua denigrazione<sup>758</sup>: in altri termini, la

---

<sup>751</sup> STSJ País Vasco 13 gennaio 2004 [AS 2004, 3].

<sup>752</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Despido por acoso”, in GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., pp. 160 e ss.

<sup>753</sup> STC 224/1999, 13 dicembre [RTC 1999, 224] e STSJ Madrid 2 febbraio 2017 [AS 2017, 243].

<sup>754</sup> STC 224/1999, 13 dicembre [RTC 1999, 224].

<sup>755</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, in ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 968.

<sup>756</sup> STSJ Andalucía/Sevilla 29 gennaio 2004 [AS 2005, 462].

<sup>757</sup> STSJ Galicia 27 gennaio 2005 [AS 2005, 268] e STSJ Madrid 2 febbraio 2017 [AS 2017, 243].

<sup>758</sup> STSJ Galicia 9 novembre 2017 [JUR 2017, 310424].

finalità intenzionale da raggiungere è che l'impiegato finisca per abbandonare il posto di lavoro<sup>759</sup>.

La molestia morale o *mobbing* si costituisce attorno a tre elementi<sup>760</sup>: il primo elemento si riferisce ai comportamenti umilianti e vessatori; il secondo è quello della reiterazione di detti comportamenti<sup>761</sup> –deve certamente esistere continuità nel comportamento del molestatore–; e il terzo elemento è quello che si riferisce all'intenzionalità o allo scopo perseguito che non è altro che causare un male o un danno al lavoratore molestato seguendo un piano stabilito –il quale attesta che il *mobbing* è doloso–.

L'essenza del *mobbing* è la ricerca dell'autoeliminazione del lavoratore –abbandono del lavoro o in alternativa congedo medico– attraverso la sua denigrazione. Questo è il suo scopo ed è particolarmente ripugnante per la collettività morale.

Con il *mobbing* invece di sollevare il conflitto dell'estinzione del contratto in modo che si risolva attraverso le norme lavorative vigenti –indennizzo per licenziamento invalido o accordo pattuito per l'estinzione della relazione lavorativa– si cerca di raggiungere un atto unilaterale avversario-lavoratore con la ovvia pretesa di aggirare la sua difesa legale: ossia, che abbandoni per sua stessa volontà il lavoro. Una volta che lo stesso soggetto passivo della pressione chieda l'abbandono del posto di lavoro, l'obiettivo è stato raggiunto e la frode alla legge è stata consumata<sup>762</sup>.

Al riguardo, si considerano molestia o *mobbing* i seguenti comportamenti: aggressioni verbali “*che consistono nel gridare o insultare il lavoratore, o rivolgergli la parola in modo chiaramente intimidatorio e minaccioso*”; la continua mancanza di rispetto come il “*non rivolgergli la parola*”; incitarlo “*a lasciare il lavoro*”; negargli l'accesso “*alle comunicazioni o alle informazioni rilevanti per lo sviluppo dell'attività lavorativa*”; ordinarli che “*non faccia niente e stia costantemente a disposizione dell'impresa*”; o assegnargli compiti “*degradanti o impossibili da svolgere*”<sup>763</sup>.

---

<sup>759</sup> STSJ Canarias/Las Palmas 22 maggio 2017 [AS 2017, 1997], STSJ Galicia 28 luglio 2017 [AS 2017, 1621], STSJ Cantabria 11 maggio 2017 [AS 2017, 645] o STSJ Andalucía/Granada 28 giugno 2017 [AS 2017, 1970].

<sup>760</sup> Juzgado Social Sevilla 26 dicembre 2002 [AS 2003, 3044].

<sup>761</sup> ZOLI, C.: “Il mobbing: brevi osservazioni in tema di fattispecie ed effetti”, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, cit., p. 338.

<sup>762</sup> Juzgado Social Santander 15 ottobre 2009 [AS 2009, 2602].

<sup>763</sup> Juzgado Social Sevilla 26 dicembre 2002 [AS 2003, 3044].



**PARTE TERZA**

**IL PROCEDIMENTO DISCIPLINARE E LE CONSEGUENZE GIURIDICHE  
DELLA GIUSTIFICAZIONE, INVALIDITÀ E NULLITÀ DEL  
LICenziAMENTO**



## CAPÍTULO X. EL PROCESO DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

**SUMARIO.** CAPÍTULO X. EL PROCESO DEL DESPIDO DISCIPLINARIO. 1. Las características procesales del despido disciplinario. 1.1 Demanda. 1.2 Acumulación de acciones. 1.3 Sentencia. 2. La modalidad procesal del despido cuando se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas. 3. Requisitos formales de toda sanción disciplinaria: la carta de despido. 4. La prescripción de las faltas laborales: el plazo para ejercer el poder sancionador del empresario. 5. Las oportunidades otorgadas al empresario para subsanar los defectos formales. 5.1 La primera oportunidad. 5.2 La segunda oportunidad. 6. La caducidad en el plazo de impugnación del despido: la actuación del trabajador contra la decisión empresarial.

La normativa laboral establece límites a la manifestación del poder disciplinario del empresario que pretende sancionar al trabajador con la pena más grave y traumática de todas: la extinción del contrato de trabajo. Estos límites existen para facilitar el conocimiento de las razones concretas por las que se toma la decisión de despedir. Consecuentemente se pretende favorecer la defensa judicial del empleado frente a la extinción de la relación laboral.

Todo este catálogo de condiciones se justifica desde el momento en que el legislador concede al despido la categoría de sanción máxima<sup>764</sup>. Pero cualquier otra formalidad exigida por negociación colectiva en garantía del trabajador también debe ser respetada<sup>765</sup>.

La legislación laboral española es palmariamente formalista. A lo largo de la promulgación de las diferentes leyes los requisitos de forma para la validez del despido disciplinario se han ido suavizando; no obstante, la extinción aún se constituye como un acto de voluntad empresarial de carácter causal que debe ser obligatoriamente comunicada al trabajador facilitándole el ejercicio legítimo y adecuado de su derecho de defensa<sup>766</sup>.

Se trata de un sistema formal de despido conocido como “*despido directo*” en donde frente al “*despido propuesto*” se le otorga a la voluntad del empleador el valor suficiente y la virtualidad necesaria para alcanzar la extinción de la relación de trabajo<sup>767</sup>.

---

<sup>764</sup> MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 15.

<sup>765</sup> TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, cit., p. 83.

<sup>766</sup> SAGARDOY DE SIMÓN, I.: “La forma del despido disciplinario”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 206.

<sup>767</sup> ORTIZ LALLANA, M<sup>a</sup>. C.: “Causas, forma y efecto del despido disciplinario”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, num. 100, 2, 2000, pp. 1114 y ss.

Pero aunque baste con la expresión de voluntad del empleador de dar por terminada la relación laboral, la decisión del empresario se constituye como instituto formal, otorgando la jurisprudencia a las condiciones formales legales la característica de requisitos *ad solemnitatem*<sup>768</sup>.

La regulada formalización de la sanción no debe contemplarse como una disminución propia del poder del empresario; más bien debe observarse como un fundamental mecanismo con el que protegerse de futuros incumplimientos. Una sanción impuesta al trabajador por un incumplimiento contractual grave y culpable debe desarrollarse de manera que se suprima cualquier elemento que presente una mínima arbitrariedad, siendo la decisión disciplinaria ejecutada, un mal inevitable con el que obtener un mejor funcionamiento de la empresa<sup>769</sup>.

Por tanto, un despido formalmente perfecto además de no ocasionar indefensión al empleado e impartir justicia por el empresario goza de un importante efecto: el empleador enriquece su imagen ante el personal laboral<sup>770</sup>.

### 1. Las características procesales del despido disciplinario

La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante y para simplificar LRJS) establece un proceso ordinario en el Título I del Libro II –artículo 76 y siguientes– y específicas modalidades procesales en el Título II del Libro II –artículo 102 y siguientes–.

El empleado disconforme con la decisión resolutoria del contrato de trabajo puede reaccionar impugnándola ante el órgano judicial correspondiente mediante el ejercicio de la pertinente acción interpuesta en plazo oportuno a través de la demanda que abre la modalidad procesal del despido. Estas modalidades singulares son procesos especiales en razón del fundamento jurídico material que deba discutirse rigiendo para todo lo demás las reglas del proceso ordinario: en otros términos, en lo no regulado por la modalidad procesal especial se aplicará el proceso común laboral<sup>771</sup>.

Una vez ejecutado el despido surge el ejercicio del poder de impugnación judicial del trabajador. El objeto del proceso interpuesto por el empleado reside en la

<sup>768</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: “Requisitos ordinarios: la carta de despido”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 174.

<sup>769</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup>. F.: *El poder disciplinario en la empresa*, Madrid, Civitas, 1991, p. 330.

<sup>770</sup> MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 16.

<sup>771</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. e ORTEGA LOZANO, P. G.: “Derecho a un proceso justo o equitativo a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial incidencia en las condenas a España”, in *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, num. 34, 2017. MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “Derecho a un proceso equitativo”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa*, Comares, Granada, 2017, pp. 59 y ss.



pretensión de que el despido sea declarado nulo o improcedente. Esta reclamación se realiza por medio de demanda en el plazo de caducidad de veinte días hábiles que comienzan a computarse desde el día siguiente en el que se ha producido el despido. Dicho plazo será de caducidad a todos los efectos y no se computarán los sábados, domingos y los festivos en la sede del órgano jurisdiccional. Una vez iniciado el proceso mediante interposición de demanda por despido, le corresponde al juez efectuar un control *ex post* de la decisión extintiva revisando el acto de autotutela empresarial pues hasta este momento la voluntad resolutoria del empresario ha sido la única voluntad que se ha tenido en cuenta para decidir el teórico incumplimiento del trabajador y, por ende, la ruptura de su relación laboral<sup>772</sup>. Asimismo, la caducidad de la acción del despido puede ser apreciada de oficio<sup>773</sup>.

### 1.1 Demanda

La demanda por despido ha de cumplir con las exigencias del proceso ordinario del artículo 80 LRJS y también las especialidades sobreañadidas del artículo 104 LRJS. La exigencia de requisitos especiales en la demanda de despido pretende delimitar la existencia de la relación laboral y las circunstancias concretas de la misma facilitando el relato histórico de la sentencia<sup>774</sup>.

Sobre la forma y contenido de la demanda, de acuerdo con el artículo 80 LRJS<sup>775</sup>, la misma se formulará por escrito debiendo de contener los siguientes requisitos generales:

a) La designación del órgano ante quien se presenta la demanda que necesariamente será el Juzgado de lo Social, así como la designación de la modalidad procesal a través de la cual entienda que deba enjuiciarse su pretensión.

b) La designación del demandante con expresión del número del documento nacional de identidad o del número y tipo de documento de identificación de los ciudadanos extranjeros y de aquellos otros interesados que deban ser llamados al proceso y sus domicilios indicando el nombre y apellidos de las personas físicas y la denominación social de las personas jurídicas. Al encontrarnos analizando un despido el

<sup>772</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N. y GARCÍA VALVERDE, M<sup>a</sup>. D.: “Artículo 103. Presentación de la demanda por despido”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M<sup>a</sup>. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al*: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada, Comares, 2013, p. 579.

<sup>773</sup> STS 21 de julio de 1997 [RJ 1997, 5872].

<sup>774</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N. y GARCÍA VALVERDE, M<sup>a</sup>. D.: “Artículo 104. Requisitos de la demanda por despido”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M<sup>a</sup>. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al*: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 584.

<sup>775</sup> *Vid.* VALDÉS DAL RÉ, F.: “Artículo 80. Forma y contenido de la demanda”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M<sup>a</sup>. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al*: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., pp. 427 y ss.

demandante obligatoriamente tendrá que ser el trabajador despedido y nunca el empleador o empresario. Si la demanda se dirigiese contra una masa patrimonial, patrimonio separado, entidad o grupo carente de personalidad habrá de hacerse constar el nombre y apellidos de quienes aparezcan como administradores, organizadores, directores, gestores, socios o partícipes y sus respectivos domicilios.

c) La enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión y de todos aquellos que de acuerdo con la legislación sustantiva resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas. En ningún caso podrán alegarse hechos distintos de los manifestados en conciliación o mediación<sup>776</sup>, ni introducirse respecto de la vía administrativa previas variaciones sustanciales en los términos, salvo los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad.

d) La súplica correspondiente en los términos adecuados al contenido de la pretensión ejercitada. Obviamente la súplica del trabajador que reclama contra el despido solicitará la improcedencia o nulidad del mismo así como la readmisión o la indemnización y –si los hubiera– los salarios de tramitación.

e) Si el demandante litigase por sí mismo designará un domicilio de ser posible en la localidad donde resida el juzgado o tribunal en el que se practicarán todas las diligencias que hayan de entenderse con él. Si designa letrado, graduado social colegiado o procurador, la demanda deberá ir suscrita por el profesional, que asume la representación con plenas facultades procesales.

f) La demanda deberá contener la fecha y firma.

g) Por último, de la demanda y de los documentos que la acompañen se presentarán tantas copias como demandados y demás interesados en el proceso haya así como para el Ministerio Fiscal en los casos en que legalmente deba intervenir. En materia de despidos solo intervendrá cuando la extinción constituye una lesión a los derechos de libertad sindical o un atentado contra cualquiera de los derechos fundamentales.

Además de los requisitos generales previstos del proceso ordinario –artículo 80 LRJS– deberán cumplirse los siguientes requisitos del proceso por despido disciplinario –artículo 104 LRJS–:

a) Antigüedad –concretando los períodos en que hayan sido prestados los servicios–, categoría profesional, salario, tiempo y forma de pago, lugar de trabajo, modalidad y duración del contrato, jornada, categoría profesional y características

---

<sup>776</sup> Vid. GUINDO MORALES, S.: “La mediación laboral como procedimiento de solución extrajudicial”, in CABRERA MERCADO, R. (Dir.) e QUESADA LÓPEZ, P. M. (Coord.) *et al: La mediación como método para la resolución de conflictos*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 477 y ss.

particulares –si las hubiere– del trabajo que se realizaba antes de producirse el despido. Se trata de describir la relación laboral rota por el despido del empresario.

b) Fecha de efectividad del despido –trascendente para el inicio del plazo de caducidad y comienzo de salarios de tramitación–, forma en que se produjo y hechos alegados por el empresario acompañando la comunicación recibida si existiese –la carta de despido es imprescindible pues al empresario no se le admitirán en el juicio otros motivos de despido que los contenidas en la misiva resolutoria– o haciendo mención suficiente de su contenido.

c) Si el trabajador ostenta o ha ostentado en el año anterior al despido la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores –que gozan de singular privilegio– así como cualquier otra circunstancia relevante para la declaración de nulidad o improcedencia o para la titularidad de la opción derivada. En efecto, para los representantes de los trabajadores que hayan sido despedidos se procederá a la apertura de expediente contradictorio en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que perteneciere –si los hubiese–.

d) Si el trabajador se encuentra afiliado a algún sindicato. En efecto, si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constase, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato. La audiencia previa al delegado del sindicato constituye una garantía singular del trabajador sindicado que no tiene cualquier otro trabajador despedido o sancionado. Su razón de ser se encuentra en la conveniencia apreciada por el legislador de que los trabajadores sindicados tengan una reforzada protección frente al poder disciplinario del empresario<sup>777</sup>.

Por otro lado, a la demanda se le acompañará la documentación justificativa de haber intentado la previa conciliación o mediación<sup>778</sup>, o de haber transcurrido el plazo exigible para su realización sin que se hubiese celebrado, así como los restantes documentos de aportación preceptiva con la demanda. Si el demandante no aporta justificante del acto de conciliación el juez tiene la obligación de advertirle de la necesidad de acreditar su celebración o su intento de celebración –es un auténtico presupuesto para la tramitación del proceso–<sup>779</sup>. Asimismo, en los despidos de miembros del comité de empresa, delegados de personal o delegados sindicales habrá de aportarse por la parte demandada el expediente contradictorio legalmente exigido: se

<sup>777</sup> STS 23 de mayo de 1995 [RJ 1995, 5897].

<sup>778</sup> ORTEGA LOZANO, P. G.: “La mediación en el acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales (ASAC)”, en CABRERA MERCADO, R. (Dir.) y QUESADA LÓPEZ, P. M. (Coord.) et al: La mediación como método para la resolución de conflictos, cit., pp. 461 y ss. GUINDO MORALES, S.: “La mediación laboral como procedimiento de solución extrajudicial”, in CABRERA MERCADO, R. (Dir.) e QUESADA LÓPEZ, P. M. (Coord.) et al: *La mediación como método para la resolución de conflictos*, cit., pp. 477 y ss.

<sup>779</sup> Vid. SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, cit., p. 154.

trata de una garantía formal añadida en los despidos de los representantes de los trabajadores.

No obstante, cuando la omisión de algún requisito en la demanda de despido es intrascendente para los resultados del juicio sin que se produzca indefensión, la inadmisión de la demanda y el archivo de las actuaciones resultarán manifiestamente desproporcionados<sup>780</sup>. De todos modos es obvio que los apartados a) y b) del artículo 104 LRJS son imprescindibles para resolver adecuadamente cualquier reclamación de despido disciplinario. Por el contrario, los puntos c) y d) del precepto citado sólo son necesarios si el trabajador despedido quiere que se le reconozcan las especiales consecuencias que esa representación conlleva<sup>781</sup>.

Igualmente deben tenerse en cuenta las exigencias que se hubieran formalizado por convenio colectivo –artículo 55.1 ET– así como las garantías especiales de las demandas de despido fundadas en la lesión de derechos fundamentales –que analizaremos más adelante–. En efecto, la legislación accede a que por convenio colectivo se incrementen las exigencias formales a cumplir con carácter previo o coetáneo a la imposición de la sanción de despido disciplinario<sup>782</sup>. Se exterioriza así la posibilidad de constituir garantías accesorias que fortalezcan el mínimo legal regulado<sup>783</sup>.

El artículo 81 LRJS regula la actuación judicial respecto a la demanda<sup>784</sup>. En este sentido el secretario judicial, dentro de los tres días siguientes a la recepción de la misma, informará al juez o tribunal si entendiera que concurren los supuestos de falta de jurisdicción o competencia, o advertirá a la parte de los defectos u omisiones en que haya incurrido al redactar la demanda en relación con los presupuestos procesales necesarios que pudieran impedir la válida prosecución y término del proceso<sup>785</sup>. Todo lo anterior a fin de que el trabajador demandante subsane los citados defectos dentro del plazo de cuatro días. Lo mismo ocurre en relación con los documentos de preceptiva

<sup>780</sup> STC 118/1987, de 8 de julio [RTC 1987, 118].

<sup>781</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N. y GARCÍA VALVERDE, M<sup>a</sup>. D.: “Artículo 104. Requisitos de la demanda por despido”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M<sup>a</sup>. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al*: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 586.

<sup>782</sup> *Vid.* MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: “Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al*: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., pp. 778 y 779.

<sup>783</sup> *Vid.* STS 21 de febrero de 1984 [EJ 1984, 899] y STS 21 de diciembre de 1984 [RJ 1984, 6475].

<sup>784</sup> *Vid.* VALDÉS DAL RÉ, F. y GARCÍA QUIÑONES, J. C.: “Artículo 81. Admisión de la demanda”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M<sup>a</sup>. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al*: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., pp. 437 y ss.

<sup>785</sup> *Vid.* SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, cit., pp. 238 y ss.

aportación con la demanda, salvo para la conciliación o mediación previa en la que advertirá al demandante que ha de acreditar la celebración o el intento del expresado acto en un plazo de quince días<sup>786</sup>. Realizada la subsanación, el secretario judicial dentro de los tres días siguientes admitirá la demanda.

La conciliación judicial se realizará una vez admitida la demanda cuando se haya verificado la concurrencia de los requisitos exigidos. El procedimiento para la celebración del acto de conciliación judicial se regula en los artículos 84 y siguientes LRJS<sup>787</sup>. En este acto el secretario judicial intentará la conciliación de las partes llevando a cabo la labor mediadora que le es propia y advirtiéndolo de los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles. Si las partes alcanzan un acuerdo se dictará decreto aprobándolo y acordando el archivo de las actuaciones. Si no hubiera acuerdo en conciliación se pasará seguidamente a juicio y se dará cuenta de lo actuado.

A continuación el demandante ratificará o ampliará su demanda aunque en ningún caso podrá hacer en ella variación sustancial. El demandado contestará afirmando o negando concretamente los hechos de la demanda y alegando cuantas excepciones estime procedentes. Se admitirán las pruebas que se formulen y puedan practicarse en el acto respecto de los hechos sobre los que no hubiere conformidad. El juez o tribunal resolverá sobre la pertinencia de las pruebas propuestas.

Lo cierto es que el éxito de la pretensión del trabajador no dependerá tanto de la eficacia de su defensa cuanto del fracaso de las alegaciones y prueba del empleador, pues el trabajador tan solo se limitará a afirmar o negar los hechos contenidos en la carta de despido<sup>788</sup>.

## 1.2 Acumulación de acciones

Por su vital importancia debemos detenernos en la compleja materia de la acumulación de acciones. La acumulación de acciones es una figura jurídica que se permite en función de los principios de economía y celeridad procesal.

En principio, la pretensión del despido no es acumulable a ninguna otra –de acuerdo con el artículo 27.2 LRJS–: en efecto, la regla general es que si la acción de despido se ejercitara acumulada a otra en la demanda se requerirá al demandante para que en el plazo de cuatro días subsane el defecto eligiendo la acción que pretenda mantener. En el caso de que transcurra el plazo señalado sin haber optado por ninguna

<sup>786</sup> ORTEGA LOZANO, P. G.: “La mediación en el acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales (ASAC)”, en CABRERA MERCADO, R. (Dir.) y QUESADA LÓPEZ, P. M. (Coord.) *et al*: *La mediación como método para la resolución de conflictos*, cit., pp. 461 y ss.

<sup>787</sup> Vid. VALDÉS DAL RÉ, F. y GARCÍA QUIÑONES, J. C.: “Conciliación y juicio”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M.ª. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al*: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., pp. 454 y ss.

<sup>788</sup> STC 130/1998, de 16 de junio [RTC 1998, 130].

de las acciones se seguirá la tramitación del juicio de despido y se tendrá por no formulada la otra acción acumulada advirtiéndolo al demandante de su derecho a ejercitarla por separado.

Cuestión diferente es la formulación de demandas por alguna de las causas previstas en el artículo 50 ET y por despido: en este supuesto si se permite la acumulación de acciones –artículo 32.1 LRJS–. Por tanto, la excepción permite la acumulación de acciones cuando el trabajador haya formulado demandas por separado: por un lado, por la extinción indemnizada por voluntad del trabajador –artículo 50 ET–; y, por otro, por despido ejecutado por el empresario<sup>789</sup>. Es más: los términos del ordenamiento jurídico sobre este tema parecen ser imperativos, no una mera posibilidad; es decir, el contenido de la normativa parece indicar la imposición de la obligación de acumular las acciones de despido y extinción del contrato de trabajo por voluntad del empleado<sup>790</sup>.

El elemento que justifica la acumulación parece identificarse en la identidad de los procesos pues existe una conexión subjetiva del trabajador y empresario cuyo objeto es distinto: la extinción por voluntad del trabajador y el despido por voluntad del empresario.

Con la acumulación de acciones –unir dos cuestiones planteadas en un solo juicio– se pretende evitar los riesgos de colisión que pueden existir al resolverse controversias opuestas: el conflicto se constituye porque si el despido es declarado procedente –conforme el artículo 54 ET– no da lugar a la existencia de indemnización, mientras que si se reconoce el derecho del trabajador a extinguir la relación laboral –de acuerdo con el artículo 50 ET– sí tendrá derecho a la indemnización correspondiente<sup>791</sup>. Lo cierto es que la acumulación de acciones pretende evitar resultados contradictorios<sup>792</sup>.

### 1.3 Sentencia

Las especialidades más importantes del proceso por despido se localizan en la sentencia no sólo por lo que afecta a su propio contenido y estructura sino también en su fallo –calificando el despido–. A la sentencia además de las normas específicas del proceso por despido también le son de aplicación los preceptos del procedimiento

<sup>789</sup> STC 63/1999, de 26 de abril [RTC 1999, 63].

<sup>790</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N. y GARCÍA VALVERDE, M<sup>a</sup>. D.: “Artículo 106. Garantías del proceso”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M<sup>a</sup>. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 592.

<sup>791</sup> RUBIO DE MEDINA, M<sup>a</sup>. D.: *El despido disciplinario*, cit., pp. 32 y 33.

<sup>792</sup> STSJ Comunidad Valenciana 10 julio 2015 [JUR 2015, 27589] e STSJ Madrid 3 febrero 2016 [JUR 2016, 56212].

ordinario de la LRJS, las que fija la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como las normas establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil como norma supletoria.

En los hechos que se estimen probados en la sentencia deberán hacerse constar las siguientes circunstancias: antigüedad del trabajador, concretando los períodos en que hayan sido prestados los servicios; categoría profesional; salario, tiempo y forma de pago; lugar de trabajo; modalidad y duración del contrato; jornada laboral; fecha y forma del despido, causas invocadas para el mismo y hechos acreditados en relación con dichas causas; y si el trabajador ostenta o ha ostentado –en el año anterior al despido– la condición de representante o delegado.

Las consecuencias sobre el incumplimiento de los hechos que deben constar en la sentencia ocasiona la nulidad de la misma remitiéndose los autos al órgano judicial de origen para que dicte otra sentencia que cumpla y respete los requisitos pertinentes. No obstante, si la ausencia de algunos de los datos mencionados en este precepto es subsanable en vía de recurso sin producir indefensión, la sentencia no será motivo de nulidad sino de la revocación o confirmación de la resolución a la vista de los concretos motivos aducidos<sup>793</sup>.

La sentencia deberá pronunciarse calificando el despido como procedente, improcedente o nulo sin que exista previsión legal que autorice al juez a realizar un pronunciamiento judicial diferente. Si el despido se declara procedente se acreditará el incumplimiento alegado por el empresario desestimándose la demanda del trabajador y confirmando la licitud de la decisión unilateral del empresario de extinguir la relación laboral. El empleado queda así en situación legal de desempleo desde el mismo momento en el que se comunicó el despido<sup>794</sup>. Si el despido se declara improcedente se condenará al empresario a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido así como al abono de los salarios de tramitación o, a elección del empresario –regla general– a que le abone la indemnización tasada. De acuerdo con el artículo 113 LRJS, si el despido se declara nulo se condenará a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir.

Contra las sentencias que dicten los Juzgados de lo Social se podrán interponer recurso de suplicación que conocerá la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia. Los motivos justificativos para la interposición del recurso son los siguientes: a) reponer los autos al estado en el que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión; b)

<sup>793</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N. y GARCÍA VALVERDE, M<sup>a</sup>. D.: “Artículo 107. Hechos probados”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M<sup>a</sup>. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) et al: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 595.

<sup>794</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N. y GARCÍA VALVERDE, M<sup>a</sup>. D.: “Artículo 109. Efectos del despido procedente”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M<sup>a</sup>. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) et al: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 604.

revisar los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas; y c) examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia –artículo 193 LRJS–.

## **2. La modalidad procesal del despido cuando se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas**

En el ámbito laboral, los artículos 177 a 184 LRJS establecen un proceso preferente y sumario de tutela de los derechos fundamentales en el sentido del artículo 53.2 de la Constitución Española. El precepto constitucional reenvía a la modalidad procesal correspondiente las demandas que imploren la lesión de derechos fundamentales.

En el ámbito laboral, el artículo 53.2 de la Constitución Española se desarrolla procesalmente por una doble vía interdependiente: por un lado, los artículos 177 a 183 LRJS que se refieren a la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas a través del proceso laboral de amparo ordinario –no a los especiales como el proceso por despido–; por otro, el artículo 184 LRJS que se refiere a la tutela de los derechos fundamentales en el marco de otras modalidades procesales –donde se sitúa la modalidad procesal especial del despido, ya estudiada y comentada–.

Pero sea cual sea la modalidad utilizada, lo importante es que, de acuerdo a una interpretación integradora e incorporativa, se aplican las garantías del proceso de amparo a todas las modalidades procesales especiales a las que se refiere el artículo 184 LRJS: es decir, las garantías de los artículos 177 a 183 LRJS, también serán aplicables a los procesos especiales del artículo 184 LRJS.

Entre las garantías destacan: la intervención del Ministerio Fiscal –artículo 177.3 LRJS–; el carácter de urgente y el principio de preferencia –artículo 179.1 LRJS–; la posibilidad de suspensión de los efectos del acto impugnado como medida cautelar –artículo 180 LRJS–; el establecimiento de reglas específicas para facilitar la carga de la prueba una vez justificada la concurrencia de indicios –artículo 181.2–; el alcance amplio del contenido del fallo –artículo 182.1 LRJS–; o la presencia del sindicato como coadyuvante del trabajador cuya libertad sindical u otros derechos hayan sido vulnerados –artículo 177.2 LRJS–.

En definitiva, las demandas por despido en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas se tramitarán, inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas –es decir, a la modalidad procesal del despido disciplinario–, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva.

En otros términos, la modalidad procesal del despido disciplinario es el cauce correcto y necesario para la sustanciación de las reclamaciones de despido con violación



de derechos fundamentales pero debiéndose cumplir también las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas. Por tanto, se utiliza una técnica integradora de la normativa procesal especial de tutela de los derechos fundamentales y de la normativa reguladora del proceso por despido con el objetivo de garantizar la aplicación de las garantías procesales de tutela reforzada que exige genéricamente el artículo 53.2 CE<sup>795</sup>.

### 3. Requisitos formales de toda sanción disciplinaria: la carta de despido

De acuerdo con el artículo 55.1 ET, el despido disciplinario “*deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos*”. El escrito con el que el empresario informa al trabajador de su firmeza de extinguir el contrato es denominado ordinariamente como “*carta de despido*”, sin perjuicio de la utilización de otras denominaciones de menor difusión, como las de “*boletín*”, “*boleto*”, “*misiva resolutoria*” o “*carta de cese*”<sup>796</sup>.

De este precepto se extrae una doble apreciación: por un lado, este artículo alude al instrumento con el que se ha de comunicar la extinción de la relación laboral –la carta de despido–; por otro lado, la necesidad de que el mecanismo que informa del despido llegue a conocimiento del trabajador. Esta voluntad de despedir debe exteriorizarse a través de un cauce legalmente establecido no permitiéndose la libertad de forma. Se trata de una exigencia de derecho necesario absoluto que no puede dispensarse ni modificarse por convenio colectivo o contrato individual<sup>797</sup>. En efecto, la carta de despido posee naturaleza recepticia por lo que sus consecuencias se constituyen sin obligación de que el receptor acepte o rechace los efectos de la misiva. La única alternativa que el empleado puede adoptar al respecto es la de impugnar el despido disciplinario o dejar transcurrir el plazo del ejercicio de la acción judicial<sup>798</sup>.

La forma de anunciar al trabajador los hechos que originan la extinción laboral así como la fecha en la que comenzará a tener efectos cumple un triple propósito<sup>799</sup>: a) Que el trabajador pueda comprender los hechos que ocasiona su despido a fin de que pueda impugnarlos proponiendo la práctica de las pruebas que estime pertinentes. b)

<sup>795</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 114.

<sup>796</sup> MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 48.

<sup>797</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: “Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 779.

<sup>798</sup> ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 280.

<sup>799</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 971 y 972.

Encuadrar los términos de la controversia judicial sin que el empresario pueda manifestar hechos desemejantes a los recogidos en la carta de despido. c) Determinar la fecha, a partir de la cual, empieza a computarse el plazo que posee el trabajador despedido para que –y en caso de disconformidad con la decisión empresarial– pueda reclamar.

Carta que ha de ser motivada de una forma muy precisa y pormenorizada con descripción de la actitud o hecho que origina el despido disciplinario –qué, cómo, cuándo y dónde acontecieron los hechos– así como la fecha a partir de la cual el despido es efectivo<sup>800</sup>. Especificación de la conducta que debe contener las pertinentes exigencias cronológicas referidas al momento en el que los hechos fueron realizados con propósito de verificar si dichas faltas se encontraban prescritas o no cuando fueron sancionadas<sup>801</sup>.

Además al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido. La carta de despido satisface una función trascendental al encuadrar en el plano judicial el objeto del proceso de despido de modo que, de impugnarse la extinción de la relación laboral, los términos de la disputa deben quedar restringidos a la comprobación de los hechos que figuran en la comunicación, no consintiendo al empresario invocar otro objeto de oposición a la demanda que las razones contenidas en la comunicación escrita<sup>802</sup>.

Al final la carta de despido es un instrumento con dos claras intenciones: alcanzar que el despedido posea conocimiento de las causas o hechos por los que se le despide para que pueda planificar su defensa y acotar las imputaciones que la empresa haga en el juicio al ser solo manejables los incumplimientos que consten en la mencionada carta<sup>803</sup>. Cuestión importante es la consistente en evaluar si los hechos que figuran en la carta de despido evitan la situación de confusión y desamparo que se generaría si el empresario procediera a despedir sin razón de causa o con imputaciones genéricas. Lo cierto es que una imputación genérica e indeterminada con clara ambigüedad actuaría en contra de la finalidad de la comunicación escrita provocando una discrepancia jurídica y procesal que no puede ser estimada<sup>804</sup>.

---

<sup>800</sup> TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “El despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al*: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 73.

<sup>801</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 972.

<sup>802</sup> MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2009, p. 22.

<sup>803</sup> GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 60.

<sup>804</sup> SAGARDOY DE SIMÓN, I.: “La forma del despido disciplinario”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 212.

#### 4. La prescripción de las faltas laborales: el plazo para ejercer el poder sancionador del empresario

El artículo 60.2 ET se refiere al plazo de prescripción de las faltas laborales. Sobre los plazos de prescripción de las faltas la jurisprudencia viene refiriéndose a una “*prescripción corta*” en relación con los 10, 20 o 60 días de prescripción de las faltas leves, graves o muy graves contadas a partir de la fecha en el que la empresa tuvo conocimiento de su comisión; y a una “*prescripción larga*” en relación con el plazo de los seis meses de haberse cometido; ambas prescripciones sin exclusión de los días inhábiles.

La consumación de una falta por el trabajador origina la apertura de un plazo de seis meses para poder ser sancionada debiendo actuar el empresario dentro del plazo de la prescripción corta que computa desde que se tiene conocimiento de la desobediencia cometida. De este modo, el legislador fija –en lo que a las faltas muy graves se refiere que son las que pueden justificar un despido y de acuerdo con el principio de proporcionalidad que rige en el ámbito del poder disciplinario empresarial– dos plazos: el de prescripción corta y el de prescripción larga<sup>805</sup>. De acuerdo con lo manifestado resaltar una serie de matizaciones<sup>806</sup>:

— Por lo que se refiere a la prescripción corta:

El *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción corta no comienza por el menoscabo sufrido por la empresa sino desde el conocimiento de la conducta sancionable –ya sea por la empresa en sí o por el titular de las facultades sancionadoras<sup>807</sup>–. Conocimiento que no ha de ser “*superficial, genérico o indiciario*”<sup>808</sup> de la falta cometida sino que requiere un conocimiento “*pleno, cabal y exacto*”<sup>809</sup>. La jurisprudencia estima que el término “*conocimiento*” al que alude el artículo 60.2 ET, es sinónimo de convicción o certeza suficiente, en cuanto a los hechos y a las circunstancias relevantes para asignarles el carácter de gravedad requerido. Se exige no solo un conocimiento muy claro en cuanto a los hechos –para que pueda comenzar a computarse el plazo de la prescripción– sino que además debe conocerse

<sup>805</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 977.

<sup>806</sup> *Ibidem*, pp. 977 y ss.

<sup>807</sup> STSJ Castilla-La Mancha 12 de febrero de 2002 [AS 2002, 1820].

<sup>808</sup> STS 19 de junio de 2002 [RJ 2002, 8522]. *Vid.* STSJ Asturias 22 de junio de 2012 [AS 2012, 2567] o STSJ Andalucía/Sevilla 22 de noviembre de 2017 [JUR 2018, 11899].

<sup>809</sup> STS 22 de mayo de 1996 [RJ 1996, 4607]. *Vid.* STSJ 16 de octubre de 2017 [JUR 2017, 278933] y STSJ Extremadura 8 de junio de 2017 [JUR 2017, 176907].

por quienes en la configuración empresarial se responsabilizan del régimen disciplinario<sup>810</sup>.

— Por lo que se refiere a la prescripción larga:

El *dies a quo* del cómputo de la llamada prescripción larga se inicia a raíz de la comisión de la falta. Sin embargo, para las faltas continuadas el día inicial del plazo largo de la prescripción se inicia desde la comisión del último acto ilícito cometido que completa la entidad total de la infracción<sup>811</sup>. Con otras palabras: “*en el momento en que el trabajador decide el abandono voluntario de su conducta infractora y no con referencia a actos aislados que manifiesten la misma*”<sup>812</sup>. Algo equivalente sucede en las denominadas faltas clandestinas en donde los tribunales vienen comprendiendo que el inicio de la prescripción larga lo es también a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de la realización del hecho como si de la prescripción corta se tratase.

Lo cierto es que la postura jurisprudencial se encuentra unificada por doctrina del Tribunal Supremo que ha estimado que la regla de partida para el cómputo del plazo largo de prescripción es la establecida legalmente: por tanto, comienza a contar desde que se cometió la falta y no desde que la empresa tuvo conocimiento de la misma. Pero aplicar esta previsión normativa en su literalidad haría imposible la persecución de determinadas acciones imputables como en las citadas faltas continuadas u ocultadas por el propio trabajador beneficiándose de las facultades otorgadas por su situación personal en la empresa. Lo que ha hecho la jurisprudencia en estos casos excepcionales no es modificar la regla legal del cómputo, pues no puede hacerlo en atención al principio constitucional de legalidad –artículo 117.1 de la Constitución Española–, sino aplicar las previsiones legales para entender que el día en que se cometió la falta fue aquel en el que se consumó la última o en que cesó la deslealtad en que se traducía la ocultación. La jurisprudencia no ha modificado la regla legal aunque sí que la ha acomodado e interpretado a las circunstancias de cada caso para aceptar que mientras la falta se esté cometiendo –por continuada o por ocultada– la apreciación por el empresario de su comisión constituye el momento inicial del plazo: desde ese instante la falta ya es patente y debe sancionarse –el plazo comienza a computar desde que tiene conocimiento el órgano de la empresa que posea facultad de sancionar siendo indiferente que conocieran la falta otros trabajadores o jefes si no tienen facultad punitiva<sup>813</sup>–. Esta previsión legal es aplicada siempre que el trabajador siga ocultando o cometiendo la falta; en caso contrario, el plazo de los seis meses computa desde la

<sup>810</sup> RABANAL CARBAJO, P. F.: “La prescripción de las faltas laborales en la última jurisprudencia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 297.

<sup>811</sup> STS 14 de mayo de 1990 [RJ 1990, 4316].

<sup>812</sup> STS 7 de noviembre de 1990 [RJ 1990, 8558].

<sup>813</sup> CEBRIÁN CARRILLO, A.: “Las prescripciones de las faltas laborales”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 381.

última falta cometida –en caso de falta continuada– o desde que cesó la ocultación – caso de faltas ocultadas o clandestinas–<sup>814</sup>.

— Por lo que se refiere a la prescripción corta y larga:

El conocimiento por el empresario de la comisión de la falta al poco tiempo de que prescriba el plazo de prescripción larga –por ejemplo, a los 5 meses y 25 días– provoca el interrogante respecto a si finaliza a los seis meses –prescripción larga– o por el contrario se produce la apertura del período de 20, 30 y 60 días –prescripción corta–. Al respecto, existen opiniones doctrinales diversas<sup>815</sup>. Por nuestra parte entendemos que los plazos actúan independientemente, por lo que una vez se tenga constancia de la falta cometida dentro del plazo largo –por lo tanto, lo importante es la fecha de conocimiento– comienza el cómputo del plazo de prescripción corta en su totalidad: 20, 30 o 60 días. No obstante, se aconseja que antes de que finalice el plazo de 6 meses se ponga en conocimiento del empleado el inicio de las indagaciones o averiguaciones sobre la falta cometida –con acuse de recibo–.

En resumen el ordenamiento jurídico español establece un sistema sustentado en tres componentes con los que determinar el tiempo máximo para el ejercicio concreto del poder sancionador empresarial: a) el tiempo al que nos referimos opera en términos prescriptivos; b) existe un plazo de prescripción que comienza cuando el empleador es conocedor de la transgresión consumada por el empleado denominado “*prescripción corta*”; y c) existe plazo de prescripción más amplio y doblegado al anterior que acontece desde la comisión del ilícito denominado “*prescripción larga*”<sup>816</sup>.

En caso de estimarse la existencia de prescripción de la falta por el órgano judicial, el despido practicado será declarado improcedente al no poderse sancionar lo que ya ha prescrito –aún en el supuesto de que se haya probado la existencia de las faltas, así como la gravedad y culpabilidad del trabajador–.

## **5. Las oportunidades otorgadas al empresario para subsanar los defectos formales**

Con anterioridad a la reforma laboral de 1994 –realizada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social– la inadvertencia de los requisitos de forma –impuestos por la legislación– llevaba aparejada la declaración de nulidad del despido de modo que el empresario venía obligado a readmitir al trabajador sufragando

<sup>814</sup> STS 15 de julio de 2003 [RJ 2004, 5410].

<sup>815</sup> Vid. CEBRIÁN CARRILLO, A.: “Las prescripciones de las faltas laborales”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., pp. 382 y ss.

<sup>816</sup> RABANAL CARBAJO, P. F.: “La prescripción de las faltas laborales en la última jurisprudencia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 288.

los salarios correspondientes al período de tramitación. Pero ya se le reconocía al empresario *ex lege* la facultad de proceder a la corrección de defectos formales después de dictar sentencia en la que declarara el despido nulo e incluso antes de recaer esta sentencia<sup>817</sup>. La reforma precitada introdujo de forma explícita en el ordenamiento jurídico una segunda oportunidad de subsanación precisando los presupuestos y los efectos aparejados de esa corrección<sup>818</sup>.

La legislación actual otorga dos oportunidades con las que subsanar las deficiencias de forma que se hayan cometido durante el procedimiento de despido con el fin de que el empresario pueda contar con una nueva ocasión con la que extinguir la relación laboral ocasionando la ruptura definitiva del contrato de trabajo por las causas disciplinarias recogidas en el ET.

### 5.1 La primera oportunidad

El artículo 55.2 ET establece que “*si el despido se realizara inobservando lo establecido en el apartado anterior, el empresario podrá realizar un nuevo despido en el que cumpla los requisitos omitidos en el precedente. Dicho nuevo despido, que solo surtirá efectos desde su fecha, solo cabrá efectuarlo en el plazo de veinte días, a contar desde el siguiente al del primer despido*”<sup>819</sup>.

El propósito del precepto no es otro que el de favorecer legalmente al empresario eludiendo la declaración judicial de improcedencia del despido por incumplimiento de exigencias formales. De la sola literalidad del artículo se exterioriza que este precepto trata de regular aquella situación en la que se puede situar un empresario que después de despedir a un trabajador considera –por sí mismo o después del oportuno asesoramiento jurídico– que el despido se realizó sin atender a las formalidades procedimentales requeridas por el artículo 55.1 ET<sup>820</sup>. La conclusión a la que se llegaría a partir de un despido producido sin los requisitos formales que dicho precepto exige, sería declarar dicho despido como improcedente, de conformidad con las previsiones estatutarias contenidas en el apartado 4 *in fine* del citado artículo 55 ET. Con esta facultad de enmendar la situación el legislador ha pretendido dar al empleador la posibilidad de subsanar los defectos formales cometidos por su propia actuación<sup>821</sup>.

<sup>817</sup> STS 3 de octubre de 1989 [RJ 1989, 7102].

<sup>818</sup> MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., pp. 57 y 58.

<sup>819</sup> Vid. MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: “Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al*: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 782.

<sup>820</sup> GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 71.

<sup>821</sup> STS 10 de noviembre de 2004 [RJ 2004, 8010].

El ET le concede al empresario una primera oportunidad con la que poder corregir los vicios formales cometidos al efectuar el primer despido dentro del improrrogable plazo de veinte días naturales –plazo de naturaleza civil<sup>822</sup> y no procesal–<sup>823</sup>. Esta brevedad del plazo pretende solucionar los problemas de inseguridad evitando demoras en el procedimiento<sup>824</sup>. Este segundo despido solo surte efectos desde su fecha<sup>825</sup>.

Es conveniente destacar que<sup>826</sup>: a) Este plazo es de caducidad –al pertenecer al orden público expresado por norma imperativa– y no prescriptivo. Se trata de un plazo de caducidad que tiene establecido un límite insuperable de veinte días que no es posible sobrepasar ni subsanar al establecerse en una norma que puede considerarse de orden público por la finalidad garantista que la preside<sup>827</sup>. Si la corrección de los defectos formales se producen dentro del plazo, se comprende que estamos ante un segundo despido contra el que, en su caso, tendrá que reaccionar el trabajador mientras que si la subsanación se produce fuera de dicho plazo no tendrá ningún valor como nuevo despido y habrá que estar al primero con todos sus efectos negativos para el empleador<sup>828</sup>. b) No se excluyen los días inhábiles. Al constituirse como plazo civil y no procesal es doctrina jurisprudencial unificada que de su cómputo no se excluyen los días inhábiles<sup>829</sup>. c) Ya no cabe la subsanación de defectos formales del primer despido hasta la presentación de la demanda.

Al realizar este segundo despido que subsana el anterior *ante portas* de su revisión jurisdiccional, el empresario queda obligado a pagar al trabajador los salarios devengados<sup>830</sup>.

El empleador al consumir este segundo despido se le otorga la facultad de ampliar la motivación de la decisión extintiva para insertar hechos anteriores al primer despido –que no fueron mencionados o no se detallaron correctamente en el primer

<sup>822</sup> STS 10 de noviembre de 2004 [RJ 2004, 8010].

<sup>823</sup> ARUFE VARELA, A.: “Tres apuntes acerca del plazo para la realización de un nuevo despido previo con defectos de forma”, en GARATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: 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 de Santiago de Compostela*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1997, p. 125.

<sup>824</sup> GOERLICH PESET, J. M<sup>a</sup>.: *La extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 95.

<sup>825</sup> TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, cit., p. 102.

<sup>826</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 1005 y ss.

<sup>827</sup> STS 10 de noviembre de 2004 [RJ 2004, 8010].

<sup>828</sup> ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 288.

<sup>829</sup> GÓMEZ CABALLERO, P.: “El despido disciplinario: aspectos relativos a su formalización y calificación”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1996, pp. 479 y ss.

<sup>830</sup> BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, cit., p. 109.

despido—<sup>831</sup>. Pero si decide añadir conductas y acciones reprochables cometidas con posterioridad, en este caso, nos encontraríamos ante un nuevo despido independiente del anterior que disfruta de autonomía y sustantividad propia, iniciándose los concernientes plazos de caducidad de la acción, en cada uno de los despidos, a partir del momento en que se exteriorizó la voluntad de despedir<sup>832</sup>.

Por tanto, si se trata de una carta de simple subsanación cuyo objetivo es, en términos del artículo 55.2 ET, cumplir con los requisitos omitidos en el precedente despido mediante la concreción escrita de los hechos que lo motivaron –por ejemplo para subsanar un despido verbal–, es evidente que nos encontramos, a efectos de caducidad, ante un despido que queda sin efecto por la posterior carta explicativa que lo anula. Es la razón por la que, en tales casos, el artículo 55 ET impone al empresario la obligación de poner a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios manteniéndole durante los mismos en alta en la Seguridad Social como si éste hubiera permanecido trabajando durante ese período.

Pero si esta subsanación imputa al trabajador hechos posteriores a los que provocaron el despido inicial, es obvio que entonces no cabe hablar de subsanación de defectos formales ni de concreción de hechos, sino de un nuevo despido independiente del anterior: ya no se trata de cumplir los requisitos omitidos en la primera comunicación sino de invocar unos incumplimientos nuevos –lo que plantea cuestiones distintas en orden a la existencia de un eventual despido *ad cautelam* –<sup>833</sup>. Por tanto, cuando el primer despido quedó consumado existiendo posteriormente una segunda misiva que amplía las razones para despedir no cabe reconducir este supuesto al artículo 55.2 ET<sup>834</sup>.

## 5.2 La segunda oportunidad

De acuerdo con el artículo 110.4 LRJS cuando “*el despido fuese declarado improcedente por incumplimiento de los requisitos de forma establecidos y se hubiese optado por la readmisión, podrá efectuarse un nuevo despido dentro del plazo de siete días desde la notificación de la sentencia. Dicho despido no constituirá una subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo despido, que surtirá efectos desde su fecha*”. De esta manera se le brinda al empresario una segunda oportunidad de subsanación de vicios de forma que será considerado un nuevo despido –ambas

---

<sup>831</sup> MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., pp. 59 y 60.

<sup>832</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 1004.

<sup>833</sup> STS 14 de abril de 2000 [RJ 2000, 3957].

<sup>834</sup> ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 288.



oportunidades se prevén de forma acumulativa y no alternativa<sup>835</sup>-. Este despido, por una parte, constituye un negocio extintivo completamente nuevo y distinto del primitivo e ineficaz que no por el hecho de corregir los defectos que poseía lo reconstruye *ex post*; por otra parte, presupone un desistimiento formal del acto extintivo original y una reconstrucción *ex tunc* de la relación laboral<sup>836</sup>.

De la propia literalidad del precepto se desprende que lo que se trata de regular es aquella situación en la que se ha declarado judicialmente la improcedencia del despido por incumplimiento de los requisitos de forma otorgándole al empleador la posibilidad de subsanar defectos formales. Ahora bien, esta subsanación en beneficio del empresario se ha llevado a cabo imponiendo determinadas condiciones o requisitos con los que no perjudicar los derechos de defensa del trabajador; por ello, en lugar de calificar la rectificación del despido como “subsanación” se le prefiere otorgar la consideración explícita de un nuevo despido, a partir del cual, nacerá el *dies a quo* para el ejercicio de la posible acción del trabajador contra el mismo. Además, la validez de dicha subsanación transformada –por imperio de la ley– en un nuevo despido se condiciona al cumplimiento de otro límite garantista, cual es, el de que se lleve a cabo dentro del plazo de siete días exigiéndose, a su vez, que el empleador al realizar el despido ponga a disposición del trabajador los salarios devengados en los períodos intermedios y lo mantenga –durante los mismos– en alta en la Seguridad Social<sup>837</sup>. Asimismo, el plazo conferido de siete días es un plazo “*fatal*”<sup>838</sup>, pues una vez transcurrido este período de tiempo, la declaración de improcedencia del despido adquiere la condición de cosa juzgada<sup>839</sup>.

Los efectos de la primera y segunda oportunidad de despedir rectificando defectos formales podrían sintetizarse de la siguiente forma: si el empleador dejara transcurrir el plazo de veinte días que se le concede para la subsanación –primera oportunidad– éste habrá de soportar imperativamente los efectos de la sentencia condenatoria –declarativa de la improcedencia por falta de forma– debiendo esperar a que se produzca la apertura del segundo plazo de siete días –segunda oportunidad de subsanación– a la notificación de la sentencia. Pero en el supuesto de que el empleador deje de transcurrir este segundo plazo –de siete días– ya sí tendrá que soportar las consecuencias de la declaración de improcedencia por falta de forma sin ocasión alguna de volver a despedir por los mismos hechos.

---

<sup>835</sup> MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 505.

<sup>836</sup> SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, cit., p. 269.

<sup>837</sup> STSJ Madrid 5 de diciembre de 2006 [JUR 2007, 83556].

<sup>838</sup> STS 13 de octubre de 1982 [RJ 1982, 6157].

<sup>839</sup> SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, cit., p. 280.

## 6. La caducidad en el plazo de impugnación del despido: la actuación del trabajador contra la decisión empresarial

Si el trabajador no está de acuerdo con la decisión empresarial de extinguir la relación laboral puede impugnarla. A estos efectos, el artículo 59.3 ET manifiesta que el ejercicio de la acción contra el despido “*caducará a los veinte días siguientes de aquel en que se hubiera producido. Los días serán hábiles y el plazo de caducidad a todos los efectos. El plazo de caducidad quedará interrumpido por la presentación de la solicitud de conciliación ante el órgano público de mediación, arbitraje y conciliación competente*”.

Como hemos comentado, el empresario dispone de un plazo de prescripción de sesenta días para reaccionar frente a las faltas muy graves cometidas por el empleado; por contra, el trabajador ha de impugnar la sanción en el plazo de caducidad de tan solo veinte días. La consecuencia se traduce en la siguiente afirmación: el legislador reclama al empleado una mayor diligencia que la exigida al empresario –profesional–. El trabajador ha de reaccionar contra la extinción del contrato de trabajo en un plazo de caducidad de veinte días –período que no admite interrupciones y sólo algún supuesto de suspensión establecido por ley– frente a la sanción que fue impuesta por el empleador en un plazo de sesenta días –período que sí admite determinadas causas de interrupción y alguna suspensiva–. De la situación actual puede deducirse un claro privilegio sobre el poder disciplinario del empresario<sup>840</sup>.

Que la reclamación contra el despido deba efectuarse dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquel en que se hubiese producido revela las siguientes particularidades: a) Que a efectos del cómputo del plazo de caducidad de la acción, el día en que se produce el despido no computa. En efecto, sabido es que el cómputo para el plazo de los referidos veinte días no ha de tomar como *dies a quo* el de la recepción de la carta de despido sino aquel en el que se produce efectivamente el mismo. El cómputo del plazo para el ejercicio de la acción por despido tiene lugar, no cuando el trabajador tiene conocimiento de la voluntad del empleador de rescindir sus servicios sino desde el día siguiente a aquel en que se produce de manera efectiva el despido con arreglo al principio *dies a quo non computator in termino*<sup>841</sup>. Tal argumentación puede extraerse del artículo 5.1 del Código Civil –influenciado por la citada expresión latina<sup>842</sup>– y que dispone: “*siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente*”. b) Por tanto, el plazo para reclamar frente al

<sup>840</sup> GIL Y GIL, J. L.: “La caducidad de la acción de despido”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., pp. 747 y 748.

<sup>841</sup> STSJ Cataluña 20 de abril de 1994 [AS 1994, 1469].

<sup>842</sup> GODINO REYES, M.: “Caducidad del despido”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 318.

despido comienza a correr a partir del siguiente día hábil a aquel en que se produce el despido<sup>843</sup>.

Calificar de caducidad el plazo para el ejercicio de una acción implica, a semejanza de lo que ocurre con los plazos de prescripción, que tal caducidad pueda ser aducida no solo por la parte sino también estimable de oficio por el órgano judicial<sup>844</sup>. Dado que la caducidad es una institución que opera automáticamente su apreciación por el juzgador impedirá entrar sobre el fondo de la cuestión hasta tanto no se encuentre resuelta la misma, sin que ello suponga infracción del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a una resolución sobre el núcleo del asunto – artículo 24 de la Constitución Española–; así se pretende dotar de seguridad al tráfico jurídico instando a la definitiva pérdida de los derechos y acciones del titular que no los haya ejercitado dentro del plazo establecido por ley<sup>845</sup>.

---

<sup>843</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N. y GARCÍA VALVERDE, M<sup>a</sup>. D.: “Artículo 103. Presentación de la demanda por despido”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M<sup>a</sup>. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al*: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 580.

<sup>844</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 1012.

<sup>845</sup> CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, A. M<sup>a</sup>.: “El proceso de despido: de la demanda a la sentencia”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 203.



## CAPITOLO XI. LA QUALIFICAZIONE DEL LICENZIAMENTO: GIUSTIFICATO MOTIVO, INVALIDITÀ E NULLITÀ DEL LICENZIAMENTO

**SUMARIO.** CAPITOLO XI. LA QUALIFICAZIONE DEL LICENZIAMENTO: GIUSTIFICATO MOTIVO, INVALIDITÀ E NULLITÀ DEL LICENZIAMENTO. 1. Il licenziamento per giustificato motivo: conseguenze giuridiche. 2. L'invalidità, illegittimità o mancanza di giusta causa del licenziamento: conseguenze giuridiche. 2.1 Le ragioni dell'invalidità o illegittimità del licenziamento: forma e sostanza. 2.2 Le conseguenze giuridiche dell'illegittimità o invalidità del licenziamento. 2.2.1 La scelta per la riammissione. 2.2.2 La scelta per la cessazione indennizzata. 2.3 Lo stipendio non più ricevuto dall'attuazione del licenziamento: i “*salarios de tramitación*”. 3. La nullità del licenziamento: conseguenze giuridiche. 3.1 La nullità del licenziamento per discriminazione o violazione dei diritti fondamentali o delle libertà civili. 3.2 La nullità del licenziamento durante circostanze biologiche e familiari particolarmente tutelate. 3.3 Le conseguenze giuridiche della nullità del licenziamento: le differenze con il licenziamento illegittimo o invalido.

Conformemente a quanto stabilito dagli articoli 55 e 56 ET e 108 e successivi LRJS, il licenziamento impugnato dal lavoratore può essere qualificato come giustificato –o legittimo–, invalido –illegittimo o senza giusta causa– o nullo, essendo diversi gli effetti vincolati a ognuna delle qualificazioni suddette. Questa tripla qualificazione del licenziamento esiste da sempre nella legislazione spagnola del lavoro.

La qualificazione del licenziamento compete al giudice dopo l'esame, la determinazione e la prosecuzione di tutte le accuse, le prove e i dati contenuti nel fascicolo, che può coincidere o meno con la mozione di qualificazione richiesta dall'impiegato<sup>846</sup>.

Le possibilità qualificatorie del licenziamento sono chiuse –*numerus clausus*–: non può indicarsi qualificazione diversa da quelle legalmente previste. Nemmeno è possibile una qualificazione di licenziamento per ragioni distinte da quelle che legalmente devono portare a questa qualificazione.

### 1. Il licenziamento per giustificato motivo: conseguenze giuridiche

Il giustificato motivo implica la giustificazione del licenziamento e il suo carattere opportuno<sup>847</sup>. Pertanto, è licenziamento conforme a diritto adeguato in quanto alla forma e al contenuto<sup>848</sup>. Questa dichiarazione di giustificato motivo del

<sup>846</sup> STS 20 dicembre 1989 [RJ 1989, 9254], STSJ Galicia 30 dicembre 2017 [JUR 2017, 16331], STSJ Cataluña 9 marzo 2017 [AS 2017, 549], STSJ Extremadura 31 marzo 2017 [JUR 2017, 118139] e STSJ Aragón 25 gennaio 2017 [JUR 2017, 27237].

<sup>847</sup> BAYLOS GRAU, A. e PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, cit., p. 146.

<sup>848</sup> TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “El despido disciplinario”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 74.

licenziamento disciplinare origina importanti conseguenze. La prima è la convalidazione dell'estinzione della relazione lavorativa<sup>849</sup>. La seconda è la non esistenza –a favore del lavoratore– del diritto a indennizzo né a “*salarios de tramitación*”. La terza, riferita alla possibile responsabilità di indennizzo del lavoratore a favore dell'imprenditore.

Pertanto, deve affrontarsi la questione riguardo al fatto che il lavoratore debba farsi carico del pagamento del corrispondente indennizzo dei danni causati all'imprenditore. Se la dichiarazione giudiziale di giustificato motivo del licenziamento evidenzia che il lavoratore ha disatteso al contratto in modo grave e colpevole potrà esserci una rivendicazione se la condotta dell'impiegato ha causato un danno patrimoniale all'imprenditore<sup>850</sup>. La dottrina è incline a considerare esigibile tale responsabilità<sup>851</sup> –in virtù dell'articolo 1101 del Codice Civile– anche se la giurisprudenza tende a rifiutarla, salvo inadempimenti dolorosi o sconsideratamente negligenti –per capire che il datore di lavoro deve assumere, tra gli altri rischi, quelli derivanti da errori o sviste del lavoratore che non costituiscano gravità sufficiente–<sup>852</sup>.

Uno degli elementi essenziali e caratteristici del contratto di lavoro è l'estraneità, che significa che è il datore di lavoro, e non il lavoratore, a raccogliere i frutti e ad affrontare i rischi derivanti dal lavoro effettuato, fra questi, quelli che derivano da errori o sviste dei lavoratori. Richiedere attività e risultati ottimali con conseguenze risarcitorie in caso contrario, comporterebbe un impedimento totale e assoluto all'accettazione della maggior parte del lavoro per conto terzi: quanto detto è da considerarsi come risultato del potenziale e grave rischio patrimoniale che implicherebbe la gestione di costosi strumenti di lavoro di cui oggi si dispone nelle imprese. Ciò obbliga a puntualizzare i tradizionali criteri civili di responsabilità di indennizzo contrattuale e a richiedere, affinché possa nascere nell'ambito lavorativo, che la colpa o la negligenza del lavoratore siano gravi, qualificate o di entità sufficiente. Ossia: non ogni errore, colpa o dimenticanza del lavoratore può dar luogo al risarcimento dei danni causati dal suo stesso modo di operare o agire, costringendo ad attenersi alle circostanze di ciascun caso per determinare il grado di disattenzione dei provvedimenti e assistenza esigibile da ogni lavoratore<sup>853</sup>.

---

<sup>849</sup> STC 33/1987, 12 marzo [RTC 1987, 33].

<sup>850</sup> ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al*: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 297.

<sup>851</sup> STSJ Canarias/Tenerife 18 aprile 2006 [AS 2006, 1779] e STSJ Madrid 28 marzo 2007 [AS 2007, 1942]. Diversamente, STSJ País Vasco 24 aprile 2007 [AS 2007, 3331].

<sup>852</sup> STS 14 novembre 2007 [RJ 2008, 1002], STS 23 novembre 1989 [RJ 1989, 8243], STSJ Comunidad Valenciana 1 marzo 2017 [JUR 2017, 147343] e STSJ Murcia 22 giugno 2017 [JUR 2017, 200171].

<sup>853</sup> STS 14 novembre 2007 [RJ 2008, 1002].

## 2. L'invalidità, illegittimità o mancanza di giusta causa del licenziamento: conseguenze giuridiche

Invalido o illegittimo significa non conforme al diritto<sup>854</sup>, intendendo che tale disconformità è di indole sostanziale e non solo formale<sup>855</sup>. L'invalidità o illegittimità implica che la cessazione del contratto di lavoro non doveva aver luogo<sup>856</sup>.

L'organo giudiziale può qualificare il licenziamento come invalido, illegittimo o senza giusta causa per due motivi: invalidità o illegittimità formale –quando il licenziamento non è conforme ai requisiti legali– o invalidità o illegittimità materiale o sostanziale –quando adeguandosi il licenziamento alle formalità legali, non finisce giustificando l'inadempimento addotto dal datore di lavoro nella lettera di licenziamento–.

Prima che venga effettuata la valutazione della sostanza o materia del caso, qualificando un licenziamento come invalido o illegittimo –cioè, senza giusta causa–, è necessario esaminare l'osservanza dei requisiti formali imposti dal legislatore e dal contratto collettivo, in quanto, in caso si riscontri una mancanza delle formalità corrispondenti, non si dovrà giudicare la sostanza del caso, dichiarando *ipso facto* l'invalidità o illegittimità del licenziamento disciplinare<sup>857</sup>.

### 2.1 Le ragioni dell'invalidità o illegittimità del licenziamento: forma e sostanza

La dichiarazione di invalidità o illegittimità per ragioni di forma del licenziamento disciplinare può essere originata da diverse cause: attraverso un licenziamento verbale, attraverso una comunicazione di licenziamento scritta che non soddisfaceva i requisiti legali, per inosservanza o rispetto difettoso dei doveri di udienza al delegato sindacale e/o trattare casi contraddittori previ, o per l'inosservanza o esecuzione insufficiente delle formalità complementari eventualmente previste nel corrispondente contratto collettivo –tra le altre circostanze–.

Le conseguenze che il sistema giuridico riconosce alla dichiarazione di invalidità o illegittimità per mancanza di forma non differiscono per i casi di invalidità o illegittimità per motivi sostanziali. Tuttavia, va ricordato che –come è stato chiarito in occasioni precedenti–, la legislazione spagnola concede diversi poteri affinché il datore di lavoro modifichi le imperfezioni formali –requisiti formali– nelle quali sarebbe

<sup>854</sup> Secondo il dizionario dell'Accademia Spagnola (RAE).

<sup>855</sup> MONTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, in AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., pp. 503 e 504.

<sup>856</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, cit., p. 106.

<sup>857</sup> GALIANA MORENO, J. M.: “Algunas consideraciones sobre la improcedencia de despido por razones formales”, in GARATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: 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 de Santiago de Compostela*, cit., p. 96.

incorso nel primo licenziamento con il fine di estinguere la relazione lavorativa per gli stessi fatti di quelli dichiarati formalmente invalidi o illegittimi.

Abbandonando l'invalidità o illegittimità per ragioni di forma, il licenziamento disciplinare può anche essere dichiarato illegittimo per ragioni legate alla sostanza del caso –non riferendoci più alle formalità richieste–. Data l'ampia nozione di licenziamento usata dai tribunali spagnoli, la qualificazione del licenziamento invalido o illegittimo è adeguato anche nei casi in cui, addotta dal datore di lavoro qualsiasi causa di estinzione della relazione lavorativa<sup>858</sup>, questa causa manchi di validità, vigenza, operatività o efficacia<sup>859</sup>.

Per ragioni sostanziali, il licenziamento può essere dichiarato invalido o illegittimo per i seguenti motivi<sup>860</sup>: 1) Quando si verificano le disobbedienze che si imputano all'impiegato ma senza che siano sufficienti per giustificare l'imposizione della sanzione del licenziamento per non indicare gravità sufficiente e mancare l'equilibrio che si richiede tra la mancanza commessa e la sanzione inflitta. 2) Quando non si è potuta dimostrare la realtà degli inadempimenti che vengono imputati al lavoratore indipendentemente dal fatto che i motivi disciplinari sostenuti dal datore di lavoro siano veri o falsi. 3) Quando le mancanze imputate al lavoratore sono state oggetto di sanzione in precedenza –agendo contro il principio *non bis in idem*–. 4) Quando le mancanze imputate al lavoratore erano state prescritti prima della data di registrazione del licenziamento. A differenza dell'illegittimità o invalidità per ragioni di forma, nei licenziamenti per motivi di sostanza, in nessun modo è possibile porvi rimedio<sup>861</sup>.

## 2.2 Le conseguenze giuridiche dell'illegittimità o invalidità del licenziamento

In questo paragrafo formuleremo gli effetti comuni a tutti i casi in cui il licenziamento disciplinare è dichiarato invalido o illegittimo, sia che si tratti di ragioni di sostanza o per ragioni di forma. Conformemente all'articolo 56.1 ET, quando il licenziamento è dichiarato invalido o illegittimo, *“il datore di lavoro, entro cinque giorni dalla notificazione della sentenza, potrà optare tra la riammissione del lavoratore o il pagamento di un risarcimento equivalente a trentatré giorni di stipendio per anno di servizio, proporzionando per mesi i periodi inferiori a un anno, fino a un massimo di ventiquattro mensilità. L'opzione di risarcimento determina la cessazione del contratto di lavoro, che si considera avvenuta alla data di interruzione effettiva dall'occupazione”*.

---

<sup>858</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, in ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 1027.

<sup>859</sup> STS 2 novembre 1993 [RJ 1993, 8346].

<sup>860</sup> MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., pp. 79 e 80.

<sup>861</sup> TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “El despido disciplinario”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 76.



È evidente che la norma del lavoro che il diritto al datore di lavoro è in contraddizione con il principio generale che dovrebbe essere la parte lesa ad avere la facoltà di scegliere la forma di applicazione<sup>862</sup>. Il legislatore nei casi di illegittimità o invalidità –tanto per ragioni di forma come di sostanza– concede al datore di lavoro la facoltà di scegliere tra la riammissione del lavoratore –che meglio si adatta al principio di stabilità del lavoro<sup>863</sup>– o la risoluzione di risarcimento di questo, per cui la sentenza dichiarativa dovrà rispettare qualsiasi obbligo alternativo<sup>864</sup>.

Entrambe le condanne –riammissione o risarcimento– conseguenti all’illegittimità o invalidità hanno profili distinti: la prima impone un obbligo del fare; la seconda il pagamento di una determinata quantità<sup>865</sup>. Tuttavia, questo potere che il legislatore concede al datore di lavoro si trasferisce al lavoratore quando svolge funzioni rappresentative –legali, sindacali o di prevenzione– o quando è responsabile della prevenzione di rischi lavorativi, o quando si concede tale prerogativa a beneficio dell’impiegato per il suo stesso contratto collettivo o per un contratto individuale<sup>866</sup>.

### 2.2.1 La scelta per la riammissione

Quando si sceglie l’opzione della riammissione la preferenza si effettua conformemente alle condizioni di lavoro applicate prima della data di efficacia del licenziamento. Secondo l’articolo 56.2 ET, *“nel caso in cui si opti per la riammissione, il lavoratore avrà diritto a “salarios de tramitación”. Questi equivalgono a una quantità uguale alla somma dei salari che non si sono più percepiti dalla data del licenziamento fino alla notificazione della sentenza che ne dichiara l’illegittimità o invalidità o fino a quando non si sia trovato un altro impiego, se tale collocamento fosse previo a tale sentenza e fosse dimostrato dall’imprenditore ciò che è stato percepito, per scontarlo dai “salarios de tramitación””*.

Se il datore di lavoro è disposto a riammettere il lavoratore, deve comunicargli per iscritto la data del suo reinserimento al lavoro entro dieci giorni dalla data di notificazione della sentenza. Una volta comunicata al lavoratore la data di reinserimento al lavoro, questo dovrà effettuarsi entro un termine non inferiore a tre giorni successivi alla ricezione dello scritto –articolo 278 LRJS–. Sebbene riteniamo che la norma contenga un limite minimo per il reinserimento consistente nel fatto non devono passare almeno tre giorni tra la ricezione dello scritto e il reinserimento, non si menziona un

<sup>862</sup> REGLERO CAMPOS, F.: *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Navarra, Aranzadi, 2002, p. 86.

<sup>863</sup> IGARTUA MIRÓ, M<sup>a</sup>. T.: “Despido improcedente: ejecución de la sentencia. Incidente de no readmisión”, in GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 296.

<sup>864</sup> STS 25 giugno 2003 [RJ 2003, 6877].

<sup>865</sup> STS 4 febbraio 1995 [RJ 1995, 3734].

<sup>866</sup> HERRERA DUQUE, M<sup>a</sup>. J.: “Los representantes de los trabajadores y el despido”, in GIL Y GIL, J. L. (Coord.) e DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 284.

limite massimo: assenza che potrebbe costituire ingiuste dilazioni<sup>867</sup>.

La dottrina giurisprudenziale più antica ha sottolineato che il reinserimento dovrebbe essere effettuato nelle stesse condizioni di giornata, funzioni e salario in modo che il lavoratore venga reintegrato senza subire alcuna perdita. Ciò non esclude che la riammissione, in certi casi, possa essere regolare anche se si produce in condizioni distinte dovendosi determinare gli effetti del cambiamento. È necessario tener conto del fatto che il contratto di lavoro, stipulato successivamente, è dilatato e mutevole nel tempo<sup>868</sup>, il che conseguentemente, fa sì che sia sempre soggetto a certe variazioni e all'esercizio del potere di direzione da parte dell'imprenditore<sup>869</sup>.

In caso di rifiuto del reinserimento o di reinserimento irregolare, una volta proiettato l'incidente di non reinserimento, il giudice dichiara estinta la relazione lavorativa alla data della sua risoluzione e ordina la sostituzione del reinserimento con l'obbligo del pagamento del risarcimento previsto dall'articolo 110 LRJS, che a sua volta fa riferimento all'articolo 56.1 ET –trentatré giorni di stipendio per ogni anno di servizio–, più i salari che non si sono più percepiti dalla data di notificazione della sentenza nella quale per la prima volta è stata dichiarata l'illegittimità o invalidità del licenziamento fino alla suddetta risoluzione<sup>870</sup>.

Inoltre, il giudice –in caso di rifiuto al reinserimento o reinserimento irregolare– può ordinare all'impresa di provvedere a una compensazione supplementare o addizionale, il cui importo può raggiungere l'equivalente di quindici giorni di salario per anno di servizio e un massimo di dodici mensilità –articolo 281.2.b) LRJS–. E ai fini del calcolo di entrambi i risarcimenti –l'indennizzo principale e quello supplementare– si prende come punto di riferimento non la data effettiva della cessazione del contratto ma la data della risoluzione che chiude la vicenda<sup>871</sup>.

Questa compensazione aggiuntiva agisce come un meccanismo sanzionatorio o punitivo verso il datore di lavoro<sup>872</sup>: la realtà è che ci troviamo di fronte a una somma

---

<sup>867</sup> IGARTUA MIRÓ, M<sup>a</sup>. T.: “Despido improcedente: ejecución de la sentencia. Incidente de no readmisión”, in GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 299.

<sup>868</sup> CARMONA POZAS, F.: “El incidente de readmisión irregular”, in AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 863.

<sup>869</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Excepciones a la obligación empresarial de pagar la indemnización legal por despido improcedente”, in GARATE CASTRO, J. (Coord.) *et al*: *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 de Santiago de Compostela*, cit., p. 312.

<sup>870</sup> STS 23 novembre 1998 [RJ 1998, 10019].

<sup>871</sup> IGARTUA MIRÓ, M<sup>a</sup>. T.: “Despido improcedente: ejecución de la sentencia. Incidente de no readmisión”, in GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 311.

<sup>872</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 106.

che si discosta dai meccanismi tipici della regolamentazione del licenziamento e delle sue compensazione stimate<sup>873</sup>. Ma a nostro parere, questa compensazione addizionale si occupa solo di rispondere alla perdita del posto di lavoro –così come il risarcimento stimato per il licenziamento invalido o illegittimo–: pertanto, non è un indennizzo che ha lo scopo di compensare i danni, perché se così fosse, il risarcimento sarebbe ridicolo; semplicemente, è una sostituzione per equivalente; in altre parole, è un costo addizionale che viene aggiunto alla compensazione stimata e ai “*salarios de tramitación*” –a tal fine, proponiamo una proposta *lege ferenda* che includa un concreto risarcimento addizionale per danni causati dal non reinserimento del lavoratore per l’attuazione effettiva delle sentenze–.

### 2.2.2 La scelta per la cessazione indennizzata

Il risarcimento per il licenziamento invalido o illegittimo si basa nella presunzione *iuris et de iure* del danno che il datore di lavoro provoca al lavoratore con il suo comportamento illegittimo indipendentemente dal danno effettivo causato<sup>874</sup>. In diritto comparato, è consuetudine che il giudice competente stabilisca l’importo con giudizio e buon senso –soggettivamente– tenendo conto dei fattori di conformità con le norme oggettive che si trovano nell’ordinamento giuridico. Elementi quali la natura dell’impiego, l’anzianità di servizio del lavoratore, la sua età, i diritti acquisiti, lo stipendio, la possibilità di trovare un altro lavoro, le prospettive di carriera, le singolarità del caso e le congiunture nelle quali si trovano il datore di lavoro e il lavoratore, così come la dimensione, il fatturato e la natura dell’azienda o la realtà personale e familiare del lavoratore. Essendo una somma che si lascia a discrezione del giudice si deve cercare l’equilibrio oggettivo-soggettivo con cui soddisfare le parti. Ma in Spagna, i danni derivanti da licenziamento invalido o illegittimo –la cui riparazione integrale non è lo scopo della legge spagnola– sono valutati dalla legge, impedendo eventuali indennizzi fondati sugli articoli 1101 e 1106 del Código Civil: questa è la ragione per cui la tradizione giuridica spagnola ha accolto da lungo tempo il concetto di compensazione valutata *ex lege*<sup>875</sup>.

Questo metodo consente ai datori di lavoro di sapere esattamente e con anticipo la decisione emanata, il costo esatto che comporta l’estinzione della relazione lavorativa senza giusta causa. Nell’ordine dei lavori, questo regime specifico consistente nel diritto del datore di lavoro inadempiente a optare tra reinserimento del lavoratore o l’indennizzo nei termini stabiliti dall’articolo 56.1 ET –valutato e senza alcuna possibilità che il giudice possa determinare in ciascun caso i danni, né fissare, di conseguenza, una quantità superiore o inferiore rispetto a quella rigidamente stabilita

<sup>873</sup> MOLERO MANGLANO, C.: “El incidente de no readmisión”, in AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 921.

<sup>874</sup> MONTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, in AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 523.

<sup>875</sup> *Ibidem*, p. 524.

dalla legge<sup>876</sup> – diventa un sistema di valutazione che alcune volte può beneficiare e altre danneggiare il creditore: in questo caso, il lavoratore, da una parte liberato dal dover dimostrare l'esistenza di tali danni –per presunzione legale *iuris et de iure*, pertanto, i danni sono prodotti dalla semplice rottura del legame–, e d'altra, privato della possibilità di poter accreditare la somma economica superiore dei danni che tale estinzione indebita del contratto gli ha prodotto a fronte dei sistemi legislativi precedenti<sup>877</sup>. Raggiunge così la sua espressione più significativa la monetizzazione del licenziamento<sup>878</sup> e la sua riparazione economica<sup>879</sup>.

In Spagna, il dovere di fondamentare il licenziamento e gli abbondanti costi per procedere alla cessazione del contratto di lavoro comportano stabilità nell'occupazione<sup>880</sup>. Nonostante le riforme il procedimento rimane molto rigido. Rispetto ai paesi vicini, in Spagna l'indennizzo sembra essere più alto in termini quantitativi: la compensazione in Spagna per il licenziamento invalido o illegittimo è superiore ai risarcimenti forniti dai sistemi giuridici tedeschi<sup>881</sup> e italiani<sup>882</sup>. Ma naturalmente, la compensazione in Spagna è più elevata se il confronto avviene sulla base dei sistemi di calcolo degli indennizzi; pertanto, questa comparazione economica non è corretta: occorre basarsi sulle quantità reali. Un'analisi comparativa dei costi economici quantificata in settimane o mesi è interpretata come di costo economico maggiore del licenziamento in Spagna: si offre così, una visione distorta e parziale della realtà<sup>883</sup>. Un'analisi comparativa che elimina una parte della realtà è assolutamente inefficace. In molti altri ordinamenti giuridici, oltre alla compensazione stimata, è possibile aggiungere un risarcimento dei danni –così come nel caso del sistema giuridico francese<sup>884</sup>–. Se si tiene conto solo della compensazione stimata, ovviamente, l'importo economico del sistema giuridico spagnolo sarà più elevato; tuttavia, come

---

<sup>876</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, cit., p. 111.

<sup>877</sup> STS 18 luglio 1985 [RJ 1985, 3809].

<sup>878</sup> Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Itinerarios circulares del Derecho del Trabajo: del despido libre al despido indemnizado", in *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, cit., *passim*.

<sup>879</sup> BAYLOS GRAU, A. e PÉREZ REY, J.: "Artículo 56. Despido improcedente", in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) e SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 792.

<sup>880</sup> ORTEGA LOZANO, P. G.: "El sistema extintivo dependiente de los costes empresariales: hacia un derecho de la economía laboral", in *Revista del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Granada*, num. 24, 2017, pp. 30 e ss. ORTEGA LOZANO, P. G.: "El despido colectivo en el ordenamiento interno y comunitario. Interpretación valorativa y discrecional en el juicio de razonabilidad: los conceptos jurídicos indeterminados", in *Derecho de las Relaciones Laborales*, cit., pp. 587 e ss.

<sup>881</sup> Vid. § 9 e 10 Kündigungsschutzgesetz (KSchG).

<sup>882</sup> Vid. articolo 18 *Statuto dei Lavoratori*.

<sup>883</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., pp. 245 e 246.

<sup>884</sup> GIL Y GIL, J. L. e SAGARDOY DE SIMÓN, I.: *La protección contra el despido disciplinario*, Madrid, Cinca, 2007, pp. 131 e 132.

detto in precedenza, questa non è la realtà: nella maggior parte dei sistemi giuridici una parte dell'indennizzo rimane legato alla discrezione o giudizio del giudice. Allo stesso modo, in Spagna, l'indennizzo stimato è indifferente a eventualità tali come la dimensione dell'impresa o i danni reali subiti dal lavoratore.

In ultima analisi, l'indennizzo di fine rapporto detiene il desiderio e l'intenzione di riparare la perdita del posto di lavoro ma non i danni causati dalla condotta del datore di lavoro al lavoratore. Oltretutto, il lavoratore ha diritto al risarcimento del licenziamento anche se non subisce alcun danno. Inoltre, il sistema di indennizzo stimato risulta rigido. Sancisce la certezza del diritto, ma può anche provocare l'ingiustizia in relazione non solo alle conseguenze proiettate sui lavoratori ma anche sui datori di lavoro stessi. Tuttavia, riteniamo che il fatto che le norme del lavoro comprendano un regime giuridico definito, non dovrebbe essere un ostacolo all'applicazione dei principi di diritto comune della responsabilità contrattuale con i quali cercare pieno risarcimento per i danni che ha potuto causare il licenziamento<sup>885</sup>.

Pertanto, nei casi in cui si è optato per la cessazione indennizzata, ai sensi dell'articolo 56.1 ET, il datore di lavoro dovrà pagare un risarcimento equivalente a trentatré giorni di salario per ogni anno di servizio fino ad un massimo di ventiquattro mensilità. Ovviamente le circostanze che definiscono il calcolo dell'indennizzo sono il salario del lavoratore e gli anni di servizio presso l'impresa<sup>886</sup>.

I concetti inclusi nell'indennità di fine rapporto devono essere calcolati sulla base dello stipendio guadagnato dal lavoratore al momento della cessazione contrattuale. Sono esclusi dal calcolo i bonus extrasalariali –anche se contemplati nel contratto collettivo–. Sono inclusi quelle indennità di lavoro che vengono ricevuti mensilmente in termini di stipendio<sup>887</sup>, come ad esempio il bonus di anzianità, per lavoro notturno, per lavoro pericoloso o di disponibilità, tra gli altri<sup>888</sup>.

Per quanto riguarda la ripartizione per mesi di periodi inferiori a un anno, il Tribunale Supremo, nell'unificazione della dottrina, ha sostenuto che qualunque sia il numero di giorni lavorativi a partire dall'ultimo mese intero, la ripartizione deve essere effettuata per mesi: ossia, è come se si fosse lavorato tutto il mese, questa formula scelta

<sup>885</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N. e GARCÍA VALVERDE, M<sup>a</sup>. D.: “Artículo 110. Efectos del despido improcedente”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M<sup>a</sup>. (Coord.) e TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 606. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., pp. 266 e 267.

<sup>886</sup> GIL Y GIL, J. L.: “La indemnización por despido improcedente”, in GIL Y GIL, J. L. (Coord.) e DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagarroy Bengoechea*, cit., p. 423.

<sup>887</sup> CRISTÓBAL RONCERO, R.: “Límites de la discusión en juicio de despido, del salario real o debido al trabajador. Comentario a la STSJ de Cataluña de 14 noviembre 2001 (AS 2002, 234)”, in *Aranzadi social*, num. 1, 2002, pp. 3120 e ss.

<sup>888</sup> TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, cit., p. 186.

dal legislatore, risulta adeguata, semplice e di limitata importanza economica per il lavoratore<sup>889</sup>.

Nel momento in cui si considerano i giorni di salario per ogni anno di servizio ai fini del calcolo dell'indennizzo, rientrano solo concetti salariali, non extrasalariali<sup>890</sup>. Come meri prototipi della varietà casistica sono concetti extrasalariali –che non si introdotti sulla base del calcolo dei salari ai fini della compensazione d'indennizzo– assicurazione sulla vita, medici o contributi dell'impresa ai piani pensionistici<sup>891</sup>, bonus di mantenimento<sup>892</sup>, o una somma in materia di utilizzo del veicolo aziendale unicamente per la realizzazione del lavoro<sup>893</sup>. Tutto ciò che si considera emolumento salariale per la legge deve integrarsi sulla base del calcolo dell'indennizzo. Nel ruolo di qualificazione giuridica gode di grande significato pratico la cosiddetta presunzione di natura salariale che viene utilizzato dai tribunali, secondo la quale, si considera salario tutto ciò che il lavoratore riceve dall'impresa finché non si provi il contrario. L'impresa, che è che si interessa della qualificazione delle parti in questione come salariali, sarà chi assumerà il peso della funzione probatoria<sup>894</sup>.

L'undicesima disposizione transitoria del ET –in virtù della quinta disposizione transitoria della Legge 3/2012, del 6 luglio, di misure urgenti per la riforma del mercato del lavoro– stabilisce che: *“1. L'indennizzo di fine rapporto di cui all'articolo 56.1 si applica ai contratti stipulati a partire dal 12 febbraio 2012. 2. Il risarcimento per licenziamento invalido o illegittimo dei contratti stipulati prima del 12 febbraio 2012 si calcolerà nell'ordine di quarantacinque giorni di salario per ogni anno di servizio per il tempo della prestazione offerta anteriore a tale data, ripartendo proporzionalmente per mesi i periodi di tempo inferiori a un anno, e al ritmo di trentatré giorni di salario per ogni anno di servizio per il tempo della prestazione di servizi posteriore, ripartendo proporzionalmente per mesi i periodi di tempo inferiori a un anno. L'ammontare dell'indennizzo risultante non può essere superiore a settecentoventi giorni di salario, a meno che il calcolo dell'indennizzo per il periodo precedente al 12 febbraio 2012 rivelasse un numero maggiore di giorni, nel cui caso si applicherà questo come valore per l'indennizzo massimo, senza che tale somma possa essere superiore a quarantadue mensilità, in nessun caso”*.

Di conseguenza, per i contratti stipulati prima del 12 febbraio, 2012, il calcolo

---

<sup>889</sup> STS 31 ottobre 2007 [RJ 2008, 297] e STS 12 novembre 2007 [RJ 2007, 9334].

<sup>890</sup> STSJ País Vasco 25 novembre 2014 [AS 2015, 94].

<sup>891</sup> STSJ Madrid 31 maggio 2005 [JUR 2005, 159329].

<sup>892</sup> STSJ Madrid 29 marzo 2005 [JUR 2005, 107200].

<sup>893</sup> STSJ Cataluña 27 settembre 2004 [AS 2004, 3251].

<sup>894</sup> GIL Y GIL, J. L.: “La indemnización por despido improcedente”, in GIL Y GIL, J. L. (Coord.) e DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 425.

dell'importo del risarcimento è determinato da un doppio sistema<sup>895</sup>: a) 45 giorni di salario per ogni anno di servizio per il tempo della prestazione del servizio anteriore al 12 febbraio 2012 e 33 giorni di salario per anno di servizio per il tempo successivo. b) L'importo di indennizzo risultante non può essere superiore ai 720 giorni di salario –24 mensilità– a meno che dal calcolo dell'indennizzo per il periodo precedente al 12 Febbraio 2012 non si riveli un numero maggiore di giorni, nel cui caso, si applicherà come importo massimo di indennizzo senza, in ogni caso, possa superare 42 mensilità.

Pensiamo a ciò che il Tribunale Supremo ha stabilito per il calcolo dell'importo dell'indennizzo di fine rapporto: *“per il tempo precedente al 12 febbraio 2012 si stabilisce un indennizzo per i 45 giorni di stipendio per anno di servizio per il tempo della prestazione dei servizi anteriori a tale data, ripartendo proporzionalmente per mesi i periodi di tempo inferiori a un anno. Ciò significa che dobbiamo contabilizzare diciannove anni e due mesi di attività; la ripartizione per mesi comporta l'accertamento di 3,75 giorni di indennizzo per ogni pagamento mensile dei servizi resi ( $45:12 = 3,75$ ). Dal momento che 19 anni ( $19 \times 12 = 228$ ) e due mesi equivalgono a duecentotrenta mensilità ( $228 + 2 = 230$ ), il totale dei giorni di indennizzo ( $230 \times 3,75 = 862,5$ ) supera i 720 giorni di indennizzo”*<sup>896</sup>. *“Questo significa che opera l'eccezione: l'indennizzo sarà di 862,5 giorni di salario. Esso prescrive la norma che si applicherà come importo massimo di indennizzo, senza che tale importo possa comunque superare le 42 mensilità. È evidente che l'importo massimo ( $42 \times 30 = 1260$  giorni) è molto lontano da quello guadagnato dal lavoratore (862,5 giorni). La trasformazione di questi giorni d'indennizzo (862,5) in importo monetario ( $862,5 \times 109,24 = 94.219$ ) mostra una cifra diversa da quella riconosciuta nella parte iniziale della sentenza (74.386,87 €) e nell'autodichiarazione (79.471,94 €), ma anche alla parte interessata dal ricorso (89.134,27). Verifica pratica e non migliorabile delle difficoltà interpretative che la norma in questione solleva”*<sup>897</sup>. D'accordo con quanto detto, *“anche se l'indennità raggiungesse il massimo dell'indennizzo assoluto di 42 mensilità, il tempo di servizio successivo al 12 febbraio 2012 non è in grado di aumentare l'importo fissato. In altre parole: entrando in vigore la riforma legislativa del 2012 (Real Decreto-legge 3/2012, rispettato dalla Legge 3/2012) il dipendente ha prestato servizio per più di 19 anni e ciò provoca che un ulteriore lavoro si riveli innocuo dal punto di vista della quinta*

<sup>895</sup> GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 259.

<sup>896</sup> Un modo semplice di arrivare allo stesso risultato sarebbe il seguente:  $230 \text{ mesi}/12 = 19,1666667 \text{ anni}$ ;  $19,1666667 \text{ anni} \times 45 \text{ giorni} = 862,500002$ . L'indennità sarà di 862,5 giorni di salario.

<sup>897</sup> Un altro modo di arrivare allo stesso risultato indennitario sarebbe il seguente: 19 anni e due mesi equivalgono a 109,24 (salario giornaliero)\*45 (giorni di salario)= 4.915,8 € per anno di servizio. Ossia, il lavoratore per ogni anno di servizio ha diritto a un'indennità di 4.915,8 €. 4.915,8 euro per anno di servizio \* 19 anni= 93.400€. Per calcolare i due mesi che rimangono: 4.915,8 euro per anno di servizio / 12 mesi (che ha un anno)= 409,65 € per ogni mese \* 2 mesi (i mesi rimanenti)= 819,3 € per due mesi di salario. 93.400 € (indennità di 19 anni) + 819,3 € (indennità dei due mesi che rimangono)= 94.219,3 € La indennità del lavoratore per i 19 anni e 2 mesi di lavoro, calcolati con la ratio di 45 giorni di salario per anno di servizio –essendo prestazione di servizi precedenti alla data del 12 febbraio 2012– fanno un'indennità totale di 94.219,3 €.

*disposizione transitoria applicabile al caso*<sup>898</sup>.

È questo ultimo limite incontrato –definito “*inadatto per aumentare la quantità fissata*”– che sta attualmente determinando i maggiori problemi e critiche nella giurisprudenza spagnola. Ricapitolando: se con la durata massima di 42 mensilità si sono già superati le 24 mensilità –anche se non ha raggiunto questo limite massimo di 42 mensilità–, il lavoro sviluppato in una data successiva al 12 febbraio 2012 risulta inutile per continuare a calcolare il risarcimento economico.

Non è facile determinare la portata esatta che possiede la Legge 3/2012, del 6 luglio, delle misure urgenti di riforma del mercato del lavoro, norma intertemporale diretta ad addolcire la riduzione dell'importo dell'indennizzo effettuata: da 45 a 33 giorni per anno e da 42 a 24 mensilità. La verità è che finisce ulteriormente per segmentare le classi lavoratrici introducendo un regime di applicazione scaglionata dell'indennizzo per la finalizzazione del contratto tenendo conto della data di stipulazione dello stesso<sup>899</sup>.

Alla fine l'indennizzo stimato per il licenziamento invalido o illegittimo diventa il meccanismo di una maggiore protezione contro il licenziamento senza giusta causa. Fornisce certezza giuridica ma gode di un elevato grado di rigidità che può portare ad ingiustizie in determinati casi concreti. Di conseguenza, una riforma che offre una maggiore flessibilità nel suo trattamento giuridico –che incida nella quantità economica– sarebbe vantaggiosa, sollevando questo tema con buon senso e cercando la necessaria armonia tra la protezione dell'impiego e la protezione sociale. In ogni caso, crediamo che l'indennizzo di fine rapporto non deve censurare una eventuale responsabilità contrattuale dell'imprenditore: in alcune circostanze particolari e giustificate, l'indennizzo per la cessazione della relazione lavorativa deve essere combinata con un ulteriore indennizzo per danni derivanti da responsabilità contrattuale dell'imprenditore<sup>900</sup>.

### **2.3 Lo stipendio non più ricevuto dall'attuazione del licenziamento: i “*salarios de tramitación*”**

Una logica conseguenza di giustizia impone al lavoratore a recuperare i salari che non ha più percepito dal momento dell'attuazione del licenziamento illecito<sup>901</sup>.

---

<sup>898</sup> STS 18 febbraio 2016 [RJ 2016, 793]. *Vid.* STS 4 luglio 2017 [RJ 2017, 3390].

<sup>899</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. e FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Extinción contractual en las diversas modalidades de contratación objeto de la reforma laboral”, in MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. e TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Dirr. e Coordd.) *et al: La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, cit., p. 149.

<sup>900</sup> GIL Y GIL, J. L.: “La indemnización por despido improcedente”, in GIL Y GIL, J. L. (Coord.) e DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 436.

<sup>901</sup> MONTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, in AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 530.



Nell'articolo 56.2 ET non si dice nulla riguardo ai “*salarios de tramitación*” in casi di cessazione indennizzata a differenza dei casi di reinserimento del lavoratore ai quali si riferisce esplicitamente<sup>902</sup>. Pertanto, nei licenziamenti illegittimi o invalidi nei quali il datore di lavoro opta per l'indennizzo, il pagamento dei “*salarios de tramitación*” non è necessario. Questa soppressione dei “*salarios de tramitación*” quando si opta per la indennizzo non si pregiudicano i diritti dei rappresentanti legali ai quali si devono pagare tali “*salarios de trámite*”.

Conformemente all'articolo 56.2 ET, nel caso in cui si opti per il reinserimento, il lavoratore avrà diritto ai “*salarios de tramitación*”. Questi si prolungano dalla data del licenziamento al reinserimento del lavoratore o fino a quando il lavoratore non trovi un altro lavoro. Pertanto, la quantità dei salari non percepiti sarà uguale al computo totale al quale si giunge moltiplicando la paga giornaliera del lavoratore licenziato per il numero di giorni trascorsi dal momento in cui il licenziamento è diventato effettivo fino al giorno del reinserimento<sup>903</sup>.

Inoltre, se la sentenza che dichiara l'illegittimità o invalidità del licenziamento è stata emessa dopo novanta giorni lavorativi dalla data di presentazione della domanda, il datore di lavoro può rivendicare dallo Stato il pagamento dei “*salarios de tramitación*” corrispondenti al tempo che eccede i suddetti novanta giorni lavorativi. Nei casi di licenziamento in cui i “*salarios de tramitación*” siano per conto dello Stato, saranno poste a carico dello stesso le quote della Sicurezza Sociale corrispondenti a detti salari<sup>904</sup>.

Il periodo di tempo dei “*salarios de tramitación*” può essere ridotto se il lavoratore licenziato ha ottenuto un altro lavoro –compensazione della remunerazione–. Se il lavoratore licenziato ha lavorato per un'altra impresa in tutto o in parte di questo lasso di tempo e ha ricevuto la remunerazione economica appropriata, per la giurisprudenza è chiaro che, in merito alla quantità della stessa, non c'è stato alcun danno per il lavoratore; e se non c'è danno, non ci può essere alcun risarcimento<sup>905</sup>. In questi casi viene meno la *ratio legis* in modo tale che l'obbligo non può esistere, quantomeno, nella quantità corrispondente<sup>906</sup>. Pertanto, la somma economica percepita con l'impiego

---

<sup>902</sup> CRISTÓBAL RONCERO, R.: “RD 418/2014, de 6 de junio, por el que se modifica el procedimiento de tramitación de las reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios de despido (BOE 18-6-2014)”, in *Nueva revista española de derecho del trabajo*, num. 167, 2014, pp. 195 e ss.

<sup>903</sup> ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al.*: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 317.

<sup>904</sup> Articolo 56.5.

<sup>905</sup> STS 19 dicembre 2011 [RJ 2012, 109].

<sup>906</sup> STS 19 maggio 1994 [RJ 1994, 4284].

ottenuto una volta licenziato il lavoratore si utilizzerà per la deduzione dai “*salarios de tramitación*”<sup>907</sup>.

### 3. La nullità del licenziamento: conseguenze giuridiche

La qualificazione della nullità è riservata a quei licenziamenti che violano i diritti fondamentali e le libertà civili, principi basilari dell'ordinamento giuridico spagnolo<sup>908</sup>. I casi di nullità sono previsti dagli articoli 55.5 ET e 108.2 LRJS. I diritti che possono essere violati e, pertanto, apprezzabili di nullità sono i seguenti: da un lato, il diritto alla non discriminazione degli articoli 14 della Costituzione Spagnola, 4.2.c) e 17.1 ET e 12 della Legge Organica della Libertà Sindacale; dall'altro, gli altri diritti fondamentali e le libertà civili del lavoratore, che suggerisce l'inclusione dei diritti compresi negli articoli 14 a 29 della Costituzione Spagnola<sup>909</sup>.

Oltre alle considerazioni precedenti saranno considerati illegittimi anche i licenziamenti attuati in circostanze particolarmente vulnerabili come lo sono le situazioni biologiche e/o familiari singolarmente protette dai testi legislativi spagnoli<sup>910</sup>. In questi casi l'ordinamento giuridico ha stabilito un licenziamento oggettivamente nullo liberando il lavoratore dall'onere della prova indiziaria<sup>911</sup>: in altri termini, l'impiegato deve solo dimostrare l'assunzione normativa o l'esercizio del diritto affinché si dichiari la nullità automatica dell'estinzione contrattuale<sup>912</sup>.

Infine, sono nulli i licenziamenti che, conformemente alla settima disposizione della Legge Organica 1/2004, del 28 dicembre, di Misure di Protezione Integrale contro la Violenza di Genere, ricadono sulle vittime di violenza di genere che cercano di conciliare la loro difficile posizione con una vita lavorativa attiva.

Si stabilisce così una configurazione unitaria nella nullità del licenziamento, non solo nei disciplinari, ma anche nelle cessazioni lavorative individuali o per cause oggettive<sup>913</sup>. Ma questa unità rimane fratturata quando si realizza un confronto con il

<sup>907</sup> POQUET CATALÁ, R.: “Los salarios de tramitación en concurrencia con otras rentas”, in *Actualidad Laboral*, num. 18, 2009, pp. 2186 e ss.

<sup>908</sup> TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, cit., p. 289.

<sup>909</sup> BAYLOS GRAU, A. P., CRUZ VILLALÓN, J., e FERNÁNDEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup>. F.: *Instituciones de derecho procesal laboral*, Madrid, Trotta, 1992, p. 300.

<sup>910</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. e MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: “Despido nulo”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 106.

<sup>911</sup> BAYLOS GRAU, A. e PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, cit., pp. 135 e ss.

<sup>912</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. e MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: “Despido nulo”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 106.

<sup>913</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. e MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: “Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) e SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 784.

licenziamento collettivo<sup>914</sup> mantenendo la nullità dello stesso per difetti di forma e di iter dell'atto di licenziamento<sup>915</sup>. Pertanto, è notevoli carenze di coerenza nella stessa configurazione del sistema normativo nel suo complesso per esistere la nullità del licenziamento per ragioni di formalizzazione e procedurizzazione –solo per i licenziamenti collettivi<sup>916</sup>–. In sintesi, esiste un sistema dualistico di licenziamento nullo poiché si travisa la considerazione del licenziamento disciplinare e dell'obiettivo e si lega ad altri casi previsti in altre figure estintive<sup>917</sup>.

### 3.1 La nullità del licenziamento per discriminazione o violazione dei diritti fondamentali o delle libertà civili

L'articolo 55.5 ET dichiara nullo “*il licenziamento che abbia come movente uno dei motivi di discriminazione proibiti dalla Costituzione o dalla legge, o che si verifichi attraverso la violazione dei diritti fondamentali e delle libertà civili del lavoratore*”<sup>918</sup>.

In effetti si considerano nulli i licenziamenti sostenuti “*per motivi di discriminazione*”<sup>919</sup>. L'articolo 14 della Costituzione Spagnola condanna quelle azione che possono danneggiare un individuo e che si basano su certe condizioni o circostanze personali o sociali, senza che ci possa essere scusa oggettiva che le sostiene, dato che merita una condanna particolarmente forte da parte dell'ordinamento giuridico. La rilevanza del suddetto articolo non si esaurisce con la clausola generale di uguaglianza con la quale si inizia il suo contenuto, ma a continuazione di questa la disposizione costituzionale si riferisce al divieto di una serie di ragioni o motivi specifici di discriminazione. L'equivalente norma del lavoro dell'articolo 14 della Costituzione si trova all'articolo 4.2.c) ET, in base al quale, i lavoratori hanno diritto a “*non essere discriminati direttamente o indirettamente per l'occupazione, o una volta impiegati, per ragioni di sesso, stato civile, età entro i limiti stabiliti dalla presente legge, per l'origine razziale o etnica, stato sociale, religione o credo personale, idee politiche,*

<sup>914</sup> Vid. CASALE, D.: “I criteri di scelta nei licenziamenti collettivi”, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, num.4-5, 2007, pp. 1121 e ss.

<sup>915</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. e ORTEGA LOZANO, P. G.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y su cómputo para el despido colectivo en caso de posterior extinción contractual (Sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 2017, asunto C-429/16: Ciupa y otros y, C-149/16: Socha y otros)”, in *La Ley Unión Europea*, num. 54, 2017, *passim*.

<sup>916</sup> ORTEGA LOZANO, P. G.: “La regulación comunitaria de los despidos colectivos como garantía de efectividad de la libre circulación de trabajadores”, in GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión: XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, cit., pp. 117 e ss.

<sup>917</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. e MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: “Despido nulo”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 107.

<sup>918</sup> Vid. MONEREO PÉREZ, J. L. e ORTEGA LOZANO, P. G.: “La libre circulación de trabajadores nacionales de los Estados miembros: discriminación por razón de nacionalidad e igualdad de condiciones laborales”, in *La Ley Unión Europea*, num. 51, 2017, *passim*.

<sup>919</sup> Vid. LASSANDARI, A.: *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, cit., pp. 121 e ss.

*orientamento sessuale, appartenenza o meno a un sindacato, così come a causa della lingua, all'interno dello Stato spagnolo”.*

Anche i licenziamenti che vengono perpetrati “*in violazione dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche del lavoratore*” sono considerati nulli<sup>920</sup>. Essendo il licenziamento un atto unilaterale del datore di lavoro, sarà qualificato nullo sempre che ci sia una violazione o trasgressione del diritto fondamentale del lavoratore. Questa dottrina costituzionale parte dalla premessa che la stipulazione di un contratto di lavoro non implica, in alcun modo, la privazione o la rinuncia ai diritti che la Costituzione riconosce al lavoratore come cittadino e la cui tutela è garantita, perché né le organizzazioni imprenditoriali formano mondi separati e isolati dal resto della società, né la libertà di impresa –articolo 38 della Costituzione Spagnola– legittima coloro i quali prestano servizi per conto e sotto la dipendenza dei loro titolari a dover sopportare sottrazioni temporanee o limitazioni ingiustificate dei loro diritti fondamentali e delle libertà civili –che hanno un valore centrale nel sistema giuridico costituzionale–.

### **3.2 La nullità del licenziamento durante circostanze biologiche e familiari particolarmente tutelate**

In questa sezione occorre analizzare le estinzioni lavorative sviluppate nelle seguenti situazioni: a) licenziamenti durante la gravidanza; b) licenziamenti durante il congedo per maternità, adozione, affidamento o paternità, per rischi durante la gravidanza o l’allattamento al seno, o per malattie causate dalla gravidanza, dal parto o dall’allattamento al seno; c) i licenziamenti in altre situazioni protette dal legislatore per favorire la conciliazione tra la vita familiare e quella lavorativa dei lavoratori – permesso, riduzione della giornata o congedo–; e d) licenziamenti delle vittime di violenza di genere che coincidano con l’esercizio dei diritti individuali della legislazione del lavoro. Vediamoli:

#### a) Licenziamenti durante la gravidanza

La legge stabilisce una nullità oggettiva diversa dalla nullità a causa della discriminazione e che agisce in qualsiasi situazione di gravidanza indipendentemente dal fatto che esistano o meno indizi di un trattamento discriminatorio o incluso che concorra o meno un movente di discriminazione<sup>921</sup>.

Nella dottrina giudiziale vigente, la nullità del licenziamento disciplinare agisce automaticamente<sup>922</sup>, senza che sia rilevante dimostrare la conoscenza o meno del datore

---

<sup>920</sup> Articolo 55.5 ET.

<sup>921</sup> STC 92/2008, 21 julio [RTC 2008, 92]. *Vid.* STSJ Andalucía/Sevilla 23 febbraio 2017 [JUR 2017, 174144], STSJ Andalucía/Málaga 17 dicembre 2015 [AS 2016, 335], STSJ Canarias/Las Palmas 29 maggio 2013 [AS 2013, 3151] e STSJ Madrid 22 dicembre 2012 [AS 2012, 82].

<sup>922</sup> LÓPEZ INSUA, B. M.: *El principio de igualdad de género en el derecho social del trabajo*, Murcia, Laborum, 2017, pp. 221 e ss.

di lavoro circa la situazione di gravidanza. Il legislatore rafforza la protezione delle lavoratrici contro la cessazione della relazione di lavoro durante il periodo di gravidanza permettendo solo due qualificazioni del licenziamento disciplinare, legittimo o nullo, azzerando la possibilità di essere qualificato come illegittimo o invalido. Pertanto, se la dipendente licenziata è in stato di gravidanza e il licenziamento non è dichiarato giustificato o legittimo, la qualificazione che agisce è quella di nullità sempre che la lavoratrice solamente dimostri che al momento della estinzione della relazione lavorativa –indistintamente dal fatto che il datore di lavoro ne fosse a conoscenza– si trovava in stato di gestazione<sup>923</sup>.

b) Licenziamenti durante il congedo per maternità, adozione, affidamento o paternità, per rischio durante la gravidanza o l'allattamento al seno, o per malattie causate dalla gravidanza, parto o dall'allattamento al seno

Il prototipo legale spagnolo difende sia la maternità che la paternità, la nascita e la famiglia<sup>924</sup>. Tale prerogativa –fronte all'estinzione del contratto di lavoro– si slega dal significato letterale dell'articolo 55.5.a) ET, in base al quale, si considerano nulli i seguenti licenziamenti: a) Licenziamento della lavoratrice durante la sospensione del contratto per rischio durante la gravidanza; b) Licenziamento della lavoratrice durante il periodo di sospensione del contratto per rischio durante l'allattamento al seno; c) Licenziamento della lavoratrice durante il periodo di sospensione del suo contratto per malattie causate dalla gravidanza, dal parto o dall'allattamento al seno; d) Licenziamento di lavoratori durante il periodo di sospensione del contratto per adozione o affidamento; e) Licenziamento dei lavoratori durante il periodo di sospensione del contratto per paternità; f) Licenziamento notificato entro la durata della sospensione del contratto per i motivi di cui sopra.

c) Licenziamenti in altre situazioni tutelate dal legislatore per favorire la conciliazione tra la vita familiare e lavorativa dei lavoratori: permesso, riduzione della giornata o congedo

La tutela degli interessi della famiglia in relazione agli interessi professionali sono ugualmente preservati dall'ordinamento giuridico nei commi 4 –allattamento di un figlio di età inferiore ai nove mesi–, 5 –ospedalizzazione dei neonati– e 6 –tutore legale– dell'articolo 37 ET. Tali diritti detengono uno spazio di custodia per le persone che hanno richiesto o stanno godendo dei congedi per motivi di famiglia di cui all'articolo 46.3 ET –per la cura dei figli naturali o adozione, per affidamento permanente o preadottivo, o per la cura di familiari che per motivi di età, incidente o malattia, non sono autonomi e non occupano un'attività retribuita–. Inoltre, il suo ambito d'applicazione ha effetto su qualsiasi lavoratore –uomo o donna–.

<sup>923</sup> GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 283.

<sup>924</sup> STSJ Cantabria 29 dicembre 2001 [AS 2002, 284], STSJ Cantabria 15 marzo 2002 [AS 2002, 1275] e STSJ Extremadura 31 maggio 2012 [AS 2012, 1764].

Come nei casi precedenti si presume la nullità del licenziamento da parte del datore di lavoro in tali circostanze. Non si richiede ai dipendenti neanche la contribuzione di una dimostrazione che renda evidente la natura discriminatoria della decisione di porre fine al rapporto di lavoro, ma la prova che il licenziamento sia avvenuto in contemporanea alla situazione legalmente tutelata<sup>925</sup>.

d) Licenziamenti delle vittime di violenza di genere che coincidono con l'esercizio dei diritti individuali della legislazione del lavoro

Saranno nulli anche i licenziamenti delle lavoratrici vittime della violenza di genere per l'esercizio dei diritti di riduzione o di riorganizzazione del loro tempo di lavoro, di mobilità geografica, di cambio del luogo lavoro o di sospensione della relazione di lavoro<sup>926</sup>. Tale garanzia risponde al fine di escludere qualsiasi rischio di porre in pericolo la vita, l'integrità o il diritto alla cura completa delle donne lavoratrici e delle vittime di violenza di genere quando potrebbe astenersi dal professare i diritti che la legislazione del lavoro soddisfa per il timore di subire il licenziamento come rappresaglia del datore di lavoro.

L'ambito d'applicazione temporale di questa garanzia comincia a produrre effetti dal momento stesso in cui la lavoratrice, nella quale confluisce la condizione di vittima della violenza di genere, informa il datore di lavoro della volontà di esercitare tali diritti.

### **3.3 Le conseguenze giuridiche della nullità del licenziamento: le differenze con il licenziamento illegittimo o invalido**

La nullità del licenziamento obbliga il datore di lavoro al reinserimento dell'impiegato così privando l'atto di licenziamento dei suoi effetti<sup>927</sup>. In questo caso, il licenziamento è inesistente dal punto di vista giuridico: di conseguenza il contratto di lavoro viene ripristinato come se il datore di lavoro si fosse messo in una situazione *mora accipiendi* essendo obbligato a pagare il salario dal momento in cui è stata impedita la prestazione del lavoro per la rottura illegittima che egli stesso ha deciso di attuare<sup>928</sup>. Tuttavia, nel licenziamento senza giusta causa –illegittimo o invalido–, il datore di lavoro è il recettore di una condanna alternativa tra due opzioni simmetriche: reintegrare il lavoratore revocando –lo stesso imprenditore– l'atto di licenziamento con effetti *ex tunc* –che produce la ricostituzione del contratto di lavoro con effetti

---

<sup>925</sup> MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., p. 150.

<sup>926</sup> Articolo 55.5.b) ET.

<sup>927</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. e ORTEGA LOZANO, P. G.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y su cómputo para el despido colectivo en caso de posterior extinción contractual (Sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 2017, asunto C-429/16: Ciupa y otros y, C-149/16: Socha y otros)”, in *La Ley Unión Europea*, cit., *passim*.

<sup>928</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. e MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: “Despido nulo”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al. Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., pp. 144 e 145.

retroattivi–; ovvero, confermare l'atto di licenziamento indennizzando l'impiegato senza che ci sia un ulteriore licenziamento ma piuttosto la riaffermazione nella sua decisione di licenziare *ad nutum*<sup>929</sup>.

In questo modo, un licenziamento nullo equivale a un licenziamento inesistente<sup>930</sup>. In altre parole, nel licenziamento nullo l'estinzione del contratto di lavoro materialmente c'è stata ma la dichiarazione di nullità la priva di efficacia giuridica. Pertanto, dal punto di vista giuridico, il licenziamento nullo non è esistito. Al contrario, nel licenziamento senza giusta causa –dichiarazione di illegittimità o invalidità– il licenziamento c'è stato tanto materialmente quanto legalmente nonostante la sua natura ingiustificata. Quando l'imprenditore, usando il suo potere di scelta tra opzioni alternative e simili, decide di esercitare l'indennizzo sostitutivo in realtà sta ratificando nella sua volontà originaria –licenziamento *ad nutum* indennizzato–. Ovviamente è deplorabile che l'illegittimità o invalidità del licenziamento possa dare la possibilità di recedere dal contratto di lavoro, in quanto l'illegittimità o invalidità dovrebbe condurre alla ricostituzione del rapporto di lavoro. Alla fine, il licenziamento nullo e il licenziamento illegittimo o invalido –senza giusta causa– per il reinserimento del lavoratore sancisce un vero e proprio modello normativo basato sulla stabilità reale mentre il licenziamento illegittimo o invalido senza reinserimento del lavoratore costituisce un modello di stabilità meramente obbligatoria sostituibile mediante un indennizzo economico<sup>931</sup>.

Un importante settore dottrinale ritiene che con la dichiarazione di illegittimità o invalidità del licenziamento si legalizza il licenziamento libero con il pagamento, questo sì, del corrispondente indennizzo –non ha natura risarcitoria, bensì indennitaria<sup>932</sup>–. In questo modo, si potrebbe capire che dalla frode nell'applicazione della legge si può passare alla frode nella legge stessa<sup>933</sup>.

Ai sensi dell'articolo 55 ET e 113 LRJS, se il licenziamento è stato dichiarato nullo significa che è stato stabilito che il licenziamento era lesivo dei diritti fondamentali e si condanna il datore di lavoro al reinserimento e al pagamento dei salari non percepiti a seguito dell'estinzione illecita del contratto di lavoro: il cosiddetto

<sup>929</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. e MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: “Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) e SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al*: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 786.

<sup>930</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, cit., p. 88.

<sup>931</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. e MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: “Despido nulo”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al*: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., pp. 134 e 135.

<sup>932</sup> ZOLI, C.: “Revoca del licenziamento e libertà del lavoratore di optare immediatamente per l'indennità sostitutiva della reintegrazione”, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, num. 2, 1998, p. 364.

<sup>933</sup> PÉREZ-BENEYTO ABAD, J. J.: “Despido improcedente: supuestos y efectos. Especial referencia a los salarios de tramitación”, in GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 235.

reinserimento *in natura*. La relazione di lavoro continua a essere mantenuta dal datore di lavoro dato che l'imprenditore corrisponde al dipendente tutti i salari non percepiti nel corso del processo di licenziamento. Dichiarando la nullità del licenziamento non si ha la possibilità di scegliere la cessazione indennizzata della relazione di lavoro<sup>934</sup>.

Ma il sistema normativo non garantisce un reinserimento efficace *in natura*, piuttosto stabilisce solo misure coattive con cui stimolare l'esecuzione della sentenza nei suoi stessi termini<sup>935</sup>. Sono misure indirette che hanno conseguenze sul patrimonio dell'imprenditore che lo spingono a compiere azioni pertinenti per giungere a un effettivo reinserimento del lavoratore. Tali sanzioni coercitive o vincoli economici –di cui all'articolo 241 LRJS– sono di natura sanzionatoria, non di natura indennizzatoria: il suo fine è di sostenere il rispetto degli obblighi legali imposti nella sentenza essendo il destinatario dell'importo il Tesoro Pubblico<sup>936</sup>.

A differenza di quanto accade nei licenziamenti senza giusta causa, nei licenziamenti dichiarati nulli l'imprenditore è obbligato a rispondere per l'integrità del debito data la maggiore gravità del caso senza alcun potere di trasferire allo Stato il costo legato alla risoluzione procrastinazione della controversia –articolo 56.5 ET–.

D'altro canto, nei licenziamenti nulli per discriminazione o violazione dei diritti fondamentali si può richiedere un indennizzo riparatorio specifico da parte del lavoratore. In effetti si tratta di un indennizzo complementare e dovrà essere deciso dal giudice tenendo conto delle circostanze del caso specifico e in funzione del danno morale e della violazione del diritto fondamentale così come degli ulteriori danni addizionali derivanti dal licenziamento lesivo<sup>937</sup>. Si articolano così due forme di protezione compatibili: da un lato, la tutela restitutoria del diritto violato –il reinserimento del lavoratore e i “*salarios de tramitación*” dell'articolo 55.6 ET–; dall'altro, la tutela risarcitoria che consiste nell'indennizzo per danni quantificato dal giudice, con ampio margine di discrezionalità –articolo 182.1.d), in relazione all'articolo

---

<sup>934</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. e FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Extinción contractual en las diversas modalidades de contratación objeto de la reforma laboral”, in MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. e TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Dirr. e Coord.) *et al: La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, cit., p. 170.

<sup>935</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. e MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: “Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) e SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 786. MARÍN ALONSO, I.: “Despido nulo: supuestos y efectos”, in GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 345.

<sup>936</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. e MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: “Despido nulo”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., pp. 137 e 138.

<sup>937</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. e MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: “Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, cit., pp. 680 e 681.



183 LRJS<sup>938</sup>. Alle conseguenze di cui sopra si deve aggiungere l'indennità supplementaria o addizionale –nei casi in cui è presente– dell'incidente di non reinserimento dell'articolo 281.2.b) LRJS –già analizzato precedentemente–.

Pertanto, è comprensibile che nei licenziamenti discriminatori o lesive di diritti fondamentali<sup>939</sup>, così come per le conseguenze giuridiche di reintegrazione forzata e per il pagamento dei “*salarios de trámite*”, vengono ricercati altri effetti come le lesioni morali o materiali che devono essere riparate<sup>940</sup>. Tuttavia, i danni subiti devono essere opportunamente dimostrati in quanto non si può presumere la riduzione di tali lesioni<sup>941</sup>. Di conseguenza, in primo luogo, l'indennizzo non deriva automaticamente dalla dichiarazione giurisdizionale di violazione di un diritto fondamentale, ma dal riconoscimento di un danno effettivamente prodotta da detta lesione; in secondo luogo, il riconoscimento del danno ingiusto richiede l'indicazione di fatti o prove sui quali può basarsi una condanna indennizzatoria; in terzo luogo, per determinare –ove opportuno– la quantità della stessa si devono stabilire –con precisione– le basi ed elementi chiave dell'indennizzo richiesto<sup>942</sup>.

Queste misure agiscono sul patrimonio del datore di lavoro supponendo una sorta di legalizzazione dell'inadempimento attraverso il pagamento di una “multa-sanzione” o di un “indennizzo economico” che le trasforma in soluzioni giuridiche insoddisfacenti per la tutela reale del diritto del lavoratore per i licenziamenti nulli<sup>943</sup>.

---

<sup>938</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. e FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Artículo 183. Indemnizaciones”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M<sup>a</sup>. (Coord.) e TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al*: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., pp. 1022 e ss.

<sup>939</sup> *Vid.* LÓPEZ INSUA, B. M.: *El principio de igualdad de género en el derecho social del trabajo*, cit., pp. 221 e ss.

<sup>940</sup> Auto TC 44/2007, 10 dicembre 2007 [RTC 2007, 444].

<sup>941</sup> STS 23 marzo 2000 [RJ 2000, 3121] e STS 22 luglio 1996 [RJ 1996, 6381].

<sup>942</sup> STS 2 ottobre 2007 [RJ 2008, 605], STSJ Castilla y León/Valladolid 20 aprile 2016 [2016, 108547] e STSJ Galicia 21 gennaio 2015 [JUR 2015, 41943].

<sup>943</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. e MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: “Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) e SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al*: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 787.



**SECCIÓN II. DESPIDO DISCIPLINARIO EN ITALIA**



En la sección II se estudian las situaciones, de acuerdo con la normativa italiana, en las que se podrá extinguir la relación laboral por voluntad del empresario sustentado en causa inherente a la propia persona del trabajador –*licenziamento disciplinare*–. En el ordenamiento jurídico italiano la extinción de la relación laboral queda englobada en las siguientes situaciones: a) *Licenziamento individuale*. Dentro de la extinción individual del derecho italiano, cuando el fundamento del despido tiene que ver con la propia persona despedida, nos encontramos ante lo que se denomina *licenziamento disciplinare* que puede ser por *giusta causa* o por *giustificato motivo soggettivo* –son dos tipos de despidos diferentes– o ante un *licenziamento* por *giustificato motivo oggettivo*. b) *Licenziamento collettivo* cuando el fundamento de la extinción es inherente o se sustenta en razones empresariales en relación al número de trabajadores despedidos.

Igualmente en los despidos de los trabajadores habrá de tener en cuenta el procedimiento específico de extinción del vínculo laboral que deberá velar por la garantía de transparencia de las decisiones adoptadas por el empleador o empresario. Si en el despido se lesionan los derechos del trabajador tendremos que remitirnos a los mecanismos de tutela constituidos por el derecho italiano y que variarán en su aplicación dependiendo del tamaño de la empresa: nos referimos a la tutela real y a la tutela obligatoria del trabajador. También habrá que valorar la decisión judicial del despido que podrá ser declarada legítima o nula, anulable e ineficaz con determinadas consecuencias específicas para cada una de las calificaciones extintivas del contrato de trabajo. De todos modos, sea cual fuese la razón de extinción del contrato de trabajo y la causa del mismo habrá que atender a la indemnización económica que se calculará y asignará en función de las condiciones y características específicas de cada situación.



**PARTE PRIMERA**

**UN RECORRIDO HISTÓRICO Y JURÍDICO POR EL DESPIDO  
DISCIPLINARIO ITALIANO**





**CAPÍTULO XII. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICO-NORMATIVA DEL PODER DISCIPLINARIO Y DE LA SANCIÓN DE DESPIDO EN ITALIA: DEL DESPIDO *AD NUTUM* AL DESPIDO POR *GIUSTA CAUSA* O *GIUSTIFICATO MOTIVO***

**SUMARIO.** CAPÍTULO XII. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICO-NORMATIVA DEL PODER DISCIPLINARIO Y DE LA SANCIÓN DE DESPIDO EN ITALIA: DEL DESPIDO *AD NUTUM* AL DESPIDO POR *GIUSTA CAUSA* O *GIUSTIFICATO MOTIVO*. 1. Orígenes, contexto y uso del poder disciplinario y de la sanción disciplinaria en Italia: desde la época del Derecho Romano hasta la empresa moderna. 2. Antecedentes y orígenes del despido en el contexto normativo clásico italiano: del despido *ad nutum* al despido por justa causa o justificado motivo.

**1. Orígenes, contexto y uso del poder disciplinario y de la sanción disciplinaria en Italia: desde la época del Derecho Romano hasta la empresa moderna**

Poder disciplinario y sanción disciplinaria son –se puede decir– connaturales a la relación de trabajo subordinada; es más, no puede entenderse el uno sin el otro. El poder del empresario de sancionar a los trabajadores en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales<sup>944</sup>, constituye una prerrogativa del todo peculiar del “capo de la empresa”, reconocida en el ordenamiento jurídico junto a los poderes directivos y a los poderes de control de la prestación de trabajo<sup>945</sup>, destacando, de entre todas, la sanción más grave: nos referimos al despido del trabajador.

Potestad del empresario en la relación privada que se reconduce a intereses contractuales en sentido amplio consistentes en la protección de la organización<sup>946</sup> y de la disciplina del trabajo<sup>947</sup>. Poder disciplinario que no es más que un medio de tutela del empresario en los enfrentamientos con el trabajador por el incumplimiento de las obligaciones del mismo en la relación laboral<sup>948</sup>. Con este poder se pretende tutelar un bien o un interés que excede del propio contorno del vínculo contractual en alusión a la

<sup>944</sup> Vid. MAINARDI, S.: “Il fondamento giuridico del potere disciplinare nell’evoluzione delle fonti di regolazione del lavoro privato e pubblico”, en MAINARDI, S.: *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, en SCHLESINGER, P. y BUSNELLI, F.: *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 16 y ss.

<sup>945</sup> MAINARDI, S.: “Introduzione”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Torino, Utet, 2012, p. XIII.

<sup>946</sup> Vid. NAVILLI, M.: “Problemi aperti in tema di posizioni organizzative: diritto all’attribuzione dell’incarico e irriducibilità della retribuzione”, en *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, núm. 1, 2004, pp. 253 y ss.

<sup>947</sup> MAINARDI, S.: “Il “dovere” del dirigente di sanzionare il demerito: il procedimento disciplinare”, en *Giurisprudenza italiana*, núm. 12, 2010, p. 2719.

<sup>948</sup> TREMOLADA, M.: *Il licenziamento disciplinare*, Padova, Cedam, 1993, p. 118.

organización de trabajo y a la conservación de su lógica de orden y eficacia económica<sup>949</sup>.

En Italia para el estudio de la evolución de la sanción disciplinaria debemos comenzar situándonos en el ambiente económico social de la Roma antigua centrándonos, especialmente, en el trabajo de los siervos y esclavos. La esclavitud en este ambiente político social romano se localizaba en el entorno militar y de las conocidas familias romanas. En efecto, es característica de la época esa concepción de “unidad familiar” donde no se consideraban extrañas las reflexiones políticas centradas en la figura del *pater familias*, persona que se encontraba provista de los más amplios poderes que se desarrollaban en cada sector de la vida familiar. En este contexto social, el trabajo de esclavitud y servil –siervos– era considerado absolutamente despreciable hasta el punto de equiparar la naturaleza del trabajo del hombre con la actividad desarrollada por los animales: ambos, hombre esclavo o siervo y animal, se encontraban sometidos y subordinados. Eran personas no tenidas en cuenta ni en consideración social<sup>950</sup>.

Más tarde, con la creciente exigencia de la vida y con la disminuida capacidad de autosuficiencia de la economía familiar se llega a la situación de que los propios hombres libres deben prestar temporáneamente su trabajo a cambio de obtener una recompensa económica<sup>951</sup>; éstos quedaban insertados dentro del propio grupo familiar del empresario, el cual, otorgaba alojamiento y alimentación durante el tiempo de la ejecución del trabajo donde, ya sea por el desprecio que se poseía a los esclavos en la estimación social o por la identidad del objeto de la relación y del modo que se venía entendiendo este trabajo en el propio ambiente familiar, la disciplina aplicada a los hombres libres era similar a la de los esclavos<sup>952</sup>.

Es sabido que en la época romana se localizaban las organizaciones familiares en sentido político, social y también económico, donde el poder del *pater familias* se extendía por completo –casi sin límites– en el seno de la familia, también en el ámbito laboral, cuyo objetivo era la conservación y el desarrollo del grupo y la ejecución y el buen éxito de aquella particular actividad de trabajo. De aquí que pueda compararse al *pater familias* con el “capo” de la empresa moderna, por supuesto, teniendo en cuenta las diferencias del organismo familiar romano y de sus fines con la empresa actual<sup>953</sup>.

Históricamente, el poder de dirección y el correlativo deber de obediencia pueden situar su origen en esta época. La obligación personal de hacer se introduce, en

---

<sup>949</sup> TULLINI, P.: *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 215.

<sup>950</sup> LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., pp. 160 y 161.

<sup>951</sup> No nos referimos en este momento ni a los esclavos, ni tampoco a los siervos.

<sup>952</sup> DE ROBERTIS, F. M.: *Il rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1946, *passim*.

<sup>953</sup> LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 162.

primer lugar, bajo el esquema de la *locatio* o del *ussufrutto* respecto a la explotación económica de la persona del trabajador y que después termina más tarde en una *faciendi necessitas* –necesidad de hacer– que reclama el vínculo característico de la relación contractual obligatoria. Más específicamente, en la *locatio operarum*, la potestad disciplinaria del empresario sobre el trabajador era tradicionalmente justificada por la presencia de este último –trabajador– en la casa o en los dominios del primero –empresario– y que duraba hasta que el trabajador permanecía bajo dependencia del *pater familias*. Por tanto, el trabajador libre quedaba subordinado a una potestad similar a la que el *pater familias* ejercía sobre los esclavos y que, ciertamente, comprendía también la sanción corporal con la que se solía castigar a los mismos. En efecto no existía una disciplina específica de la sanción disciplinaria sobre el trabajador subordinado, por lo que operaba el arbitrio del *padrone* y de la costumbre que era extremadamente severa: por tanto, en el Derecho Romano la autoridad del que podía calificarse de empresario no tenía límites y solo por los excesos más graves podía dar lugar a la intervención del Estado<sup>954</sup>.

En el período posterior a la caída del imperio romano el trabajo del individuo se va desarrollando con especial importancia de la Iglesia. En esta época se crean grandes propiedades feudales –Alta Edad Media– caracterizadas por el cultivo del que debe encargarse el trabajador<sup>955</sup>. Sin embargo, respecto a la relación del trabajo no hubo grandes cambios continuando un régimen no muy diferente al de la esclavitud. Pero un importante paso se localiza con la llegada del período de la libertad comunal italiana –Baja Edad Media– como fenómeno de reacción al dominio de los señores feudales: se comienza ahora a reivindicar la completa libertad de la persona humana. En esta época la actividad del trabajo se desarrollaba en el taller o negocio y bajo la supervisión del *maestro*. A su vez, el trabajador se comprometía a prestar su trabajo con diligencia, con fidelidad y a no dejar la relación laboral antes de la fecha establecida en el contrato a menos que existiera una causa verificada –lo que hoy denominamos justa causa de resolución–<sup>956</sup>.

Llegamos al fin a la época moderna. En el siglo XVIII, mientras surge la gran industria moderna, las condiciones de los trabajadores continuaban siendo míseras e inciertas. Estaban expuestos al acoso y abuso del *padrone* o *industriale*, a su vez, subordinado del *maestro*. El Estado se reservaba todavía un derecho de controlar las condiciones en los estatutos pero las relaciones internas eran libremente reguladas por las partes, especialmente, sobre la base de la costumbre<sup>957</sup>, poseyendo el trabajador obligación específica de obediencia, custodia, diligencia y fidelidad. Es más, podía pensarse al empleado que abandonaba el trabajo incluso con la cárcel. Igualmente, los

<sup>954</sup> *Ibidem*, pp. 163 y 164.

<sup>955</sup> Vid. BLOCH, M.: *La società feudale*, Torino, Giulio Einaudi, 1949, *passim*.

<sup>956</sup> LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., pp. 165 y ss.

<sup>957</sup> Vid. BARBAGALLO, C.: *Origini della grande industria contemporanea (1750-1850)*, Venezia, La Nuova Italia, 1923, *passim*.

trabajadores que eran despedidos por vagos y holgazanes incurrían en la pena de la vagabundez; aquellos que no respetaban las órdenes del trabajo eran penados con prisión y multas –diez escudos–; y quienes robaban eran penados con la pena de la flagelación en público y con la colocación al cuello de un cartel grabado con el texto “*ladro di manifatture*”<sup>958</sup>.

En Italia, a finales del siglo XVIII, la disciplina de las sanciones se remitía todavía al arbitrio de los empresarios, pero no podía negarse la importante repercusión de los grandes acontecimientos políticos iniciados con la revolución francesa en 1789. Por otro lado, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano<sup>959</sup> y el nuevo clima de libertad democrática trajeron como resultado una elevación de la posición del trabajador en la empresa. Igualmente se van introduciendo, en sede contractual, límites al ejercicio del poder disciplinario<sup>960</sup>. Asimismo otro evento fundamental se localiza en la aparición del fenómeno sindical con el nacimiento de la primera asociación de trabajadores<sup>961</sup>, surgida como movimiento natural de defensa de los intereses comunes del grupo.

En definitiva se puede hablar de una verdadera evolución histórica de la sanción y del poder disciplinario del empresario que transita desde una fase de completa subordinación personal a otra bien diversa en la que la persona humana del trabajador puede estar implicada directamente en el desarrollo de la empresa e inserta en la más o menos compleja organización del empresario<sup>962</sup>.

## **2. Antecedentes y orígenes del despido en el contexto normativo clásico italiano: del despido *ad nutum* al despido por justa causa o justificado motivo**

El instituto de la extinción de la relación de trabajo subordinado emerge del ordenamiento como resultado de un conflicto entre el Derecho Civil codificado y la realidad de las nuevas relaciones industriales. En efecto, la revolución industrial desestabilizó los principios típicos del derecho de contratos en los ordenamientos del *civil law* de la tradición romanística hasta la codificación napoleónica. La revolución industrial emergió repercutiendo en los usos y las prácticas industriales junto con la jurisprudencia y su formulación normativa, siempre en contacto directo con la realidad económica caracterizada por los conflictos sociales de una acelerada industrialización,

---

<sup>958</sup> Vid. VISCONTI, A.: *Note sulla condizione degli operai agli albori della industria libera in Lombardia nel sec. XVIII*, Ferrara, SAIG, 1946, *passim*.

<sup>959</sup> Aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, es uno de los documentos fundamentales de la Revolución francesa (1789-1799) que define los derechos personales y los de la comunidad además de los universales.

<sup>960</sup> LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 174.

<sup>961</sup> Vid. MAZZONI, G.: *La conquista della libertà sindacale*, Roma, Edizioni Leonardo, 1947, *passim*.

<sup>962</sup> LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 175.

lo que dio lugar a un nuevo conjunto de reglas, más estables, definidas y caracterizadas<sup>963</sup>.

En los ordenamientos jurídicos de la Europa continental, los despidos representan la materia con mayor incidencia de los principios constitucionales. En el período anterior a la aprobación de la primera ley italiana que condiciona realmente a los despidos –*legge 604/1966, di 15 luglio, norme sui licenziamenti individuali*– el objetivo perseguido era convertir el despido en judicialmente revisable y sancionable con su invalidez en caso de que fuera ilícito<sup>964</sup>. Posterior a la publicación del Estatuto de los Trabajadores italiano –*Legge 300/1970, di 20 maggio, Statuto dei Lavoratori. Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento*–, parte de la doctrina, a consecuencia de los avances sociales que se iban produciendo, denominó la configuración del poder de despido de constitucionalmente peligroso<sup>965</sup>. Es en esta línea de pensamiento cuando se identifica el fundamento del derecho al trabajo con la estabilidad del empleo<sup>966</sup>: a partir de este momento se pretenderá la continuidad y la estabilidad de la relación laboral respecto a las exigencias empresariales<sup>967</sup>. Poder sancionador que es instrumental al poder organizativo del empresario –este último comprende la conducción de la empresa<sup>968</sup>– como se deriva de la propia relación laboral y que representa la forma típica del ejercicio de la libertad de iniciativa económica<sup>969</sup>.

Anteriores a los textos citados nos encontramos con el *Codice Civile* de 1865 – aprobado por el rey Vittorio Emanuele II– que no regulaba el contrato de trabajo. Acogiéndose la doctrina de la época a la investigación de un esquema contractual de derecho común adaptable se hacía referencia a la *locatio operarum* –arrendamiento de servicios–. Pero nada decía la ley de los modos de resolver la relación lo que,

<sup>963</sup> MAINARDI, S.: “L'estinzione del rapporto nella sistematica del Codice Civile. Dimissioni e risoluzione consensuale”, en BESSONE, M.: *Trattato di Diritto Privato*, Volume XXIV, en CARINCI, F. (a cura di) y MAINARDI, S. (Coord.): *Il lavoro subordinato. Tomo III. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, Torino, G. Giappichelli, 2007, p. 3.

<sup>964</sup> NOGLER, L.: *La regulación de los despidos individuales en la época de equilibrio entre los “principios” constitucionales: estudio a la luz del ordenamiento italiano*, A Coruña, Netbiblo, 2010, p. 3.

<sup>965</sup> MANCINI, G. F.: *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Il recesso straordinario*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 95. También D'ANTONA, M.: *La reintegrazione nel posto di lavoro: art. 18 dello statuto dei lavoratori*, Padova, Cedam, 1979, p. 77.

<sup>966</sup> NOGLER, L.: *La regulación de los despidos individuales en la época de equilibrio entre los “principios” constitucionales: estudio a la luz del ordenamiento italiano*, cit., p. 4.

<sup>967</sup> ZOLI, C.: “I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al d.lgs. n. 23 del 2015”, in FERRARO, G. (a cura di) et al.: *I licenziamenti nel contratto “a tutela crescenti”*, Padova, Cedam, 2015, p. 75.

<sup>968</sup> ZOLI, C.: “Il controllo giudiziario e gli atti di esercizio del potere direttivo: il trasferimento del lavoratore e il mutamento delle mansioni”, en *Diritto delle Relazioni Industriali*, cit., p. 710.

<sup>969</sup> MAINARDI, S.: “Introduzione”, en MAINARDI, S. (a cura di) et al.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. XIII.

inevitablemente, debía dejarse a la pronuncia del juzgador<sup>970</sup>, prevaleciendo la libre manifestación unilateral de su voluntad<sup>971</sup>.

También como antecedente lejano encontramos el artículo 9 del *Regio Decreto Legge 13 novembre 1924, n.1825, convertido en la legge 562/1926, di 18 marzo, sull'impiego privato*, según el cual, “*el contrato del empleado a tiempo indeterminado no puede ser resuelto por ninguna de las dos partes sin previa cancelación y sin indemnización*”. Pero “*no se debe la indemnización en el caso de que una de las dos partes sustente la resolución en justa causa por una falta grave que no consienta la continuación de la relación laboral*”<sup>972</sup>.

Posteriormente entra en vigor el *Codice Civile* de 1942 –*Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, Codice Civile*–, normativa que todavía hoy continua vigente y que recoge la regulación relativa a la libertad de extinción. El artículo 2082 del *Codice Civile* define al empresario como aquel que ejercita profesionalmente una actividad económica organizada con la finalidad de producir o de intercambiar bienes y servicios<sup>973</sup>. Esta definición representa la idea de la organización como elemento indispensable y fundamental para el ejercicio de la empresa: de aquí se deriva el reconocimiento del *Codice Civile* a una serie de prerrogativas de trabajo con objeto de realizar, organizar y dirigir a la empresa al fin de conseguir su finalidad institucional<sup>974</sup>. El artículo 2106 –reglamentación de la sanción disciplinaria<sup>975</sup>– configura claramente el poder disciplinario como instrumento de reacción frente al incumplimiento del trabajador<sup>976</sup>. Pero previamente al artículo 2106 localizamos –también relevantes por individualizar la disposición del citado precepto– el artículo 2104 referido a la *diligenza del prestatore di lavoro* y el artículo 2105 referido a la *obbligo di fedeltà* del *Codice Civile*. Preceptos que presuponen implícitamente el poder disciplinario del empresario

---

<sup>970</sup> PERA, G.: “Licenziamenti: I”, en AA. VV.: *Enciclopedia giuridica*, Volume XIX Libertà - Memoria, Tomo I Libertà - Luogotenenza, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, Fondata da Giovanni Treccani, 1988, p. 1.

<sup>971</sup> OFFEDDU, M.: “Attualità di una ricerca storica: proviviri industriali e licenziamenti”, en *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1981, p. 59.

<sup>972</sup> Artículo 9. “*Il contratto d'impiego a tempo indeterminato non può essere risolto da nessuna delle due parti senza previa disdetta e senza indennità nei termini e nella misura rispettivamente stabiliti nell'articolo seguente. La superiore disposizione vale anche per il caso di cessazione, liquidazione o riduzione dell'azienda, che non siano esclusivamente determinate da forza maggiore. Non è dovuta disdetta, né indennità nel caso che una delle due parti dia giusta causa alla risoluzione immediata per una mancanza così grave da non consentire la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto*”.

<sup>973</sup> Artículo 2082. “*È imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*”.

<sup>974</sup> D'AVOSSA, E.: *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro: Il código, Il procedimento, l'esecuzione delle sanzioni, il licenziamento disciplinare, l'impugnazione delle sanzioni*, Milano, Ipsoa, 1989, p. 9.

<sup>975</sup> Vid. FERRANTE, V.: “Fondamento e natura del potere disciplinare”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., pp. 6 y ss.

<sup>976</sup> BOLLANI, A.: “Il licenziamento disciplinare”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 119.

son los artículos 2086 referido a la *direzione e gerarchia nell'impresa*<sup>977</sup> y 2094 que se refiere al *prestatore di lavoro subordinato*<sup>978</sup>, ambos también del *Codice Civile*<sup>979</sup>.

En suma, la violación de la obligación de trabajar con la exigida diligencia y obediencia –artículo 2104 del *Codice Civile*–, de respetar la disposición por la disciplina del trabajo –también artículo 2104 del *Codice Civile*– y la obligación de fidelidad<sup>980</sup> –artículo 2105 del *Codice Civile*– puede dar lugar a la aplicación de sanciones disciplinarias –artículo 2106 del *Codice Civile*–<sup>981</sup>.

Al respecto, el artículo 2104 establece que “*el trabajador debe actuar con la diligencia requerida por la naturaleza de la prestación debida, de los intereses de la empresa y de la producción nacional. Debe también observar la disposición por la ejecución y por la disciplina del trabajo impartidas por el empresario y de colaborar con aquel del cual depende jerárquicamente*”<sup>982</sup>. Este precepto individualiza la diligencia y la obediencia a los requisitos típicos de la prestación laboral, útiles a los fines de no incumplir la relación de trabajo. La primera parte del precepto es interpretada por la doctrina en sentido objetivo –intereses de la empresa como institución– y en sentido subjetivo –interés del empresario– pero no como interés del cumplimiento de las obligaciones por el trabajador, sino más precisamente como interés del empleador al ejercicio de la actividad en la organización del trabajo. A título ejemplificativo constituyen infracciones de este primer párrafo del artículo 2104 del *Codice Civile* los siguientes supuestos<sup>983</sup>: la ausencia injustificada<sup>984</sup>, el abandono injustificado del puesto<sup>985</sup>, el retraso en el inicio del trabajo –normalmente exigiéndose

<sup>977</sup> Artículo 2086. “*L'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori*”.

<sup>978</sup> Artículo 2094. “*È prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore*”.

<sup>979</sup> Para un estudio preciso sobre el procedimiento formal del poder disciplinario en Italia, *vid.* ZOLI, C.: “L'esercizio del potere disciplinare: profili procedurali e processuali”, en *Azienditalia. Il personale*, núm. 12, 2015, pp. 451 y ss.

<sup>980</sup> ZOLI, C.: “Clausole di fidelizzazione e rapporto di lavoro”, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, núm. 5, 2013, pp. 449 y ss. ZOLI, C.: “Fidelizzazione del lavoratore”, en PEDRAZZOLI, M. (a cura di) *et al: Lessico Giuslavoristico*, Bologna, Bononia University Press, 2010, pp. 37 y ss.

<sup>981</sup> VALLEBONA, A.: *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, Padova, Cedam, 2012, p. 302.

<sup>982</sup> Artículo 2104. “*Il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore della produzione nazionale. Deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende*”.

<sup>983</sup> MAINARDI, S.: “La definizione delle norme disciplinari”, en MAINARDI, S.: *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, en SCHLESINGER, P. y BUSNELLI, F.: *Il Codice Civile. Commentario*, cit., pp. 122 a 125.

<sup>984</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 13352, de fecha 29 de noviembre de 1999.

<sup>985</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 7296, de fecha 24 de julio de 1998. *Vid.* DI CERBO, V. y SIMEOLI, D.: “Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali”, en AMOROSO, G., DI CERBO, V. y MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 1429 y ss.

reiteración<sup>986</sup>, la negativa de realizar las tareas competencia del empleado<sup>987</sup> o el rendimiento insuficiente<sup>988</sup>. La segunda parte del precepto referido a la obediencia – *obbedienza*– sí se refiere a la manifestación del poder directivo del empresario desde el punto de vista de la organización del trabajo y de la disciplina del trabajador<sup>989</sup>. A título ejemplificativo constituyen infracciones de este segundo párrafo del artículo 2104 del *Codice Civile* los siguientes supuestos<sup>990</sup>: la inobservancia de las órdenes para el desarrollo del servicio o de la ejecución de la prestación<sup>991</sup>, los comportamientos denigratorios<sup>992</sup>, la injustificación de la enfermedad<sup>993</sup> o la falsificación de documentos<sup>994</sup>.

El artículo 2105 establece que “*el trabajador no debe tratar de hacer, por cuenta propia o de terceros, la competencia al empresario, ni divulgar información relacionada con la organización y los métodos de producción de la empresa, o hacer actos que perjudiquen a la empresa*”<sup>995</sup>. En efecto, este precepto contiene las obligaciones accesorias respecto a las principales, incluidas las obligaciones de protección a la tutela de los intereses del acreedor en aquellos supuestos de conductas que podrían acarrear daños aunque sean solo potenciales<sup>996</sup>. Es común que en los convenios colectivos se establezca la obligación de fidelidad en los comportamientos de los empleados, con el objetivo de que no releven secretos o noticias reservadas al desarrollo de la empresa<sup>997</sup>, o que la actividad no se desarrolle en concurrencia o en conflicto de intereses con el empresario<sup>998</sup>.

En este sentido, establece el artículo 2106 del *Codice Civile* que “*el incumplimiento de las disposiciones contenidas en los dos artículos precedentes puede*

---

<sup>986</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 4783, de fecha 13 de noviembre de 1989.

<sup>987</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 12121, de fecha 23 de noviembre de 1995.

<sup>988</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 4524, de fecha 8 de julio de 1988.

<sup>989</sup> FAVA, G.: *Potere disciplinare: orientamento giurisprudenziale e principi normativi*, Milano, Ipsoa, 2007, p. 4.

<sup>990</sup> MAINARDI, S.: “La definizione delle norme disciplinari”, en MAINARDI, S.: *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, en SCHLESINGER, P. y BUSNELLI, F.: *Il Codice Civile. Commentario*, cit., pp. 125 y 126.

<sup>991</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 6352, de fecha 26 de junio de 1998.

<sup>992</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 7884, de fecha 22 de agosto de 1997.

<sup>993</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 1481, de fecha 10 de febrero de 2000.

<sup>994</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 5967, de fecha 27 de mayo de 1995.

<sup>995</sup> Artículo 2105. “*Il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, né divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio*”.

<sup>996</sup> FAVA, G.: *Potere disciplinare: orientamento giurisprudenziale e principi normativi*, cit., p. 4.

<sup>997</sup> MAINARDI, S.: “La definizione delle norme disciplinari”, en MAINARDI, S.: *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, en SCHLESINGER, P. y BUSNELLI, F.: *Il Codice Civile. Commentario*, cit., p. 128.

<sup>998</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 6352, de fecha 26 de junio de 1998.



dar lugar a la aplicación de sanciones disciplinarias, según la gravedad de la infracción [y en conformidad con la norma corporativa]”<sup>999</sup>. Este precepto da lugar a considerar que cualquier tipo de violación puede ser sancionada disciplinariamente, y que, precisamente, el convenio colectivo asume en tal contexto una importante función integrativa<sup>1000</sup>. Sobre la previsión del convenio colectivo, la jurisprudencia ha establecido que la justa causa de despido es noción legal y que el juez no está vinculado obligatoriamente a las previsiones del convenio; en efecto, el juzgador puede descartar que el comportamiento del empleado constituya una justa causa aún cuando es calificado como tal en el convenio colectivo, en relación con las circunstancias concretas que lo caracterizan<sup>1001</sup>. En efecto, en materia de despido disciplinario, debe descartarse que un determinado comportamiento del trabajador, invocado por el empresario como justa causa de despido, sea contemplado en el convenio colectivo como integrante de una específica infracción disciplinaria extintiva cuando en realidad le correspondería una sanción conservativa de la relación laboral: en estos supuestos deberá el juez valorar el caso y decidir al respecto<sup>1002</sup>.

Más específicamente, el artículo 2118 del *Codice Civile* establece que “cualquiera de los contratantes puede rescindir el contrato de trabajo a tiempo indeterminado, dando el preaviso en el término y en los modos establecidos por las normas corporativas, por los usos o según la equidad. A falta de preaviso, el que rescinde está obligado a abonar a la otra parte una indemnización equivalente al importe de la retribución que correspondería para el período de preaviso”<sup>1003</sup>. Este artículo se refiere indirectamente al denominado despido *ad nutum* cuya consecuencia no es otra que dejar fuera del alcance del control judicial la revisión sobre los motivos del despido y de su idoneidad<sup>1004</sup>. Este precepto pretende débilmente obligar al empresario a dar el preaviso de la extinción en todos los casos donde no se encuentre determinada la justa causa<sup>1005</sup>. El artículo 2119 del *Codice Civile* establece que “cada uno de los contratantes puede rescindir el contrato antes de la fecha de finalización, si el contrato es por tiempo determinado, o sin preaviso, si el contrato es por tiempo indeterminado, en el caso de que se verifique una causa que no consienta la

<sup>999</sup> Artículo 2106. Sanzioni disciplinari: “l’inosservanza delle disposizioni contenute nei due articoli precedenti può dar luogo alla applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell’infrazione”.

<sup>1000</sup> FAVA, G.: *Potere disciplinare: orientamento giurisprudenziale e principi normativi*, cit., p. 8.

<sup>1001</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 4060, de fecha 18 de febrero de 2011.

<sup>1002</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 13353, de fecha 17 de junio de 2011.

<sup>1003</sup> Artículo 2118. Recesso dal contratto a tempo indeterminato: “ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, dando il preavviso nel termine e nei modi stabiliti [dalle norme corporative], dagli usi o secondo equità. In mancanza di preavviso, il recedente è tenuto verso l'altra parte a un'indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso. La stessa indennità è dovuta dal datore di lavoro nel caso di cessazione del rapporto per morte del prestatore di lavoro”.

<sup>1004</sup> CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. y TREU, T.: *Diritto del Lavoro: il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, Utet giuridica, 2013, p. 374.

<sup>1005</sup> ICHINO, P.: “Il contratto di lavoro (III)”, en CICU, A., MESSINEO, F. MENGONI, L. e continuato da SCHLESINGER, P.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 425.

*continuación, tampoco provisional, de la relación. Si el contrato es por tiempo indeterminado, al trabajador que rescinde por justa causa le corresponde la indemnización indicada en el segundo párrafo del artículo precedente*”<sup>1006</sup>.

De los citados preceptos puede observarse como la sistemática adoptada por el propio *Codice Civile* –aun cuando la temática está íntimamente relacionada– prefiere separar la materia disciplinaria –artículo 2106– del propio despido –artículos 2118 y 2119–<sup>1007</sup>. De hecho se sostiene que el despido por incumplimiento tiene la motivación y la eficacia intimidatoria de la propia sanción disciplinaria<sup>1008</sup>.

Por otro lado, el plazo de preaviso al que se refiere el *Codice Civile* –calificado de típicamente liberal<sup>1009</sup>– no está determinado por el citado texto normativo; lo normal es que se estipule por convenio colectivo o, en su defecto, por los usos y costumbres del lugar. Generalmente la duración del preaviso se encuentra fijada en los convenios colectivos que lo desarrollan en base a la antigüedad del empleado en la empresa<sup>1010</sup>. Además, en los despidos, para el empleado no solo está en cuestión su libertad personal<sup>1011</sup> sino también su patrimonio<sup>1012</sup>; sin embargo, para el empleador solo está en juego el principio de la libertad de iniciativa económica<sup>1013</sup>; lo cierto es que la figura del despido no sólo repercute negativamente en el trabajador sino también al empresario<sup>1014</sup>. En efecto el ilícito consiste en la violación de la libertad económica del empresario y no de la simple posición crediticia del mismo; además, la sanción constituye una medida de carácter punitivo y no un mero remedio de derecho común<sup>1015</sup>.

---

<sup>1006</sup> Artículo 2119. Recesso per giusta causa: “*ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se il contratto è a tempo determinato, o senza preavviso, se il contratto è a tempo indeterminato, qualora si verifici una causa che non consenta la prosecuzione anche provvisoria, del rapporto. Se il contratto è a tempo indeterminato, al prestatore di lavoro che recede, per giusta causa compete l’indennità indicata nel secondo comma dell’articolo precedente. Non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto il fallimento dell’imprenditore o la liquidazione coatta amministrativa dell’azienda*”.

<sup>1007</sup> TREMOLADA, M.: *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 96.

<sup>1008</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 1781, de fecha 28 de marzo de 1981.

<sup>1009</sup> PERA, G.: “Licenziamenti: I”, en AA. VV.: *Enciclopedia giuridica*, Volume XIX Libertà - Memoria, Tomo I Libertà - Luogotenenza, cit., p. 2.

<sup>1010</sup> VALLEBONA, A.: *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, cit., p. 450.

<sup>1011</sup> ROMAGNOLI, U.: *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Bologna, Il Mulino, 1995, p. 149.

<sup>1012</sup> MANCINI, G. F.: *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Individuazione della fattispecie recesso*, cit., p. 338.

<sup>1013</sup> MENGONI, L.: “La stabilità dell’impiego nel diritto italiano”, en AA. VV.: *La stabilità dell’impiego nel diritto dei Paesi membri della C.E.C.A.*, Lussemburgo, Editado dal servizio pubblicazioni delle Comunità Europee, 1958, p. 232.

<sup>1014</sup> CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. y TREU, T.: *Diritto del Lavoro: il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 378.

<sup>1015</sup> TREMOLADA, M.: *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 164.

Pero antes del *Codice Civile* nos encontramos con la *Carta del Lavoro* de 1927. En la misma, de acuerdo con la declaración XIX, “*la infracción a la disciplina y los actos que perturben el normal desarrollo del negocio, pueden ser castigados por el empresario, según la gravedad de la falta, con la multa, con la suspensión del trabajo, y, para los casos más graves, con el despido inmediato sin indemnización. Serán definidos los casos en los que el empresario puede imponer la multa o la suspensión o el despido inmediato sin indemnización*”<sup>1016</sup>. La *Carta del Lavoro* fue otorgada por Mussolini con el principal objetivo de modernizar la economía italiana intentando solucionar los problemas sociales y las relaciones entre clases.

Posteriormente al *Codice Civile* y de la *Carta del Lavoro* surge la legislación que consagra el principio de la necesaria justificación de la causa que habilita la extinción de la relación laboral. Nos referimos a la ya citada *legge 604/1966, di 15 luglio, norme sui licenziamenti individuali*, que canoniza el principio de la justificación del despido, declarándose ilegítima la extinción no sustentada en “*justa causa*” o “*justificado motivo*”. Así, mientras que el régimen del *Codice Civile* determina la existencia de una justa causa para que pueda operar o no el plazo de preaviso, la *legge 604/1966, di 15 luglio*, considera que cuando no se vincula el despido individual a la existencia de una causa justa o justificado motivo, el despido no poseerá legitimidad<sup>1017</sup>.

Justa causa que no solo se contempla como un grave incumplimiento contractual, también como una situación ajena a la propia relación laboral y verificada en la esfera del trabajador pero que termina repercutiendo en el vínculo de confianza con el empresario impidiendo la continuación de la relación laboral. Justificado motivo que puede ser subjetivo u objetivo. Justificado motivo subjetivo cuando el trabajador cometa un notable incumplimiento de sus obligaciones contractuales; justificado motivo objetivo cuando existan razones inherentes a la actividad productiva, a la organización del trabajo o al regular funcionamiento de la empresa –lo que supone un límite externo al poder unilateral del empresario para rescindir la relación de trabajo<sup>1018</sup>, pues la jurisprudencia requiere para este despido su nexo causal con circunstancias relacionadas con la organización del trabajo, actividad productiva y marcha de la empresa<sup>1019</sup>–. Además, es la citada ley quien distingue formalmente entre *licenziamento individuale* y

<sup>1016</sup> “*Le infrazioni alla disciplina e gli atti che perturbino il normale andamento dell’azienda, commessi dai prenditori di lavoro, sono puniti, secondo la gravità della mancanza, con la multa, con la sospensione dal lavoro, e, per i casi più gravi, col licenziamento immediato senza indennità. Saranno specificati i casi in cui l’imprenditore può infliggere la multa o la sospensione o il licenziamento immediato senza indennità*”.

<sup>1017</sup> CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. y TREU, T.: *Diritto del Lavoro: il rapporto di lavoro subordinato*, cit., pp. 378 y 379.

<sup>1018</sup> ZOLI, C: “I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, núm. 1, 2008, pp. 39 y ss.

<sup>1019</sup> ZOLI, C: “I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al d.lgs. n. 23 del 2015”, in FERRARO, G. (a cura di) *et al: I licenziamenti nel contratto “a tutela crescenti”*, cit., p. 76.

*licenziamento collettivo*, cuando, en su artículo 11<sup>1020</sup>, establece que la materia de los despidos colectivos para reducir el personal se encuentra excluida de regulación por esta ley<sup>1021</sup> –despidos colectivos que aún siguen la regulación comunitaria por la directiva que se refiere expresamente a ellos<sup>1022</sup>–.

Por último, nos queda referirnos al ya citado *Statuto dei Lavoratori*. Lo cierto es que fue el *Statuto dei Lavoratori* quién introdujo la nueva sanción de la readmisión al puesto de trabajo del empleado que había sido injustamente despedido. Sanción de la readmisión del trabajador considerada desde sus orígenes de especialmente gravosa por parte de los empresarios: es lógico si se compara con la anterior normativa, la *legge 604/1966, di 15 luglio, norme sui licenziamenti individuali*, que solo consideraba el pago de una mínima indemnización económica por el despido injusto del empleado. Conviene destacar que el nacimiento y el resultado del *Statuto dei Lavoratori* fue consecuencia del fuerte contexto social y político de la época, muy condicionado por las presiones de los años 1968 y 1969, especialmente, la del denominado otoño caliente de este último año.

Y es con el *Statuto dei Lavoratori* cuando el ejercicio de poder del empresario encuentra límites operativos en el artículo 7, precepto que interviene para contrarrestar la posición débil contractual del trabajador, sea reconociendo derechos específicos, sea estableciendo límites al ejercicio de una prerrogativa del empresario hasta entonces ejercitable de modo sustancialmente “libre”<sup>1023</sup>. En efecto, el citado precepto comporta que cualquier despido que haga referencia a una conducta culposa, deficiente o solo inadecuada por parte del trabajador, deba transitar por el procedimiento disciplinario del artículo 7 del *Statuto dei Lavoratori*, independientemente de su calificación por el empresario<sup>1024</sup>.

En suma, se ha asistido a la introducción de límites de carácter sustancial, formal y procedimental, así como de mecanismos sancionatorios que tienen en cuenta la

---

<sup>1020</sup> “La materia dei licenziamenti collettivi per riduzione di personale é esclusa dalle disposizioni dellapresente legge”.

<sup>1021</sup> PERA, G.: “Licenziamenti: I”, en AA. VV.: *Enciclopedia giuridica*, Volume XIX Libertà - Memoria, Tomo I Libertà - Luogotenenza, cit., p. 1.

<sup>1022</sup> ZOLI, C.: “Licenziamenti collettivi e gruppi di imprese: la procedura di informazione e consultazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia”, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, núm. 2, 2010, p. 519.

<sup>1023</sup> MAINARDI, S.: “Introduzione”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. XIV.

<sup>1024</sup> COLOMBO, A., RIPA, A. y VARESI, A.: *Licenziamento. Gestione, procedura e casistica*, Milano, Ipsoa – Wolter Kluwer, 2014, p. 65.

dimensión de la empresa, la naturaleza del empresario, la categoría de los trabajadores tutelados y las circunstancias del despido ejecutado<sup>1025</sup>.

---

<sup>1025</sup> ZOLI, C: “I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al d.lgs. n. 23 del 2015”, in FERRARO, G. (a cura di) *et al: I licenziamenti nel contratto “a tutela crescenti”*, cit., pp. 75 y 76.



**PARTE SEGUNDA**

**EL DESPIDO POR *GIUSTA CAUSA* Y EL DESPIDO POR *GIUSTIFICATO*  
*MOTIVO* EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO**





## CAPÍTULO XIII. LA EXTINCIÓN DISCIPLINARIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO

**SUMARIO.** CAPÍTULO XIII. LA EXTINCIÓN DISCIPLINARIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO. 1. Estudio del régimen jurídico del despido disciplinario a la luz de las normas del ordenamiento italiano: justa causa y justificado motivo. 2. El despido por justa causa. 3. El despido por justificado motivo.

### 1. Estudio del régimen jurídico del despido disciplinario a la luz de las normas del ordenamiento italiano: justa causa y justificado motivo

El fundamento positivo para justificar el poder de despedir del empresario no reside ni en la parte general del *Codice Civile* relativa a los contratos y a las obligaciones, ni en los artículos 2118 –*recesso dal contratto a tempo indeterminato*– y 2119 –*recesso per giusta causa*–, ni en el artículo 2106 –*sanzioni disciplinari*– del *Codice Civile*, ni tampoco en el artículo 41 –*iniziativa economica privata*– de la Constitución Italiana. Para fundamentar el poder de despido en el ordenamiento jurídico italiano debemos situarnos en el artículo 1 de la *legge 604/1966, di 15 luglio* y el artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*, preceptos íntimamente relacionados con el artículo 1374 –*integrazione del contratto*– del *Codice Civile*<sup>1026</sup>.

En efecto se reconoce al empresario un poder estructural sustancial extrajudicial con el que poner fin a la relación laboral<sup>1027</sup> –no considerada como una obligación de resultado<sup>1028</sup>–: poder que asume naturaleza contractual y de subordinación con el que se puede sancionar al empleado cuando haya incumplido o transgredido las obligaciones del propio contrato de trabajo. En efecto, el poder sancionador constituye expresión característica de la subordinación del trabajador y que deriva del propio contrato de trabajo<sup>1029</sup>. Subordinación del empleado que se sustenta por el contenido de los artículos 2094, 2103, 2104, 2105 y 2106 del *Codice Civile*<sup>1030</sup>. Es por eso que en caso de incumplimiento se prevé una respuesta por parte del poder disciplinario donde entra en juego la negociación colectiva y su facultad de articular y graduar la sanción teniendo

<sup>1026</sup> NOGLER, L.: *La regulación de los despidos individuales en la época de equilibrio entre los "principios" constitucionales: estudio a la luz del ordenamiento italiano*, cit., p. 33.

<sup>1027</sup> Vid. LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., *passim*. ASSANTI, C.: *Le sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1963, *passim*. MONTUSCHI, L.: *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1973, *passim*.

<sup>1028</sup> MUGGIA, S.: "Brevi note sul licenziamento per scarso rendimento e Cass. 22 giugno 2000 n. 8515", en *Notiziario di giurisprudenza del lavoro*, 2000, p. 752.

<sup>1029</sup> MAINARDI, S.: "Introduzione", en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. XIII.

<sup>1030</sup> LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 94.

presente el principio de proporcionalidad<sup>1031</sup>, lo que de acuerdo con el artículo 2106 del *Codice Civile* y según la gravedad de la infracción, dará lugar a una determinada sanción disciplinaria<sup>1032</sup>. Sanción disciplinaria que conecta, por un lado, el deber de obediencia del trabajador –de acuerdo con el artículo 2104.2 del *Codice Civile*– y un interés organizativo del empresario, y, por otro lado, transfiere dicho interés a la posición contractual como parte individual del contrato de trabajo<sup>1033</sup>.

Sanción disciplinaria que puede ser perfectamente el despido del trabajador como expresión de un poder privado<sup>1034</sup>. No obstante, debemos tener en cuenta que existen otros tipos de sanciones o instrumentos sancionatorios con los que tutelar el correcto funcionamiento de la organización de la empresa<sup>1035</sup>. Distinción entre sanción disciplinaria y despido por justa causa que se localiza en la disciplina codicística, sobre un plano meramente formalístico de clasificación, puesto que el incumplimiento no puede –ni debe– concretarse siempre en la violación más grave de las obligaciones<sup>1036</sup>: el despido. Existe entonces un interés del empresario de disponer de las sanciones por incumplimiento menor y que se prevé en el artículo 1455 del *Codice Civile* cuando dispone que “*el contrato no se puede resolver si el incumplimiento de una de las dos partes tiene escasa importancia, teniendo en cuenta los intereses de la otra*”<sup>1037</sup>. En paralelo, el artículo 3 de la *legge 604/1966, di 15 luglio*, se refiere al “*notevole*” incumplimiento, lo que sí dará lugar al despido del trabajador motivado en la culpa<sup>1038</sup>. Sanciones –o penas privadas a los empleados<sup>1039</sup>– que introducen un elemento disuasorio proyectado en los comportamientos futuros de los trabajadores con el objeto de tutelar la organización empresarial<sup>1040</sup>.

<sup>1031</sup> CASALE, D. y LIMA, A.: “Istruttoria e irrogazione della sanzione disciplinare”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 311.

<sup>1032</sup> Vid. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 620.

<sup>1033</sup> MAINARDI, S.: “Introduzione”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. XIII.

<sup>1034</sup> BOLLANI, A.: “Il licenziamento disciplinare”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 132.

<sup>1035</sup> MAINARDI, S.: “Le sanzioni disciplinari conservative del rapporto di lavoro”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., pp. 88 y 89.

<sup>1036</sup> D’AVOSSA, E.: *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro: Il código, Il procedimento, l’esecuzione delle sanzioni, il licenziamento disciplinare, l’impugnazione delle sanzioni*, cit., p.127.

<sup>1037</sup> “*Il contratto non si può risolvere se l’inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all’interesse dell’altra*”.

<sup>1038</sup> FAVA, G.: *Potere disciplinare: orientamento giurisprudenziale e principi normativi*, cit., p. 7.

<sup>1039</sup> MONTUSCHI, L.: “Potere disciplinare e rapporto di lavoro privato”, en *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, núm. 9, 1991, p. 21.

<sup>1040</sup> MAINARDI, S.: “Le sanzioni disciplinari conservative del rapporto di lavoro”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 92.

El derecho a despedir es ejercitado como acto al que se le puede atribuir naturaleza negocial<sup>1041</sup>, además de poseer valor de declaración recepticia que se perfecciona en el momento en el que la otra parte tiene conocimiento de la extinción, no pudiendo ser revocado el despido sin el acuerdo expreso de las partes<sup>1042</sup>; por tanto, la revocación del despido tiene que ser aceptada por el interesado<sup>1043</sup>.

La función de la sanción disciplinaria –que persigue un fin intimidatorio<sup>1044</sup>– es esencialmente la de limitar el riesgo moral con objeto de disuadir a todos los dependientes de la empresa de comportamientos contrarios a los intereses contractuales del empresario, teniendo en cuenta la buena fe contractual e influyendo en la ética de la relación laboral<sup>1045</sup>. En efecto con la sanción disciplinaria no se pretende resarcir un daño que el acto del trabajador haya podido cometer, ni tampoco restaurar el equilibrio patrimonial alterado con su incumplimiento<sup>1046</sup>.

Sobre la carga de la prueba de la causa justificativa del despido<sup>1047</sup>, es el artículo 5 de la *legge 604/1966, di 15 luglio*, el que determina que debe ser el empresario quien deba soportar la legitimidad de justificar la extinción<sup>1048</sup>; precepto aplicable a todos los supuestos de despido que queden subordinados a la disciplina de la *legge 604/1966, di 15 luglio* y del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*<sup>1049</sup>. *A sensu contrario* al trabajador tan solo le incumbe probar la existencia de un despido. Es el empresario quien tiene la carga de probar los presupuestos justificativos de las sanciones disciplinarias en relación con el principio de proporcionalidad de la sanción impuesta, pues la misma se deja a la discrecionalidad del empresario bajo los cánones de la razonabilidad, buena fe y equidad, cuya violación podría dar lugar a pronunciamientos de exceso de poder<sup>1050</sup> o de

<sup>1041</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 12781, de fecha 14 de julio de 2005.

<sup>1042</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 11664, de fecha 18 de mayo de 2006.

<sup>1043</sup> ZOLI, C.: “Revoca del licenziamento e libertà del lavoratore di optare immediatamente per l'indennità sostitutiva della reintegrazione”, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, cit., p. 359.

<sup>1044</sup> MANCINI, G. F.: *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 25.

<sup>1045</sup> ICHINO, P.: “Il contratto di lavoro (III)”, en CICU, A., MESSINEO, F. MENGONI, L. e continuato da SCHLESINGER, P.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 473.

<sup>1046</sup> MAINARDI, S.: “Le sanzioni disciplinari conservative del rapporto di lavoro”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 90.

<sup>1047</sup> Vid. VALLEBONA, A.: *L'onere della prova nel diritto de lavoro*, Padova, Cedam, 1988, *passim*.

<sup>1048</sup> “L'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento spetta al datore di lavoro”.

<sup>1049</sup> DI CERBO, V. y SIMEOLI, D.: “Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali”, en AMOROSO, G., DI CERBO, V. y MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 1572.

<sup>1050</sup> CASALE, D.: “Abuso d'ufficio”, en *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, núm. 6, 2006, pp. 1253 y ss.

abuso del derecho por parte del empresario<sup>1051</sup>. En efecto la falta de la equidad y proporcionalidad conduce a un exceso o abuso de poder por parte del empresario<sup>1052</sup>.

De acuerdo con el artículo 2697 del *Codice Civile*<sup>1053</sup>, quien quiere hacer valer un derecho en juicio debe probar los hechos que constituyen el fundamento: en efecto, al trabajador le corresponde demostrar que se ha ejecutado un despido ilegítimo debiendo ser el empresario el que alegue la justificación del mismo. La razón es lógica ya que es evidente que al empresario le resultará más fácil disponer de los medios de prueba que justifiquen la justa causa o el motivo justificado por el que se procede al despido del empleado. No obstante, en supuestos de despidos discriminatorios<sup>1054</sup> –por razones políticas, religiosas, a causa de la pertenencia a un sindicato o a la participación en actividades sindicales<sup>1055</sup>– existe un reparto de la prueba: el empresario deberá desarrollar las causas que determinaron el despido mientras que el trabajador deberá probar la ilegitimidad de las causas que propiciaron la extinción de la relación laboral por razones discriminatorias. Lo cierto es que debe comenzar el trabajador demostrando un mínimo de discriminación o de otro motivo ilícito o inadmisibles para el despido –lo que en España se denomina indicios–; debiendo el empresario probar la existencia de otro motivo legítimo y suficiente para justificar el despido<sup>1056</sup>. Obviamente podrá el juez investigar las circunstancias que motivaron el despido haciendo valer los poderes instructores que le confiere el artículo 421 del *Código di Procedura Civile* y los artículos 2727 a 2729 del *Codice Civile*<sup>1057</sup>.

Por otro lado, es el artículo 8 de la *legge 604/1966, di 15 luglio*, el precepto que establece un régimen moderado de sanciones al empresario cuando no se cumplen los términos del despido, entre las cuales, en la práctica judicial destaca el pago de la indemnización resarcitoria –precepto que se refiere a la tutela obligatoria–. Sin embargo, a partir de la publicación del *Statuto dei Lavoratori*, en su artículo 18, también puede localizarse la efectiva estabilidad del puesto de trabajo al compaginarse el citado régimen de consistencia meramente obligatorio –tutela obligatoria– con otro de carácter

<sup>1051</sup> FAVA, G.: *Potere disciplinare: orientamento giurisprudenziale e principi normativi*, cit., p. 10.

<sup>1052</sup> MAINARDI, S.: “I limiti sostanziali all’esercizio del potere: proporzionalità e recidiva”, en MAINARDI, S.: *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, en SCHLESINGER, P. y BUSNELLI, F.: *Il Codice Civile. Commentario*, cit., p. 309.

<sup>1053</sup> “Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l’inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l’eccezione si fonda”.

<sup>1054</sup> LASSANDARI, A.: “Il licenziamento discriminatorio”, en BESSONE, M.: *Trattato di Diritto Privato*, Volume XXIV, en CARINCI, F. (a cura di) y MAINARDI, S. (Coord.): *Il lavoro subordinato. Tomo III. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, cit., pp. 151 y ss.

<sup>1055</sup> Sobre el camino recorrido por el despido discriminatorio, *vid.* CARINCI, F.: “Ripensando il “nuovo” art. 18 dello Statuto dei lavoratori”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, núm. 3, 2013, pp. 487 y 488.

<sup>1056</sup> ICHINO, P.: “Il contratto di lavoro (III)”, en CICU, A., MESSINEO, F. MENGONI, L. e continuato da SCHLESINGER, P.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 434.

<sup>1057</sup> CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. y TREU, T.: *Diritto del Lavoro: il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 414.

real –tutela real– donde –de manera débil por las múltiples reformas operadas– se localiza la reincorporación del trabajador al puesto de trabajo<sup>1058</sup>.

Como ya hemos comentado, de acuerdo con el ordenamiento jurídico italiano, el despido puede realizarse por “justa causa” o por “justificado motivo”<sup>1059</sup>. En la jurisprudencia ambos despidos representan parámetros elásticos y maleables<sup>1060</sup>. Debe tenerse en cuenta que la interpretación de la ley necesita ser guiada en relación con la particularidad o puntualización del caso concreto<sup>1061</sup>. En efecto se interpreta que existe necesidad de entrar en el fondo del asunto con objeto de identificar el criterio o la regla de juicio que debe aplicarse asignando un importante ámbito de discrecionalidad al juzgador<sup>1062</sup>. Discrecionalidad del juzgador que obligatoriamente tendrá que ponerse en plena vinculación con el análisis dogmático que deberá realizarse a través del estudio y vinculación de los hechos con los preceptos normativos que regulan el despido<sup>1063</sup>. Discrecionalidad que hace que similar incumplimiento sea considerado por un juez meritorio de despido, mientras otro juzgador lo considera meritorio de una multa o de una suspensión de empleo y sueldo<sup>1064</sup>; multa o suspensión de empleo y sueldo que se convierten en sanciones características con las que conservar la relación laboral del trabajador<sup>1065</sup>. Subjetividad del juzgador hasta el punto de que la evaluación del asunto queda en manos de la experiencia y de la sensibilidad del mismo<sup>1066</sup>. Pero no solo discrecionalidad en la evaluación, también en la elección por la tutela e indemnización –específicamente, entre “tutela indennitaria” y “tutela reintegratoria”–<sup>1067</sup>. Lo cierto es que la sanción extintiva disciplinaria de la relación de trabajo solo debe ejecutarse en

<sup>1058</sup> *Ibidem*, pp. 379.

<sup>1059</sup> Vid. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 622.

<sup>1060</sup> NOGLER, L.: *La regulación de los despidos individuales en la época de equilibrio entre los “principios” constitucionales: estudio a la luz del ordenamiento italiano*, cit., p. 35.

<sup>1061</sup> Sentenza della Corte de Casación núm. 7838, de fecha 15 de abril de 2005.

<sup>1062</sup> Sentenza della Corte de Casación núm. 21213, de fecha 2 de noviembre de 2005. Ejemplo de absoluta discrecionalidad judicial se localiza en la sentenza della Corte di Cassazione núm. 3257, de fecha 10 de marzo de 2003.

<sup>1063</sup> MENGONI, L.: “Per una dogmatica dei diritti fondamentali”, en AA. VV.: *Giornate in onore di Angelo Falzea*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 53.

<sup>1064</sup> ICHINO, P.: “Il contratto di lavoro (III)”, en CICU, A., MESSINEO, F. MENGONI, L. e continuato da SCHLESINGER, P.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 475.

<sup>1065</sup> MAINARDI, S.: “Le sanzioni disciplinari conservative del rapporto di lavoro”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., pp. 100 y ss.

<sup>1066</sup> PERSIANI, M.: “La tutela dell’interesse del lavoratore alla conservazione del posto”, en RIVA SANSEVERINO, L. y MAZZONI, G. (Dirs.) *et al: Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Padova, Cedam, 1971, p. 682.

<sup>1067</sup> ZOLI, C.: “Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegra e tutela indennitaria”, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, cit., pp. 665 y 666.

aquellos casos en donde la gravedad de la infracción no tolera la continuación del trabajador<sup>1068</sup>.

Poder de despedir que es individual y unitario, así como unitario es el derecho de propiedad de un bien. Por tanto, el titular del poder, en este caso el empresario, debe hacerlo valer en juicio, debiendo justificar la resolución con todos los hechos que crea convenientes para la extinción de la relación laboral, al igual que ocurre con el titular de un derecho de propiedad que alega todas las posibles fundamentaciones constitutivas de su derecho, siendo el juzgador quien deducirá en última instancia y juzgará oportunamente<sup>1069</sup>.

Pero en Italia, el despido disciplinario no se encuentra expresamente regulado por el legislador —a diferencia del ordenamiento jurídico español que sí dedica el artículo 54 ET a regular plenamente el despido disciplinario y sus justas causas—; tampoco lo está el despido objetivo —*giustificato motivo oggettivo*<sup>1070</sup>—. El despido disciplinario italiano, obligatoriamente —pues no tiene más remedio—, se ha construido sobre la base de las decisiones jurisprudenciales e interpretaciones doctrinales que, aún hoy, no encuentran una posición unánime<sup>1071</sup>. En efecto, y como indicábamos *supra*, el despido en Italia va a depender de la discrecional valoración judicial realizada en cada particular caso<sup>1072</sup>. En efecto la falta de una precisa noción legislativa de la categoría del despido ha supuesto y supone una problemática muy debatida en la doctrina italiana<sup>1073</sup>.

En definitiva, el despido individual es un acto unilateral recepticio con el que el empresario manifiesta al empleado la voluntad de rescindir la relación laboral. El despido debe ser sostenido por un motivo identificado normalmente en la tipología de la extinción. En efecto los diversos tipos de despido previstos en el ordenamiento italiano pueden clasificarse en: a) Justa causa, cuando la motivación del despido está vinculada a graves incumplimientos de las obligaciones contractuales del trabajador. b) Por justificado motivo subjetivo, que se utiliza cuando se está en presencia de un incumplimiento del trabajador de gravedad tal que no justifica la extinción inmediata de

<sup>1068</sup> MAINARDI, S.: “Le sanzioni disciplinari conservative del rapporto di lavoro”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 97.

<sup>1069</sup> BUONCRISTIANI, D.: *Il licenziamento disciplinare: tecnica procedimentale ed impugnatoria. Profili comparatistici (Francia, Spagna, Germania)*, Padova, Cedam, 2012, p. 33.

<sup>1070</sup> *Vid.* ZOLI, C.: “Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegra e tutela indennitaria”, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, cit., p. 657 y ss.

<sup>1071</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 619.

<sup>1072</sup> GAETA, G.: “Brevi note in materia di licenziamento disciplinare”, en *Rivista giuridica de lavoro e della previdenza sociale*, núm. 3, 2003, p. 507.

<sup>1073</sup> D’AVOSSA, E.: *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro: Il código, Il procedimento, l’esecuzione delle sanzioni, il licenziamento disciplinare, l’impugnazione delle sanzioni*, cit., p. 125.

la relación. c) Por justificado motivo objetivo<sup>1074</sup>, utilizado cuando la decisión de despedir está vinculada a razones inherentes de la actividad productiva, de la organización del trabajo y del normal funcionamiento de la empresa<sup>1075</sup>.

## 2. El despido por justa causa

El primer precepto que se refirió al despido por justa causa se localiza en el artículo 9.3 del *Regio Decreto Legge 13 novembre 1924, n.1825, convertido en la legge 562/1926, di 18 marzo, sull'impiego privato*, y que excluye la indemnización de la resolución en el caso de que exista justa causa. Posteriormente es la *Carta del Lavoro* la que recoge el despido definiéndola como la máxima sanción disciplinaria y prevista para los casos más grave. Hoy son los artículos 2104 y 2105, en relación con el artículo 2106 del *Codice Civile*, los que especifican que los incumplimientos de las obligaciones pueden dar lugar a la aplicación de sanciones disciplinarias según la gravedad de la infracción. Siendo los artículos 2118 y 2119 del citado texto los que establecen la posibilidad de despedir al trabajador sin preaviso cuando se verifique una causa que no consienta la continuación de la relación laboral.

El despido inmediato y sin preaviso tiene su origen en un sistema dominado por la plena libertad de la extinción, hoy anclado en una cláusula general que ha consentido una discrecional y tal vez arbitraria interpretación y aplicación; al respecto, es evidente que hoy día la jurisprudencia no consigue –o mejor dicho no desea– abandonar esta fórmula de despedir<sup>1076</sup>.

Más específicamente es el artículo 2119 del *Codice Civile* quién se encarga de autorizar el despido por justa causa cuando se verifique una causa que no consienta el mantenimiento de la relación laboral sin que, en tal caso, la parte que formule esa voluntad esté obligada a preavisar: nos encontramos ante una falta de tal relevancia que no requiere del previo aviso al trabajador –culpa lata o dolo<sup>1077</sup>–. La justa causa se configura como un justificado motivo subjetivo acentuado de lo que se deriva la sanción disciplinaria más grave<sup>1078</sup>. La justa causa de despido debe revestir el carácter de grave negación de los elementos esenciales de la relación de trabajo y, en particular, del

<sup>1074</sup> ZOLI, C.: “Note sul giustificato motivo obiettivo di licenziamento”, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, núm. 2, 1982, pp. 765 y ss.

<sup>1075</sup> COLOMBO, A., RIPA, A. y VARESI, A.: *Licenziamento. Gestione, procedura e casistica*, cit., pp. 3 y 4.

<sup>1076</sup> TULLINI, P.: *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, cit., p. 2.

<sup>1077</sup> Vid. LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 240.

<sup>1078</sup> Para diferenciar el despido de la dimisión por justa causa, vid. MAINARDI, S.: “L’estinzione del rapporto nella sistematica del Codice Civile. Dimissioni e risoluzione consensuale”, en BESSONE, M.: *Trattato di Diritto Privato*, Volume XXIV, en CARINCI, F. (a cura di) y MAINARDI, S. (Coord.): *Il lavoro subordinato. Tomo III. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, cit., pp. 48 y ss.

elemento de la confianza<sup>1079</sup>. De la propia definición de la justa causa –que no consiente el mantenimiento de la relación– deriva la necesidad de la inmediatez de la respuesta frente a esta causa<sup>1080</sup>.

Al respecto podemos localizar dos teorías<sup>1081</sup>: a) la minoritaria –teoría objetiva– que entiende como causa de despido, no solo el incumplimiento gravísimo del empleado, sino también cualquier otra eventualidad ajena a la propia relación laboral y que lesione el vínculo de confianza existente entre las partes<sup>1082</sup>; b) la mayoritaria –teoría contractual de la justa causa– que considera que no es justa causa cualquier situación extralaboral diferente al incumplimiento gravísimo de las obligaciones contractuales<sup>1083</sup>. Teoría contractual de la justa causa que encuentra sustento legal en el artículo 8 del *Statuto dei Lavoratori* al prohibir al empresario efectuar indagaciones sobre hechos no relevantes con la finalidad de valorar la actitud profesional del trabajador<sup>1084</sup>.

De acuerdo con la jurisprudencia existe justa causa considerable para extinguir el contrato de trabajo cuando no solo se produzca un gravísimo incumplimiento de las obligaciones contractuales, también cualquier circunstancia o situación externa a la relación de trabajo pero verificada dentro de la esfera laboral y adecuada para afectar al vínculo de confianza entre las partes lo que impide la normal prosecución de la relación de trabajo<sup>1085</sup>. Confianza que puede ser utilizada tanto en la justa causa como en el despido por justificado motivo subjetivo<sup>1086</sup>.

Pero de las dos citadas teorías podemos sacar una conclusión que automáticamente nos vincula con el despido disciplinario del ordenamiento jurídico español: la pérdida de confianza –denominado, de acuerdo con el ET español, buena fe

<sup>1079</sup> DI CERBO, V. y SIMEOLI, D.: “Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali”, en AMOROSO, G., DI CERBO, V. y MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 1369.

<sup>1080</sup> PERA, G.: “Licenziamenti: I”, en AA. VV.: *Enciclopedia giuridica*, Volume XIX Libertà - Memoria, Tomo I Libertà - Luogotenenza, cit., p. 5.

<sup>1081</sup> Vid. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) et al.: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 623 y 624.

<sup>1082</sup> TRINONI, G.: *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 251.

<sup>1083</sup> SMURAGLIA, C.: *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 37 y ss. PERSIANI, M.: “La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto”, en RIVA SANSEVERINO, L. y MAZZONI, G. (Dirs.) et al.: *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, cit., pp. 664 y ss.

<sup>1084</sup> Artículo 8. Divieto di indagini sulle opinioni. “È fatto divieto al datore di lavoro, ai fini dell'assunzione, come nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro, di effettuare indagini, anche a mezzo di terzi, sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore”.

<sup>1085</sup> Sentenze della Corte di Cassazione núm. 15919, de fecha 19 de diciembre de 2000; núm. 14466, de fecha 7 de noviembre de 2000; núm. 7102, de fecha 21 de diciembre de 2002; y núm. 9354, de 24 de julio de 1968.

<sup>1086</sup> MANCINI, G. F.: *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Il recesso straordinario*, cit., p. 117.



contractual o abuso de confianza en el desempeño del trabajo<sup>1087</sup>– no permitirá la continuación de la relación laboral entre empleador y empleado. Confianza en el trabajador que permitirá tener en cuenta comportamientos de la esfera privada del empleado cuando estén relacionados directa o indirectamente con las obligaciones profesionales del vínculo contractual<sup>1088</sup>: en efecto, para la jurisprudencia se podrá recurrir a comportamientos de la esfera privada del empleado cuando la prestación laboral conlleve un margen de confianza absoluto que implique la atención de los comportamientos privados<sup>1089</sup>. Pero cuando no conlleve relación con el trabajo, el despido será declarado ilegítimo –parte de la doctrina considera que, en estos casos, el despido debería ser nulo<sup>1090</sup>–. Y es que, de acuerdo con el artículo 1375 del *Codice Civile*<sup>1091</sup>, el contrato se ejecutará de conformidad con la buena fe<sup>1092</sup>. En suma la justa causa del despido se caracteriza por el propio incumplimiento que, en esencia, debe ser tan grave que no consienta la continuación –tampoco provisional– del propio vínculo laboral.

En la valoración del juzgador de la individualización de los elementos que, en concreto, permiten calificar el hecho cuestionado como justa causa de despido debe tenerse en cuenta una serie de factores objetivos y subjetivos: en efecto puede ser que la falta del trabajador sea tan grave de justificar que en la imposición de la sanción expulsiva deba evaluarse no solo el contenido objetivo del comportamiento incumplidor del trabajador también su alcance subjetivo en referencia a las particulares circunstancias y condiciones, a sus efectos y a la intensidad del hecho<sup>1093</sup>. Deberá tenerse en cuenta la configuración de la falta operada en relación con el convenio colectivo, la intensidad del elemento intencional, el grado de las consecuencias sobre el trabajo, los antecedentes en la actuación de la relación laboral, la duración del incumplimiento o desobediencia, la ausencia de anteriores sanciones, la naturaleza y la tipología de la relación misma<sup>1094</sup>.

En los casos de pluralidad de hechos, el juzgador no está vinculado a la complejidad de todos los incumplimientos pudiendo deducir la gravedad de la justa

<sup>1087</sup> MAZZIOTTI, F.: *I licenziamenti dopo la legge 11 maggio 1990, n.º 108*, Torino, Utet, 1991, pp. 28 y 29.

<sup>1088</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 623 y 624.

<sup>1089</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 9590, de fecha 14 de julio de 2001.

<sup>1090</sup> ICHINO, P.: “Il contratto di lavoro (III)”, en CICU, A., MESSINEO, F. MENGONI, L. e continuato da SCHLESINGER, P.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 433.

<sup>1091</sup> “*Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede*”.

<sup>1092</sup> MAINARDI, S.: “Rapporto di impiego dei magistrati ed obblighi di correttezza e buona fede”, en *Giornale di Diritto Amministrativo*, núm. 3, 2003, pp. 241 y ss.

<sup>1093</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 5019, de fecha 1 de marzo de 2011.

<sup>1094</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 2013, de fecha 13 de febrero de 2013.

causa de uno o de algunos de ellos<sup>1095</sup>. En efecto, cuando existan diversos episodios relevantes sobre el plano disciplinario, el juez puede individualizar uno de ellos para justificar la sanción expulsiva cuando el mismo presente la gravedad requerida por el artículo 2119 del *Codice Civile*<sup>1096</sup>.

Lo cierto es que la justa causa del despido, para adecuarse a la realidad mutante en el tiempo, representa un modelo genérico que necesita ser especificado en sede interpretativa mediante la valoración de factores externos relativos a la conciencia general de los principios tácitos que el artículo 2119 del *Codice Civile* reclama. Esta interpretación vendrá completada por el juzgador mediante referencias expresas a la conciencia general y a los valores del ordenamiento existentes en la realidad social<sup>1097</sup>.

Como hemos comentado, el ordenamiento jurídico italiano no especifica las infracciones del trabajador que justificarían el despido disciplinario *in tronco*, pero los convenios colectivos, en general, contienen las enumeraciones, más o menos precisas, de los comportamientos del trabajador que son punibles con sanciones disciplinarias que justifican el citado despido<sup>1098</sup>. A continuación traemos a colación un elenco –en vía ejemplificativa– de causas graves que dan lugar al despido disciplinario<sup>1099</sup>: a) Relativas a la ejecución del trabajo: la inejecución o ausencia –si es por enfermedad<sup>1100</sup> se recomienda su certificación médica<sup>1101</sup>– arbitraria al trabajo<sup>1102</sup>; o la participación activa en huelga considerada ilegítima. b) Relativa al modo de estar en el trabajo: la incapacidad de trabajar, especialmente, bajo el perfil de la negligencia ocultada en período de prueba; la repetición de negligencia; o el bajo rendimiento. c) Relativas a la disciplina en el trabajo: la insubordinación grave<sup>1103</sup>. d) Relativas a las obligaciones complementarias y a la conducta fuera de la empresa: la violación de los deberes de fidelidad; la conducta privada incorrecta; o la subordinación al procedimiento penal<sup>1104</sup>.

<sup>1095</sup> COLOMBO, A., RIPA, A. y VARESI, A.: *Licenziamento. Gestione, procedura e casistica*, cit., pp. 68 y ss.

<sup>1096</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 24574, de fecha 31 de octubre de 2013.

<sup>1097</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 4984, de fecha 4 de marzo de 2014.

<sup>1098</sup> Para ver determinados ejemplos de despido *in tronco*, vid. LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., pp. 242 y 243.

<sup>1099</sup> Vid. LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., pp. 245 y ss.

<sup>1100</sup> Vid. CASALE, D.: “Malattia, inidoneità psicofisica e handicap nella novella del 2012 sui licenziamenti”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, núm. 2, 2014, pp. 401 y ss.

<sup>1101</sup> Sobre el cómputo de ausencias y su justificación, vid. CASALE, D.: “La rinnovata disciplina della malattia del dipendente pubblico”, en *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, núm. 3-4, 2012, p. 510.

<sup>1102</sup> Vid. MAINARDI, S.: “Il licenziamento disciplinare per falsa attestazione di presenza in servizio”, en *Giornale di diritto amministrativo*, núm. 5, 2016, p. 588.

<sup>1103</sup> Vid. DI CERBO, V. y SIMEOLI, D.: “Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali”, en AMOROSO, G., DI CERBO, V. y MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, cit., pp. 1427 y ss.

<sup>1104</sup> Sobre la subordinación al procedimiento penal, vid. ESPOSITO, M.: “Processo penale e procedimento disciplinare nella normativa sul lavoro pubblico: diritto di difesa del dipendente e buon

No obstante, algunas de las cuestiones más recurrentes o más significativas con las que declarar legítimo el despido por justa causa son las siguientes. Entre las causas que se refieren a la idoneidad del trabajador encontramos<sup>1105</sup>: la detención y uso de estupefacientes<sup>1106</sup>, el contrabando<sup>1107</sup>, la posesión ilegítima de armas<sup>1108</sup> o el falso testimonio en un juzgado civil<sup>1109</sup>. Entre los hechos inherentes al desarrollo de la relación que comprende no solo la ejecución de la prestación de servicios sino también las obligaciones accesorias, encontramos<sup>1110</sup>: la ausencia injustificada<sup>1111</sup>, el bloqueo de la maquinaria en ocasión de huelga<sup>1112</sup>, la destrucción de maquinaria de la empresa<sup>1113</sup>, el hurto o el uso personal de los bienes de la empresa<sup>1114</sup>, la falsificación del registro de asistencia o de las relaciones que demuestran la actividad de trabajo fuera de la empresa y no sujeta a control<sup>1115</sup>, la falsificación de certificados médicos presentados al empresario<sup>1116</sup>, la falsificación de documentación acreditativa de gastos para el reembolso por parte de la empresa<sup>1117</sup>, la falsificación o la omisión de los recibos fiscales para apropiarse de sumas pagadas por el cliente<sup>1118</sup>, la injuria o la difamación<sup>1119</sup>, la agresión contra los superiores jerárquicos o los usuarios o compañeros de trabajo<sup>1120</sup>, el acoso sexual<sup>1121</sup>, el trabajo o las actividades que pueden provocar o agravar la enfermedad<sup>1122</sup>, la grave o reiterada negligencia en la ejecución del trabajo o el injustificado rechazo del trabajador<sup>1123</sup>, la omisión de comunicación a la empresa de información necesaria<sup>1124</sup>, la obstrucción de la actividad de la empresa<sup>1125</sup>,

---

andamento delle amministrazioni pubbliche”, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, núm. 2, 2009, *passim*.

<sup>1105</sup> VALLEBONA, A.: *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, cit., pp. 482 y 483.

<sup>1106</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 923, de fecha 3 de febrero de 1996.

<sup>1107</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 4829, de fecha 5 de octubre de 1985.

<sup>1108</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 1086, de fecha 3 de febrero de 1994.

<sup>1109</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 2626, de fecha 9 de marzo de 1998.

<sup>1110</sup> VALLEBONA, A.: *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, cit., pp. 484 y ss.

<sup>1111</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 5558, de fecha 25 de octubre de 1982.

<sup>1112</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 2352, de fecha 17 de abril de 1982.

<sup>1113</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 602, de fecha 22 de enero de 1987.

<sup>1114</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 21965, de fecha 19 de octubre de 2007.

<sup>1115</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 9173, de fecha 5 de noviembre de 1994.

<sup>1116</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 816, de fecha 5 de febrero de 1985.

<sup>1117</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 14066, de fecha 17 de junio de 2009.

<sup>1118</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 5742, de fecha 25 de mayo de 1995.

<sup>1119</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 18655, de fecha 12 de septiembre de 2011.

<sup>1120</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 8351, de fecha 12 de abril de 2011.

<sup>1121</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 4735, de fecha 28 de abril de 1995.

<sup>1122</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 5407, de fecha 6 de junio de 1990.

<sup>1123</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 19235, de fecha 21 de septiembre de 2011.

<sup>1124</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 6957, de fecha 4 de abril de 2005.

la embriaguez en el lugar de trabajo<sup>1126</sup> o relaciones impropias con los suministradores o proveedores<sup>1127</sup>.

### 3. El despido por justificado motivo

La regla del justificado motivo se introduce por la *legge 604/1966, di 15 luglio, norme sui licenziamenti individuali*, cuyo artículo 1, con dieciséis años de anticipo respecto al ordenamiento de la OIT, específicamente, del Convenio número 158 de la OIT de 1982, introduce la regla del *giustificato motivo*<sup>1128</sup>.

El artículo 3 de la *legge 604/1966, di 15 luglio, norme sui licenziamenti individuali*, se encarga de recoger el despido individual por justificado motivo, extinción del contrato de trabajo que puede justificarse por razones objetivas o por razones subjetivas. Este despido por justificado motivo con preaviso se determina por un “*incumplimiento considerable de las obligaciones contractuales del prestador de trabajo*” –justificado motivo subjetivo– y como una o más “*razones inherentes a la actividad productiva, organizativa y a su regular funcionamiento*” –justificado motivo objetivo–<sup>1129</sup>. Es una fórmula fuertemente influenciada por el ordenamiento jurídico y por la sensibilidad del juzgador y de las circunstancias del contexto lo que le hace susceptible de mutar en el tiempo<sup>1130</sup>. Previo aviso del despido que otorgará libertad al trabajador para buscar con éxito otro empleo o actividad laboral<sup>1131</sup>.

De todos modos, doctrina y jurisprudencia son unánimes cuando se refieren a la valoración de la mayor o menor relevancia de los intereses del empresario para reaccionar disciplinariamente respecto a la extinción o no del trabajador. Es decir, la

---

<sup>1125</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 20573, de fecha 29 de julio de 2008.

<sup>1126</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 19361, de fecha 10 de septiembre de 2010.

<sup>1127</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 567, de fecha 17 de enero de 2012.

<sup>1128</sup> ICHINO, P.: “Il contratto di lavoro (III)”, en CICU, A., MESSINEO, F. MENGONI, L. e continuato da SCHLESINGER, P.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 434.

<sup>1129</sup> Artículo 3. “*Il licenziamento per giustificato motivo con preavviso é determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro ovvero da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa*”.

<sup>1130</sup> ICHINO, P.: “Il contratto di lavoro (III)”, en CICU, A., MESSINEO, F. MENGONI, L. e continuato da SCHLESINGER, P.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 435. Para una panorámica amplia de la doctrina y jurisprudencia en materia de justificado motivo del despido, *vid.* TULLINI, P. y LUNARDON, F.: “Giusta causa e giustificato motivo di licenziamento”, en CARINCI, F. (a cura di MISCIONE, M.) *et al.*: *Diritto del lavoro. Commentario*, Torino, Utet, 1998, pp. 197 y ss.

<sup>1131</sup> Para la diferencia entre el preaviso o no del despido, *vid.* PISANI, C.: “Le fattispecie: giusta causa e giustificato motivo di licenziamento”, en BESSONE, M.: *Trattato di Diritto Privato*, Volume XXIV, en CARINCI, F. (a cura di) y MAINARDI, S. (Coord.): *Il lavoro subordinato. Tomo III. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, cit., pp. 89 y ss.

decisión de despedir o no al trabajador se reserva exclusivamente a juicio del empresario<sup>1132</sup>.

La citada ley establece que deben darse dos condiciones para proceder a este despido<sup>1133</sup>: la veracidad de las condiciones empresariales argumentadas en el despido y el nexo causal entre las exigencias y el propio despido. No obstante, debemos destacar que es posible que el impedimento/incumplimiento del justificado motivo pueda ser objetivo y subjetivo al mismo tiempo<sup>1134</sup>. Igualmente es regla firme de la jurisprudencia que el incumplimiento notable del trabajador puede justificar el despido aun cuando no produzca –o no sea susceptible de producir en el futuro– un daño<sup>1135</sup>.

En este sentido cuando se produzca un despido por causas no imputables al trabajador nos encontraremos ante un despido objetivo<sup>1136</sup>. Extinción que corresponde en España al despido por circunstancias objetivas –artículo 52 ET–<sup>1137</sup>. En efecto, para que exista despido por justificado motivo objetivo –no subjetivo– deben concurrir dos circunstancias: que se traten de razones inherentes a la actividad productiva, a la organización y al funcionamiento de aquella<sup>1138</sup> –es decir, causas circunscritas a la actividad laboral de una empresa como la producción, las respuestas del mercado o la organización del propio trabajo<sup>1139</sup>, lo que impone un límite externo al poder unilateral del empresario de extinguir la relación laboral<sup>1140</sup>; y que la extinción de la relación

<sup>1132</sup> ICHINO, P.: “Il contratto di lavoro (III)”, en CICU, A., MESSINEO, F. MENGONI, L. e continuato da SCHLESINGER, P.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 472.

<sup>1133</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) et al: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 624.

<sup>1134</sup> ICHINO, P.: “Il contratto di lavoro (III)”, en CICU, A., MESSINEO, F. MENGONI, L. e continuato da SCHLESINGER, P.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 468.

<sup>1135</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 1421, de fecha 23 de febrero de 1996. Vid. MARTINUCCI, G.: “Licenziamento per scarso rendimento: una nuova pronuncia della Cassazione”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, núm. 2, 1997, pp. 189 y ss.

<sup>1136</sup> Para un estudio profundo del despido por justificado motivo objetivo, vid. PISANI, C.: “Le fattispecie: giusta causa e giustificato motivo di licenziamento”, en BESSONE, M.: *Trattato di Diritto Privato*, Volume XXIV, en CARINCI, F. (a cura di) y MAINARDI, S. (Coord.): *Il lavoro subordinato. Tomo III. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, cit., pp. 127 a 149.

<sup>1137</sup> Para mayor abundamiento del despido italiano por justificado motivo objetivo, vid. COLOMBO, A., RIPA, A. y VARESI, A.: *Licenziamento. Gestione, procedura e casistica*, cit., pp. 5 y ss.

<sup>1138</sup> Vid. DI CERBO, V. y SIMEOLI, D.: “Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali”, en AMOROSO, G., DI CERBO, V. y MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, cit., pp. 1509 y ss.

<sup>1139</sup> Artículo 3 de la ley 604/1966, de 15 de julio, sobre licenziamientos individuales.

<sup>1140</sup> ZOLI, C.: “Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegro e tutela indennitaria”, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, cit., p. 660.

laboral del trabajador no se sustente en la culpabilidad de su actuación sino en la imposibilidad de desempeñar de manera adecuada las obligaciones convenidas<sup>1141</sup>.

Dentro del justificado motivo objetivo encontramos generalmente los siguientes incumplimientos –entre otros–<sup>1142</sup>: a) El justificado motivo como pérdida futura excesiva resultante de la continuidad de la relación; b) La regla del justificado motivo objetivo como imposición de un contenido asegurador en la relación de trabajo; c) Individualización de la pérdida esperada como dato inherente a la singular relación de trabajo vinculada con la noción coste-oportunidad; d) La regla jurisprudencial que consiente la supresión del puesto de trabajo pero prohíbe la sustitución del trabajador; e) La regla jurisprudencial que permite la supresión del puesto de trabajo bastando para justificar el despido demostrar que no puede reutilizar/recuperar/repescar al trabajador en otra posición o puesto de trabajo; f) Por bajo rendimiento; g) La cuestión de los criterios de elección de trabajadores que desempeñan las mismas funciones para el despido objetivo de alguno de ellos; h) La imposibilidad sobrevenida por la pérdida de capacidades para el desempeño del trabajo; i) La inviolabilidad de las decisiones empresariales organizativas y de dimensión de la empresa<sup>1143</sup>; j) La elección del empresario de cesar la actividad y la quiebra de la empresa; o k) La determinación del umbral.

No obstante dentro de este despido por justificado motivo el que a nosotros nos interesa es el subjetivo<sup>1144</sup>. Despido por justificado motivo subjetivo que se da cuando el empleado incurre en un considerable o notable incumplimiento de las obligaciones contractuales: es decir, algo más grave de aquel acto de escasa importancia<sup>1145</sup>. En efecto es el incumplimiento lo que permite sustentar y justificar el despido del trabajador.

Al respecto se consideran despidos disciplinarios por justificado motivo subjetivo los siguientes<sup>1146</sup>: el del empleado de banca que ha emitido cheques sin fondos o ha concedido préstamos dinerarios con ánimo de lucro; el del trabajador que critica en un artículo del periódico al empresario superando los límites del respeto; el del

<sup>1141</sup> CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. y TREU, T.: *Diritto del Lavoro: il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 390.

<sup>1142</sup> Para mayor abundamiento, *vid.* ICHINO, P.: “Il contratto di lavoro (III)”, en CICU, A., MESSINEO, F. MENGONI, L. e continuato da SCHLESINGER, P.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., pp. 436 a 467.

<sup>1143</sup> Se recomienda *vid.* LASSANDARI, A.: “Fattispecie dai confini incerti e tentazioni creative nei licenziamenti per ragioni organizzative”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, núm. 3, 2009, pp. 584 y ss.

<sup>1144</sup> Para mayor abundamiento, *vid.* BALLESTRERO, M. V.: “Giusta causa e giustificato motivo soggettivo dei licenziamenti”, en CARINCI, F. y NAPOLI, M. (a cura di) *et al: La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Napoli, Jovene, 1991, pp. 97 y ss.

<sup>1145</sup> VALLEBONA, A.: *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, cit., p. 494.

<sup>1146</sup> *Vid.* NOGLER, L.: *La regulación de los despidos individuales en la época de equilibrio entre los “principios” constitucionales: estudio a la luz del ordenamiento italiano*, cit., p. 47.

trabajador que encargado de la vigilancia del almacén es considerado culpable de la desaparición del patrimonio del mismo; o el del cajero de supermercado que intenta hurtar en otro supermercado. En el mismo sentido pueden considerarse despido por justificado motivo subjetivo –aunque a veces también podrán considerarse despido por justa causa dependiendo de la gravedad del incumplimiento del trabajador– los siguientes supuestos<sup>1147</sup>: violación de las obligaciones de diligencia y de obediencia; ausencias injustificadas; violación de la obligación de fidelidad; o desarrollo de actividades de trabajo durante la ausencia por enfermedad. Son supuestos donde los intereses deben ser individualizados y evaluados haciendo referencia a la economía global de la empresa y no tanto –aunque también– a la singular relación de trabajo<sup>1148</sup>.

De acuerdo con la jurisprudencia son comportamientos relevantes para considerarse despido por justificado motivo subjetivo –como mínimo pues en ocasiones serán considerados despido por justa causa– los siguientes<sup>1149</sup>: 1) Hechos inherentes a la ejecución de la prestación del trabajo: a) Incumplimiento en la ejecución de la prestación de servicios que puede ser despido fundamentado en justa causa o en justificado motivo<sup>1150</sup>. b) Negativa a seguir las órdenes del empresario<sup>1151</sup>. c) Negligencia en la ejecución de la prestación de servicios y bajo rendimiento<sup>1152</sup> – normalmente suele ser despido por justificado motivo subjetivo pero también puede serlo por motivo justificado objetivo<sup>1153</sup>–. 2) Otras conductas del trabajador en el lugar o durante el horario de trabajo: a) Ofensas contra las personas. Aquí pueden incluirse todo tipo de ofensas verbales o físicas contra las personas que trabajen o no en la empresa<sup>1154</sup>. b) Comportamientos en perjuicio de los bienes de la empresa. Este comportamiento se refiere a la integridad de los materiales que forman parte del patrimonio de la empresa. c) Falsificaciones y otras conductas fraudulentas del trabajador<sup>1155</sup>. 3) Difusión por parte del empleado de acusaciones hacia el empresario<sup>1156</sup>. 4) Otras conductas extralaborales del empleado. Es decir, también

<sup>1147</sup> DI CERBO, V. y SIMEOLI, D.: “Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali”, en AMOROSO, G., DI CERBO, V. y MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, cit., pp. 1488 y ss.

<sup>1148</sup> ICHINO, P.: “Il contratto di lavoro (III)”, en CICU, A., MESSINEO, F. MENGONI, L. e continuato da SCHLESINGER, P.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 468.

<sup>1149</sup> Para mayor abundamiento, *vid.* PISANI, C.: “Le fattispecie: giusta causa e giustificato motivo di licenziamento”, en BESSONE, M.: *Trattato di Diritto Privato*, Volume XXIV, en CARINCI, F. (a cura di) y MAINARDI, S. (Coord.): *Il lavoro subordinato. Tomo III. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, cit., pp. 116 a 126.

<sup>1150</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 15004, de fecha 21 de noviembre de 2000.

<sup>1151</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 774, de fecha 26 de enero de 1994.

<sup>1152</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 11001, de fecha 19 de agosto de 2000.

<sup>1153</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 3250, de fecha 5 de marzo de 2003.

<sup>1154</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 660, de fecha 18 de enero de 2001.

<sup>1155</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 9173, de fecha 5 de noviembre de 2004.

<sup>1156</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 11220, de fecha 14 de junio de 2004.

pueden ser despido disciplinario otro tipo de conductas que el trabajador haya desarrollado fuera del lugar y horario de trabajo.

En ambos supuestos de despido por justificado motivo –subjetivo y objetivo– se tiene la obligación de respetar el plazo de preaviso. Pero la diferencia entre el despido por justa causa y el despido por justificado motivo subjetivo es bastante débil. Al respecto, el despido por justa causa es aquel que se sustenta por un “*gravísimo incumplimiento*”; y el despido por justificado motivo es aquel que se sustenta por un “*considerable o notable incumplimiento de las obligaciones contractuales*”, lo que hace necesario un obligatorio preaviso al trabajador porque la acción de incumplimiento del empleado puede consentir la continuación de la relación laboral<sup>1157</sup>. El incumplimiento que justifica la adopción del despido por justificado motivo subjetivo se refiere a la hipótesis, en la cual, el dependiente no es responsable de un evento tan grave que merezca el inmediato despido –que sería el despido por justa causa– pero sí de un despido con preaviso –que sería el despido por justificado motivo subjetivo–.

En efecto la justa causa y el justificado motivo subjetivo del despido constituyen calificación jurídica de comportamientos igualmente idóneos para legitimar la extinción de la relación de trabajo pero uno con efecto inmediato y el otro con preaviso<sup>1158</sup>. Al igual que en la justa causa –como ya hemos mencionado– en el despido por justificado motivo subjetivo se debe tener en cuenta el comportamiento objetivo del trabajador con referencia a la naturaleza y a la calidad de la relación laboral, al nivel de vinculación y al grado de desarrollo y ejecución sobre las tareas ejercidas; pero también deben tenerse en cuenta las características subjetivas, con referencia a la circunstancias particulares del puesto de trabajo, a los modos, a los efectos y a la intensidad del elemento desarrollado por el trabajador<sup>1159</sup>.

Para identificar y diferenciar el carácter de considerable o notable incumplimiento habrá que acudir al grado de culpa del trabajador<sup>1160</sup>. Por tanto, la diferencia entre justa causa y justificado motivo subjetivo se encuentra en el elemento cuantitativo<sup>1161</sup> –así es establecido por la jurisprudencia<sup>1162</sup>–, siendo de menor gravedad el incumplimiento del despido por motivo justificado subjetivo que permite –como hemos indicado– el consentimiento de la continuación de la relación laboral<sup>1163</sup>. En

<sup>1157</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 624.

<sup>1158</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 26379, de fecha 3 de noviembre de 2008.

<sup>1159</sup> COLOMBO, A., RIPA, A. y VARESI, A.: *Licenziamento. Gestione, procedura e casistica*, cit., p. 70.

<sup>1160</sup> CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. y TREU, T.: *Diritto del Lavoro: il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 388.

<sup>1161</sup> NAPOLI, M.: *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, Franco Angeli, 1979, pp. 55 y ss.

<sup>1162</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 1475, de fecha 27 de enero de 2004.

<sup>1163</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 14551, de fecha 9 de noviembre de 2000.



efecto justa causa o justificado motivo subjetivo cuyo contenido se diferencia solo en la cantidad —en el sentido de gravedad de la acción—<sup>1164</sup> siendo ésta última de menor entidad —“*quantitativamente*”<sup>1165</sup>— respecto a la justa causa<sup>1166</sup>. Se consideran dos formas de incumplimiento diferenciadas solo bajo el plano cuantitativo constituyendo dos especies de un único *genus* —género—<sup>1167</sup>, distinguiéndose por la mayor o menor gravedad del incumplimiento del trabajador<sup>1168</sup>.

Igualmente —como ya hemos afirmado— en el motivo justo subjetivo deberá ser el trabajador preavisado del acto extintivo a diferencia de lo que sucede en el despido disciplinario por causa justa —que no requiere de preaviso—<sup>1169</sup>. En efecto el justificado motivo se relaciona con el válido ejercicio del poder; y la justa causa autoriza y justifica la pérdida de preaviso<sup>1170</sup>. Por tanto, alcanzada la condición de considerable o notable incumplimiento, el problema se planteará en determinar si la extinción del vínculo contractual debe producir efectos resolutorios inmediatos o al final del período de preaviso<sup>1171</sup>. También se diferencia la justa causa del motivo justo subjetivo por la inmediatez de respuesta de la primera —en referencia a la justa causa—.

Al hilo de lo anterior, en la práctica judicial ambas figuras pueden diferenciarse con el siguiente ejemplo práctico: unos breves retrasos en el acceso al trabajo pueden ser graves dependiendo de las circunstancias; sin embargo, cuando los retrasos son diversos y repetitivas las advertencias del empresario, los mismos se convierten en una sistemática habitual que demuestran la absoluta incapacidad del empleado de adecuarse a la disciplina del trabajo convirtiéndose en una desobediencia gravísima<sup>1172</sup>. En su

<sup>1164</sup> PERSIANI, M.: “La tutela dell’interesse del lavoratore alla conservazione del posto”, en RIVA SANSEVERINO, L. y MAZZONI, G. (Dirs.) *et al: Nuovo trattato di diritto del lavoro*, cit., p. 675.

<sup>1165</sup> PISANI, C.: “Le fattispecie: giusta causa e giustificato motivo di licenziamento”, en BESSONE, M.: *Trattato di Diritto Privato*, Volume XXIV, en CARINCI, F. (a cura di) y MAINARDI, S. (Coord.): *Il lavoro subordinato. Tomo III. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, cit., p. 97.

<sup>1166</sup> PERA, G.: “Licenziamenti: I”, en AA. VV.: *Enciclopedia giuridica*, Volume XIX Libertà - Memoria, Tomo I Libertà - Luogotenenza, cit., pp. 17.

<sup>1167</sup><sup>1167</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 765, de fecha 26 de enero de 1991.

<sup>1168</sup> DI CERBO, V. y SIMEOLI, D.: “Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali”, en AMOROSO, G., DI CERBO, V. y MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 1482.

<sup>1169</sup> CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. y TREU, T.: *Diritto del Lavoro: il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 388.

<sup>1170</sup> TULLINI, P.: *Contributo alla teoría del licenziamento per giusta causa*, cit., p. 166.

<sup>1171</sup> NAPOLI, M.: *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., pp. 228 y 229.

<sup>1172</sup> PERA, G.: “Licenziamenti: I”, en AA. VV.: *Enciclopedia giuridica*, Volume XIX Libertà - Memoria, Tomo I Libertà - Luogotenenza, cit., p. 18.

distinción también tiene relevancia el daño o consecuencias económicas ocasionadas por el incumplimiento del trabajador o las conductas precedentes del empleado<sup>1173</sup>.

Además en el régimen de la estabilidad no existe obstáculo teórico para transformar el despido inmediato y privado de justa causa en un válido despido por justificado motivo subjetivo: es decir, la extinción *in tronco* no es óbice para la existencia de un poder resolutorio diverso de aquel ejercitable en modo ordinario con preaviso<sup>1174</sup>. Un elemento de razón y coherencia no puede negar que el negocio de extinción es uno solo y uno solo es el poder del empresario de ejercitar el mismo con o sin preaviso<sup>1175</sup>. En efecto cuando se verifica la menor gravedad de los hechos es posible que el juzgador convierta el despido por justa causa en despido por justificado motivo subjetivo con derecho del empleado a la cantidad que corresponde por obviar el preaviso que exige la ley<sup>1176</sup>: es admisible en sede de impugnación, la conversión del despido por justa causa en despido por justificado motivo subjetivo, en cuanto los hechos causales de la extinción constituyen cualificación jurídica para considerar los comportamientos idóneos para legitimar la extinción de la relación laboral pero con el preaviso necesario requerido por ley –no con efecto inmediato de la justa causa–<sup>1177</sup>. Por tanto puede el juez atribuir menor gravedad al hecho del trabajador para considerarlo, no despido por justa causa, sino despido por justificado motivo subjetivo.

¿Y cuál es la regla o elemento con el que identificar ese considerable o notable incumplimiento del despido por justificado motivo? Este criterio se refiere a la valoración de la culpabilidad del empleado sin tener que demostrarse el grado en el que el empresario ha quedado expuesto o comprometido por el propio incumplimiento del prestador de trabajo: en efecto, el propio incumplimiento contractual ya configura la culpabilidad del trabajador. Consideración que se dejará a la interpretación subjetiva del propio juzgador lo que permite afirmar el amplio margen de actuación del juez laboral italiano con el que determinará si nos encontramos ante un comportamiento de despido por justa causa –lo que se denomina resolución *in tronco*<sup>1178</sup>, por no requerir el preaviso previsto en el artículo 2118 del *Código Civile*, considerada la más grave de las sanciones disciplinarias<sup>1179</sup>– o nos encontramos ante un despido por justificado motivo subjetivo –

<sup>1173</sup> DI CERBO, V. y SIMEOLI, D.: “Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali”, en AMOROSO, G., DI CERBO, V. y MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, cit., pp. 1383 y ss.

<sup>1174</sup> TULLINI, P.: *Contributo alla teoría del licenziamento per giusta causa*, cit., p. 168.

<sup>1175</sup> NAPOLI, M.: *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., p. 57.

<sup>1176</sup> COLOMBO, A., RIPA, A. y VARESI, A.: *Licenziamento. Gestione, procedura e casistica*, cit., p. 68.

<sup>1177</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 12884, de fecha 9 de junio de 2014.

<sup>1178</sup> Vid. SANTORO-PASSARELLI, F.: “Lavoro (Contrato di)”, en AZARA, A. y EULA, E. *et al: Novissimo Digesto Italiano*, IX, Torino, Utet, 1957, p. 515. Para mayor abundamiento, BUONCRISTIANI, D.: *Il licenziamento disciplinare: tecnica procedimentale ed impugnatoria. Profili comparatistici (Francia, Spagna, Germania)*, cit., p. 14.

<sup>1179</sup> Vid. LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 235.

extinguendo la relación una vez superado el período de preaviso estipulado en la propia ley<sup>1180</sup>.

---

<sup>1180</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 625.



**PARTE TERCERA**

**EL PROCEDIMIENTO DE LA EXTINCIÓN POR JUSTA CAUSA O  
JUSTIFICADO MOTIVO Y LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA  
CALIFICACIÓN DEL DESPIDO ILEGÍTIMO ITALIANO: DESPIDO NULO,  
ANULABLE E INEFICAZ**



## CAPÍTULO XIV. EL PROCESO O *PROCEDIMENTALIZZAZIONE* DE LA SANCIÓN DISCIPLINARIA

**SUMARIO.** CAPÍTULO XIV. EL PROCESO O *PROCEDIMENTALIZZAZIONE* DE LA SANCIÓN DISCIPLINARIA. 1. Los requisitos formales del despido y su impugnación. 2. La problemática jurisprudencial sobre la aplicación de las garantías del artículo 7 del *Statuto dei Lavoratori*. 3. El procedimiento disciplinario de extinción de la relación laboral. 4. La impugnación del despido.

### 1. Los requisitos formales del despido y su impugnación

Los elementos que deben cumplirse para un correcto ejercicio del poder disciplinario<sup>1181</sup> –despido legítimo–<sup>1182</sup> vienen regulados por el artículo 7 del *Statuto dei Lavoratori*<sup>1183</sup>: a) la norma disciplinaria debe ser llevada a conocimiento de los trabajadores mediante la publicación del código disciplinario en lugar accesible –que debe contener el elenco de las infracciones y sanciones<sup>1184</sup>– otorgando así la posibilidad de conocer las posibles sanciones en relación a los comportamientos que pueden constituir infracción<sup>1185</sup>; b) el empleador debe comunicar por escrito al trabajador el comportamiento digno de sanción; c) se le debe otorgar al trabajador un período de tiempo que le permita defenderse presentando las oportunas justificaciones de su comportamiento<sup>1186</sup>; d) debe haber transcurrido un período mínimo de reflexión de cinco días entre la comunicación del empresario y el procedimiento disciplinario<sup>1187</sup> – con el objetivo de permitir la completa defensa del trabajador<sup>1188</sup>–; y, por último, e) la posibilidad de ejercitar por el empleado la conciliación y el arbitraje –con finalidad de

<sup>1181</sup> CASALE, D.: “Potere disciplinare”, en *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, núm. 6, 2006, pp. 1254 y ss.

<sup>1182</sup> Para un estudio detallado del artículo 7 del *Statuto dei lavoratori*, vid. BUONCRISTIANI, D.: *Il licenziamento disciplinare: tecnica procedimentale ed impugnatoria. Profili comparatistici (Francia, Spagna, Alemania)*, cit., pp. 11 y ss.

<sup>1183</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) et al: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 620. MAINARDI, S.: “Introduzione”, en MAINARDI, S. (a cura di) et al: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. XIV.

<sup>1184</sup> D’AVOSSA, E.: *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro: Il codice, Il procedimento, l’esecuzione delle sanzioni, il licenziamento disciplinare, l’impugnazione delle sanzioni*, cit., p. 35.

<sup>1185</sup> “Le norme disciplinari relative alle sanzioni, alle infrazioni in relazione alle quali ciascuna di esse può essere applicata ed alle procedure di contestazione delle stesse, devono essere portate a conoscenza dei lavoratori mediante affissione in luogo accessibile a tutti”.

<sup>1186</sup> “Il datore di lavoro non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza avergli preventivamente contestato l’addebito e senza averlo sentito a sua difesa.”.

<sup>1187</sup> “In ogni caso, i provvedimenti disciplinari più gravi del rimprovero verbale non possono essere applicati prima che siano trascorsi cinque giorni dalla contestazione per iscritto del fatto che vi ha dato causa.”.

<sup>1188</sup> BOLLANI, A.: “Il licenziamento disciplinare”, en MAINARDI, S. (a cura di) et al: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 147.

resolver la controversia extrajudicialmente<sup>1189</sup> – respecto a la sanción disciplinaria<sup>1190</sup>. Este precepto incide sobre los confines del poder empresarial en sí mismo garantizando la transparencia del ejercicio del poder disciplinario<sup>1191</sup> y el principio contradictorio antes de la imposición del procedimiento sancionatorio<sup>1192</sup>.

## 2. La problemática jurisprudencial sobre la aplicación de las garantías del artículo 7 del *Statuto dei Lavoratori*

En efecto es el artículo 7 del *Statuto dei Lavoratori* quién contiene una verdadera y precisa *procedimentalizzazione* del poder disciplinario del empresario<sup>1193</sup>. Este precepto forma parte de una estructura de intereses contractuales equilibrados y compatibles con los principios constitucionales<sup>1194</sup>.

Lo cierto es que parece existir un preciso reenvío a la fuente contractual o *códice disciplinare* para determinar la sanción correspondiente<sup>1195</sup>. Al respecto la doctrina italiana se ha preguntado durante mucho tiempo si el contenido del citado artículo podría ser aplicado o no en casos de despidos disciplinarios<sup>1196</sup>. En este sentido, una parte de la doctrina ha considerado que al ser el despido la sanción más grave para el empleado –*più aggressive*<sup>1197</sup>–, no habría duda de aplicar las garantías del artículo 7 del *Statuto dei Lavoratori*<sup>1198</sup>. Otra parte ha defendido que el despido disciplinario del

<sup>1189</sup> Sobre el arbitraje y el despido disciplinario en la administración, *vid.* ESPOSITO, M.: “Arbitrato e sanzioni disciplinari nel pubblico impiego: logiche e modelli fra “passato” e “futuri” possibili”, en *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, núm. 2, 2001, pp. 345 y 346.

<sup>1190</sup> “Salvo analoghe procedure previste dai contratti collettivi di lavoro e ferma restando la facoltà di adire l'autorità giudiziaria, il lavoratore al quale sia stata applicata una sanzione disciplinare può promuovere, nei venti giorni successivi, anche per mezzo dell'associazione alla quale sia iscritto ovvero conferisca mandato, la costituzione, tramite l'ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione, di un collegio di conciliazione ed arbitrato, composto da un rappresentante di ciascuna delle parti e da un terzo membro scelto di comune accordo o, in difetto di accordo, nominato dal direttore dell'ufficio del lavoro. La sanzione disciplinare resta sospesa fino alla pronuncia da parte del collegio.”

<sup>1191</sup> FIORAI, B.: “Sanzioni disciplinari nei confronti dei lavoratori”, en AA. VV.: *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, 1986, p. 962.

<sup>1192</sup> CASALE, D. y LIMA, A.: “Istruttoria e irrogazione della sanzione disciplinare”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 313.

<sup>1193</sup> CASALE, D.: “Potere disciplinare”, en *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., pp. 1254 y ss. CASALE, D.: “Lavoro nelle p.a. e giurisprudenza della Corte di cassazione ( rassegna maggio-agosto 2008) - Procedimento disciplinare”, en *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, núm. 3-4, 2008, pp. 651 y ss.

<sup>1194</sup> FAVA, G.: *Potere disciplinare: orientamento giurisprudenziale e principi normativi*, cit., p. 3.

<sup>1195</sup> MAINARDI, S.: “Le sanzioni disciplinari conservative del rapporto di lavoro”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 93.

<sup>1196</sup> Para un estudio jurisprudencial sobre los inicios del concepto de despido disciplinario en Italia, *vid.* ZOLI, C.: “Sulla nozione di licenziamento disciplinare”, en *Giustizia Civile*, núm. 9, 1984, p. 2540 y ss.

<sup>1197</sup> MAINARDI, S.: “Le sanzioni disciplinari conservative del rapporto di lavoro”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 94.

<sup>1198</sup> PERA, G.: “Commento all'art. 7”, en ASSANTI, C. y PERA, G. (a cura di) *et al: Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, Cedam, 1972, p. 101. BALLESTRERO, M. V.: *I licenziamenti*,



trabajador –de acuerdo con el párrafo cuarto del artículo 7 del *Statuto dei Lavoratori* y al suponer la extinción un cambio definitivo en la relación de trabajo<sup>1199</sup>– no podría considerarse como una sanción –por ser mucho más grave– al no permitir la continuación de la relación laboral del empleado<sup>1200</sup>. Pero encontramos una tercera tesis que establece que el citado artículo podrá ser aplicable cuando el convenio colectivo haya previsto el despido entre las sanciones disciplinarias; de lo contrario, se aplicaría la disciplina general relativa al despido estipulada en la *legge 604/1966, di 15 luglio, norme sui licenziamenti individuali*<sup>1201</sup>: en este último sentido, la jurisprudencia entendió el conflicto estableciendo que el artículo 7 del *Statuto dei Lavoratori* podrá ser aplicado cuando se haya previsto el despido disciplinario como sanción y la aplicación de la normativa objeto de discusión en el convenio colectivo<sup>1202</sup>, provocando la existencia de dos tipos de despidos disciplinarios dependiendo de si venía o no establecido por el convenio colectivo<sup>1203</sup>; igualmente podemos localizar otros tipos de tesis intermedias<sup>1204</sup>; sin embargo, en definitiva, es una problemática hoy ya superada.

La problemática citada ha sido superada con la publicación de la sentencia de la *Corte Costituzionale 204/1982, di 30 novembre*, que ha establecido que los tres primeros párrafos del artículo 7 del *Statuto dei Lavoratori*, a la luz del artículo 3 de la Constitución Italiana que se refiere al *principio di eguaglianza*<sup>1205</sup>, deben aplicarse a todos los despidos disciplinarios por razón de homogeneidad sustancial<sup>1206</sup>, –

---

Milano, FrancoAngeli, 1975, pp. 334 y ss. MONTUSCHI, L.: “Commento all’art. 7”, en GHEZZI, G., MANCINI, G. F., MONTUSCHI, L. y ROMAGNOLI, U. (a cura di) *et al: Commentario allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1979, pp. 79 y ss.

<sup>1199</sup> “Fermo restando quanto disposto dalla legge 15 luglio 1966, n. 604, non possono essere disposte sanzioni disciplinari che comportino mutamenti definitivi del rapporto di lavoro; inoltre la multa non può essere disposta per un importo superiore a quattro ore della retribuzione base e la sospensione dal servizio e dalla retribuzione per più di dieci giorni.”

<sup>1200</sup> ZANGARI, G.: *Potere disciplinare e licenziamento*, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 23 y ss. ASSANTI, C.: “Studio sull’art. 7 della legge 20 maggio 1970, n.º. 300”, en *Orientamenti della giurisprudenza del lavoro*, 1971, aprile-giugno, pp. 299 a 310.

<sup>1201</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 621. CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. y TREU, T.: *Diritto del Lavoro: il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 404.

<sup>1202</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 1475, de fecha 26 de abril de 1976, sentencia della Corte di Cassazione núm. 2929, de fecha 22 de julio de 1976, o sentenza della Corte di Cassazione núm. 1781, de fecha 28 de marzo de 1981.

<sup>1203</sup> *Vid.* FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 621 y 622. ALESSI, C.: “Il licenziamento disciplinare nella giurisprudenza e nella contrattazione collettiva”, en *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, núm. 9, 1991, p. 115.

<sup>1204</sup> D’AVOSSA, E.: *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro: Il código, Il procedimento, l’esecuzione delle sanzioni, il licenziamento disciplinare, l’impugnazione delle sanzioni*, cit., p. 129.

<sup>1205</sup> Principio de Igualdad.

<sup>1206</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor*

específicamente la Corte dice: “*licenziamento motivato da una condotta colposa o comunque manchevole del lavoratore*”<sup>1207</sup>; jurisprudencia posteriormente perfilada por la *Corte di Cassazione* en diversas sentencias<sup>1208</sup>, y por la sentencia de la *Corte Costituzionale* 427/1989, de 25 de julio<sup>1209</sup>: esta sentencia ha declarado la ilegitimidad constitucional del segundo y tercer párrafo del artículo 7 del *Statuto dei Lavoratori* en la parte que excluía de su aplicación, en el despido por motivos disciplinarios, a las empresas que tenían en la propia dependencia menos de dieciséis trabajadores –*in ragione delle ridotte dimensioni aziendali*–<sup>1210</sup>. Realmente no era esta última sentencia necesaria pues el pronunciamiento jurisprudencial precedente de 1982 ya declaraba la ilegitimidad del citado precepto sin limitar la aplicabilidad del mismo: la citada sentencia no distinguía entre las dos categorías de empresa, simplemente extendía las garantías de las sanciones conservativas de la relación laboral a las sanciones expulsivas<sup>1211</sup>. En definitiva, el ordenamiento jurídico italiano considera despido disciplinario aquel que tiene como causa un comportamiento imputable al empleado a título de culpa, sin que su previsión explícita o calificación en el convenio colectivo o en el contrato individual sea relevante.

Por tanto, cuando el empleador ejerce un despido disciplinario por justa causa o justificado motivo, sustentado en un comportamiento imputable al trabajador a título de culpa por incumplimiento de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo, deberán respetarse los párrafos primero, segundo y tercero de artículo 7 del *Statuto dei Lavoratori* referidos a la publicidad del código disciplinario, a la obligación de comunicar al trabajador los hechos susceptibles para su defensa y a la asistencia sindical en caso de que así lo pretenda el trabajador. Una solución diferente sería injusta e irracional pues el empleado no puede tener menos protección cuando se proyecte la sanción más grave de entre todas: el despido.

Sobre el polémico plazo de cinco días del párrafo quinto del citado artículo<sup>1212</sup>, el Tribunal Constitucional italiano ha zanjado la cuestión estableciendo que no se prevé

---

Juan Antonio Sagardoy Bengoechea, cit., p. 622. Vid. BOLLANI, A.: “Il licenziamento disciplinare”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., pp. 125 y ss.

<sup>1207</sup> Sentenza della Corte Costituzionale 204/1982, de 30 de noviembre.

<sup>1208</sup> Sentenze della Corte di Cassazione núm. 8189, de fecha 5 de noviembre de 1987; núm. 1040, de fecha 13 de febrero de 1990; núm. 5855, de fecha 12 de abril de 2003; núm. 12526, de fecha 7 de julio de 2004, entre otras muchas.

<sup>1209</sup> Sentenza della Corte Costituzionale núm. 427, de fecha 25 de julio de 1989.

<sup>1210</sup> Vid. TREMOLADA, M.: *Il licenziamento disciplinare*, cit., pp. 129 y ss.

<sup>1211</sup> D’AVOSSA, E.: *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro: Il codice, Il procedimento, l’esecuzione delle sanzioni, il licenziamento disciplinare, l’impugnazione delle sanzioni*, cit., pp. 155 y 156.

<sup>1212</sup> “*In ogni caso, i provvedimenti disciplinari più gravi del rimprovero verbale non possono essere applicati prima che siano trascorsi cinque giorni dalla contestazione per iscritto del fatto che vi ha dato causa*”.

la aplicación del mismo en el despido disciplinario<sup>1213</sup>. No obstante, son diversas las voces tanto a favor como en contra de la citada sentencia. A favor –doctrina mayoritaria– por entender que el empresario tiene la posibilidad de despedir disciplinariamente al empleado una vez haya superado el período de defensa del trabajador dónde puede presentar aquello que crea oportuno para justificar su comportamiento<sup>1214</sup>. En contra por considerar ilógico otorgar la posibilidad de defenderse al trabajador sin establecer un período de reflexión posterior –período que la norma fija en cinco días para las sanciones pero no para el despido– para que el empresario pueda cambiar de idea una vez analizadas las justificaciones y argumentos del prestador de trabajo<sup>1215</sup>.

Los restantes párrafos que contempla el artículo 7 del *Statuto dei Lavoratori*<sup>1216</sup>, de acuerdo con la sentencia de la *Corte Costituzionale* 204/1982, di 30 novembre, no son aplicables en el despido disciplinario: específicamente quedan excluidos el párrafo sexto –impugnación de la sanción– y séptimo –formas de solución de la controversia– aplicándose al respecto lo que determina la propia *legge* 604/1966, di 15 luglio<sup>1217</sup>. En relación al plazo de impugnación se aplica lo dispuesto en el artículo 6 del citado texto normativo que prevé un plazo de sesenta días<sup>1218</sup>.

### 3. El procedimiento disciplinario de extinción de la relación laboral

En el ordenamiento jurídico italiano –al igual que en el español– el despido disciplinario posee un procedimiento específico no ligado a las exigencias organizativas o productivas de la empresa<sup>1219</sup>. En efecto el procedimiento disciplinario de extinción de la relación laboral debe encontrarse coordinado con los mecanismos procedimentales previstos en el artículo 7 del *Statuto dei Lavoratori* que poseen mayores garantías que las formalidades del artículo 2 de la *legge* 604/1966, di 15 luglio, –a las cuales también

<sup>1213</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 625.

<sup>1214</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 374, de fecha 17 de enero de 1994.

<sup>1215</sup> AMOROSO, G.: “Nuovo intervento delle Sezioni Unite in tema di licenziamento disciplinare nota a sentenze Cass. Sez. Unite, 26 Aprile 1994, nn. 3966, 3965”, en *Il Foro Italiano*, 1994, I, pp. 1708 y ss.

<sup>1216</sup> Al respecto, *vid.* D’AVOSSA, E.: *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro: Il código, Il procedimento, l’esecuzione delle sanzioni, il licenziamento disciplinare, l’impugnazione delle sanzioni*, cit., pp. 138 y ss.

<sup>1217</sup> ICHINO, P.: “Il contratto di lavoro (III)”, en CICU, A., MESSINEO, F. MENGONI, L. e continuato da SCHLESINGER, P.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 359.

<sup>1218</sup> “Il licenziamento deve essere impugnato a pena di decadenza entro sessanta giorni dalla ricezione della sua comunicazione in forma scritta, ovvero dalla comunicazione, anch’essa in forma scritta, dei motivi, ove non contestuale, con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore anche attraverso l’intervento dell’organizzazione sindacale diretto ad impugnare il licenziamento stesso”.

<sup>1219</sup> CASALE, D.: “Lavoro nelle p.a. e giurisprudenza della Corte di cassazione (rassegna maggio-agosto 2008) - Procedimento disciplinare”, en *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., pp. 651 y ss.

haremos referencia<sup>1220</sup>. Como afirmábamos el empresario que ejecuta un despido disciplinario –para que el mismo se declare procedente– debe respetar una serie de formalidades dirigidas a proteger unas mínimas garantías entre las que destaca: la publicidad del código disciplinario, la obligación de comunicar al trabajador los hechos susceptibles para su defensa y la asistencia sindical en caso de que así lo pretenda el empleado despedido.

De acuerdo con el artículo 7.1 del *Statuto dei Lavoratori*, la norma disciplinaria relativa a la sanción debe ser puesta en conocimiento del trabajador “*mediante colocación en lugar accesible a todos*”<sup>1221</sup>. Pero la no publicidad del código disciplinario no siempre transgrede esta formalidad<sup>1222</sup>: por ejemplo, la falta de publicidad no eximirá del despido disciplinario –adoptado normalmente por vía de convenio colectivo<sup>1223</sup>– cuando la conducta traiga su causa en un ilícito penal o en la violación de derechos fundamentales<sup>1224</sup>.

Este requisito formal que asume como exclusiva la forma de publicidad mediante colocación o exhibición, conduce a superar la cuestión relativa al efectivo conocimiento de la normativa disciplinaria por parte del trabajador, llegando a resultados a veces insatisfactorios respecto a la finalidad de tutela que inspira el artículo 7.1 del *Statuto dei Lavoratori*. El abstracto y formal conocimiento del código se sustituye por un régimen de efectivo conocimiento de la normativa disciplinaria, creando una presunción absoluta que impide al trabajador, en los casos en los que la publicidad sea desarrollada correctamente mediante colocación, de probar el no conocimiento de la normativa disciplinaria<sup>1225</sup>.

El empresario deberá cumplir esta exigencia cuando el convenio colectivo establezca situaciones de despido de justa causa o justificado motivo subjetivo diferentes a las establecidas por la ley. Es decir, si las causas de despido no son distintas a las establecidas por la ley no existe obligación de publicitar el código, situación

---

<sup>1220</sup> FERRANTE, V.: “Forma e procedura del licenziamento. Il licenziamento disciplinare”, en BESSONE, M.: *Trattato di Diritto Privato*, Volume XXIV, en CARINCI, F. (a cura di) y MAINARDI, S. (Coord.): *Il lavoro subordinato. Tomo III. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, cit., p. 208.

<sup>1221</sup> “*Le norme disciplinari relative alle sanzioni, alle infrazioni in relazione alle quali ciascuna di esse può essere applicata ed alle procedure di contestazione delle stesse, devono essere portate a conoscenza dei lavoratori mediante affissione in luogo accessibile a tutti*”.

<sup>1222</sup> PERA, G.: “Commento all’art. 7”, en ASSANTI, C. y PERA, G. (a cura di) *et al: Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, cit., p. 102.

<sup>1223</sup> BOLLANI, A.: “Il licenziamento disciplinare”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 136.

<sup>1224</sup> Sentenze della Corte di Cassazione núm. 11108, de fecha 26 de julio de 2002; núm. 10997, de fecha 9 de agosto de 2001; núm. 1412, de fecha 8 de febrero de 2000, entre otras muchas.

<sup>1225</sup> MAINARDI, S.: “La definizione delle norme disciplinari”, en MAINARDI, S.: *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, en SCHLESINGER, P. y BUSNELLI, F.: *Il Codice Civile. Commentario*, cit., p. 277.

diferente en el caso de sanciones disciplinarias –que no sean despido– donde no puede obviarse tal obligación porque la fuente del poder para sancionar es la negociación colectiva; lo que se diferencia del poder disciplinario para despedir que deriva directamente de la ley<sup>1226</sup>. Por tanto, en cuanto a la obligación empresarial de publicar en lugar accesible a los trabajadores el código disciplinario solo es imperativo para los supuestos en los que se haya predispuesto prohibiciones específicas no previstas por la propia norma<sup>1227</sup>. Publicidad del código disciplinario que no implica automáticamente la validez del despido sino que el juez deberá valorar el efectivo incumplimiento y el grado de culpa del trabajador<sup>1228</sup>.

En definitiva, doctrina y jurisprudencia concuerdan en reconocer la nulidad de la sanción impuesta en caso de falta o desobediencia de la colocación o exhibición de la publicidad de conformidad con el artículo 7.1 del *Statuto dei Lavoratori*<sup>1229</sup>.

De acuerdo con el artículo 7.2 del *Statuto dei Lavoratori*, “el empresario no puede adoptar medida disciplinaria en contra del empleado sin previamente haberle cuestionado la decisión el trabajador y sin haberle escuchado su defensa”<sup>1230</sup>, pero no se añade cuales son los requisitos que debe poseer una contestación disciplinara y como debe desarrollarse el procedimiento disciplinario para que se considere legítimo<sup>1231</sup>.

En efecto, antes de proceder al despido disciplinario, el empleador deberá comunicar por escrito al trabajador los hechos que justifican la sanción de la conducta. El legislador ha introducido una *fictio iuris*: el despido produce efectos desde el día de la comunicación<sup>1232</sup>. Después de esta notificación el trabajador gozará del derecho de defensa momento en el que podrá presentar las justificaciones que considere oportunas.

Por tanto debe cumplirse la regla de la *contestazione* escrita del procedimiento disciplinario lo que va a permitir que el empleado pueda ser oído en su defensa<sup>1233</sup>. Al respecto la especialidad de la oposición a los incumplimientos disciplinarios achacados

<sup>1226</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) et al: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 625.

<sup>1227</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 6879, de fecha 19 de mayo de 2001.

<sup>1228</sup> ALESSI, C.: “Il licenziamento disciplinare nella giurisprudenza e nella contrattazione collettiva”, en *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, cit., p. 121.

<sup>1229</sup> MAINARDI, S.: “La definizione delle norme disciplinari”, en MAINARDI, S.: *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, en SCHLESINGER, P. y BUSNELLI, F.: *Il Codice Civile. Commentario*, cit., p. 281.

<sup>1230</sup> “Il datore di lavoro non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza avergli preventivamente contestato l'addebito e senza averlo sentito a sua difesa”.

<sup>1231</sup> COLOMBO, A., RIPA, A. y VARESI, A.: *Licenziamento. Gestione, procedura e casistica*, cit., p. 73.

<sup>1232</sup> BUONCRISTIANI, D.: *Il licenziamento disciplinare: tecnica procedimentale ed impugnatoria. Profili comparatistici (Francia, Spagna, Germania)*, cit., p. 14.

<sup>1233</sup> D'AVOSSA, E.: *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro: Il código, Il procedimiento, l'esecuzione delle sanzioni, il licenziamento disciplinare, l'impugnazione delle sanzioni*, cit., p. 57.

implica que el trabajador debe tener conocimiento de la exposición de los datos y de los aspectos esenciales del hecho material que fundamenta el ilícito<sup>1234</sup>. El objetivo es identificar el comportamiento que el empresario considera de infracción disciplinaria sancionable<sup>1235</sup>. Sobre los hechos achacados al empleado, no puede equipararse el conocimiento efectivo del trabajador a la mera posibilidad de conocimiento del ilícito imputado<sup>1236</sup>.

En definitiva se debe consentir al trabajador ejercitar de manera adecuada el derecho de defensa mediante la replica y la *controdeduzioni*. Si el empresario en su *contestazione* al trabajador solo le facilita unos hechos genéricos con mucha probabilidad se invalidará la sanción impuesta por el empresario al empleado pues no le habrá permitido –a este último– conocer todos los detalles de los elementos necesarios de su defensa<sup>1237</sup>. Al respecto no es necesario que la voluntad resolutive se exprese a través de fórmulas sacramentales; solo debe ser manifestada de manera adecuadamente legible en relación al derecho de tutela del trabajador. En efecto, la comunicación escrita de los motivos consiste en la garantía del trabajador de conocer los hechos que sustentan la extinción del empresario, controlando la justificación y la eventual contestación; por tanto, los motivos alegados deben ser individualizados en forma analítica y completa y no pueden ser modificados por el empresario, pues sobre la base de lo alegado en la comunicación escrita, el trabajador podrá preconstituir su propia línea defensiva<sup>1238</sup>. En efecto el criterio de la inmutabilidad comporta que la base del despido no puede ser alterada<sup>1239</sup>: en otros términos, los hechos que sustentan el despido no pueden ser modificados porque no han sido objeto de comunicación al trabajador que desarrolla su defensa con el conocimiento de unos hechos concretos<sup>1240</sup>. Los requisitos de la *specificità* y de la *immutabilità* están relacionados entre sí porque la *specificità* asegura la *immutabilità* de los hechos imputados, con independencia de que el empresario posteriormente pueda añadir nuevos incumplimientos<sup>1241</sup>.

No existe una específica previsión legislativa que indique un término temporal, entre el cual, el empresario proceda a adoptar medida disciplinaria en contra del empleado sin previamente haberse cuestionado la decisión; consecuentemente a la imposición de la medida disciplinaria por el empresario, la jurisprudencia considera

<sup>1234</sup> MAINARDI, S.: “Contestazione e diritto di accesso ai documenti connessi agli addebiti disciplinari”, en *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, núm. 2, 2001, pp. 141 y ss.

<sup>1235</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 3404, de fecha 19 de marzo de 1992.

<sup>1236</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 20823, de fecha 11 de septiembre de 2013.

<sup>1237</sup> FAVA, G.: *Potere disciplinare: orientamento giurisprudenziale e principi normativi*, cit., p. 37.

<sup>1238</sup> DI CERBO, V. y SIMEOLI, D.: “Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali”, en AMOROSO, G., DI CERBO, V. y MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 1464.

<sup>1239</sup> COLOMBO, A., RIPA, A. y VARESI, A.: *Licenziamento. Gestione, procedura e casistica*, cit., p. 73.

<sup>1240</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 9205, de fecha 16 de abril de 2013.

<sup>1241</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 18279, de fecha 5 de agosto de 2010.

aplicable al caso los principios de la inmediatez y de la *tempestività*<sup>1242</sup> –rapidez y puntualidad–, debiéndose otorgar un intervalo de tiempo necesario con objeto de conceder al trabajador un espacio temporal oportuno para su defensa, obviamente, teniendo en cuenta la complejidad de la organización de cada caso concreto<sup>1243</sup>. Inmediatez de la contestación aplicable en los procedimientos disciplinarios instaurados en los casos de despido por justa causa y despido por justificado motivo subjetivo<sup>1244</sup>. De acuerdo con la jurisprudencia, “*en la sanción disciplinaria la discrecionalidad del juez para evaluar el carácter de rapidez de la contestación disciplinaria debe explicarse en el ámbito de los presupuestos que son la base del principio de inmediatez, es decir del reconocimiento del completo y efectivo derecho de defensa garantizado ex lege al trabajador y del comportamiento empresarial de acuerdo a la buena fe; el juez puede excepcionalmente apartarse de tal principio indicando la razón que le ha llevado a no considerar ilegítima una oposición hecha no de manera inmediata a la infracción*”<sup>1245</sup>.

La *tempestività* o la inmediatez –principio elaborado por la jurisprudencia<sup>1246</sup>– de la contestación disciplinaria es un elemento constitutivo del derecho a la extinción. La *tempestività* tutela al trabajador porque exige la no aquiescencia del empresario en los conflictos de los comportamientos achacados al empleado; pretende evitar el cúmulo de los cargos y permite, debido a su inmediatez, una mayor memoria de los hechos sin que los mismos queden comprometidos por el transcurso del tiempo<sup>1247</sup>. La *tempestività* es un criterio relativo que debe evaluarse caso por caso, aunque no falten ejemplos precisos del tiempo máximo que puede transcurrir entre el conocimiento del hecho y la sanción del mismo<sup>1248</sup>: al respecto, no es razón suficiente para justificar el ejercicio del poder disciplinario una distancia de tres meses desde el conocimiento por parte del empresario de los hechos con los que sustentar el despido<sup>1249</sup>; o cuando la sanción disciplinaria se impone después de dos meses desde que ocurrieron los hechos considerándose tardía<sup>1250</sup>; en definitiva, el período de tiempo válido para imponer la sanción disciplinaria estará en plena vinculación con la complejidad de la estructura organizativa de la empresa reservándose la decisión a la interpretación subjetiva del juez que valorará las circunstancias de cada caso concreto<sup>1251</sup>. Por otro lado, la naturaleza del

<sup>1242</sup> Vid. MAINARDI, S.: “Il procedimento disciplinare”, en MAINARDI, S.: *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, en SCHLESINGER, P. y BUSNELLI, F.: *Il Codice Civile. Commentario*, cit., pp. 385 y ss.

<sup>1243</sup> FAVA, G.: *Potere disciplinare: orientamento giurisprudenziale e principi normativi*, cit., pp. 38 y 39.

<sup>1244</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 19350, de fecha 17 de diciembre de 2003.

<sup>1245</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 14551, de fecha 9 de noviembre de 2000.

<sup>1246</sup> VALLEBONA, A.: *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, cit., p. 462.

<sup>1247</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 4724, de fecha 27 de febrero de 2014.

<sup>1248</sup> COLOMBO, A., RIPA, A. y VARESI, A.: *Licenziamento. Gestione, procedura e casistica*, cit., p. 73.

<sup>1249</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 4724, de fecha 27 de febrero de 2014.

<sup>1250</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 3043, de fecha 18 de febrero de 2011.

<sup>1251</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 20719, de fecha 10 de septiembre de 2013.

elemento hace que opere automáticamente sin que sea necesario demostrar, a los fines de la evaluación de la legitimidad del despido, que el incumplimiento del principio de *tempestività* ha originado un perjuicio concreto al inculpado<sup>1252</sup>.

Además, la no inmediatez del procedimiento de expulsión del trabajador induce al razonamiento de que el empresario ha renunciado al despido considerando no grave o meritorio de la máxima sanción la acción culposa del trabajador<sup>1253</sup>.

El poder disciplinario no puede ser utilizado con propósito intimidatorio en las disputas con los empleados lo que será condenado con la invalidez del procedimiento disciplinario. Igualmente ha de plantearse el caso en el que el ejercicio del poder disciplinario pueda venir ejecutado después de un periodo largo de tiempo desde que se cometió la comisión del ilícito por parte del trabajador. En estos casos habrá que valorar el verdadero conocimiento del empresario al respecto y, sobre todo, que haya actuado con un mínimo de diligencia en la investigación de los comportamientos incumplidores<sup>1254</sup>. De hecho la condición para el conocimiento del evento se localiza en la necesaria razonabilidad del plazo de tiempo que transcurre desde que el empresario, en primer lugar, pueda determinar el incumplimiento del trabajador y, en segundo lugar, examinar la gravedad de la inobservancia misma, obviamente, con previas investigaciones preliminares<sup>1255</sup>. La rigurosidad sobre el tiempo puede ser moderada por consideraciones como, entre otras, la dimensión de la empresa, la complejidad de la estructura jerárquica, la necesidad de examinar el contexto de una conducta unitaria disciplinariamente relevante o singulares comportamientos separados en el tiempo de los otros<sup>1256</sup>.

Por último, el precepto que tratamos –artículo 7.2 del *Statuto dei Lavoratori*– hace referencia expresa a que es el empresario quien impone la sanción al trabajador. Por tanto, es el empleador el sujeto legitimado para dar el impulso y después concluir el iter disciplinario en las disputas con el trabajador incumplidor<sup>1257</sup>. Al respecto, en despidos disciplinarios no son ilegítimas las indagaciones preliminares del empresario con los que adquirir elementos de juicio necesarios para verificar la configuración de un ilícito disciplinario e identificar al responsable<sup>1258</sup>. Por tanto, la expresión *datore di lavoro*, utilizada por el precepto que comentamos, viene referido al derecho del superior

<sup>1252</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 19115, de fecha 9 de agosto de 2013.

<sup>1253</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 16138, de fecha 15 de julio de 2014.

<sup>1254</sup> FAVA, G.: *Potere disciplinare: orientamento giurisprudenziale e principi normativi*, cit., p. 40.

<sup>1255</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 19424, de fecha 6 de octubre de 2005.

<sup>1256</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 20729, de fecha 26 de octubre de 2004.

<sup>1257</sup> FAVA, G.: *Potere disciplinare: orientamento giurisprudenziale e principi normativi*, cit., p. 31.

<sup>1258</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 12027, de fecha 8 de agosto de 2003.



jerárquico que tiene el poder de impartir órdenes y de responder frente al incumplimiento del empleado<sup>1259</sup>.

Sobre la comunicación, de acuerdo con el artículo 2 de la *legge 604/1966, di 15 luglio, norme sui licenziamenti individuali*, el empresario debe notificar por escrito el despido al trabajador<sup>1260</sup>. Como ya hemos exteriorizado, la comunicación escrita del despido debe contener las especificaciones de los motivos que lo han determinado; *a sensu contrario*, no puede ser genérica. La motivación del despido del trabajador debe ser suficientemente específica y completa permitiendo al empleado individualizar con claridad y precisión la causa de su despido<sup>1261</sup>. El despido sin la observancia de los requisitos anteriores es ineficaz. Además, la motivación en tal modo comunicada por el empresario al trabajador no puede ser modificada; tampoco podrán añadirse otros hechos en el posterior juicio. En efecto, la calificación del despido en caso de impugnación dependerá de la capacidad del empresario de demostrar la fundamentación de los motivos originalmente comunicados en la carta<sup>1262</sup>. Igualmente la misma ha de ser individual<sup>1263</sup>.

Por otro lado, es obvio que la inexistencia de los hechos que sustentan el despido termina restando toda eficacia al ejercicio del mismo, constituyendo, por tanto, un límite que convierte la extinción en no idónea para producir efectos<sup>1264</sup>. La justa causa y el justificado motivo no constituyen presupuestos del poder de despedir del empresario sino más bien el contenido de una carga accesoria y externa que ha de quedar probada<sup>1265</sup>. No obstante, al igual que en el ordenamiento jurídico español, en Italia el empresario puede realizar un segundo despido –lo que en el ordenamiento jurídico

---

<sup>1259</sup> MAINARDI, S.: “Il procedimento disciplinare”, en MAINARDI, S.: *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, en SCHLESINGER, P. y BUSNELLI, F.: *Il Codice Civile. Commentario*, cit., p. 367.

<sup>1260</sup> Vid. al respecto, GAROFALO, D.: “Licenziamento e forma”, en CARINCI, F. (a cura di MISCIONE, M.) *et al: Diritto del Lavoro. Commentario*, cit., pp. 170 y ss.

<sup>1261</sup> DI CERBO, V. y SIMEOLI, D.: “Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali”, en AMOROSO, G., DI CERBO, V. y MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 1471.

<sup>1262</sup> ICHINO, P.: “Il contratto di lavoro (III)”, en CICU, A., MESSINEO, F. MENGONI, L. e continuato da SCHLESINGER, P.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 483.

<sup>1263</sup> PERA, G.: “Licenziamenti: I”, en AA. VV.: *Enciclopedia giuridica*, Volume XIX Libertà - Memoria, Tomo I Libertà - Luogotenenza, cit., p. 19.

<sup>1264</sup> ZOLI, C.: *La tutela delle posizioni “strumentali” del lavoratore*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 90 y ss.

<sup>1265</sup> TULLINI, P.: *Contributo alla teoría del licenziamento per giusta causa*, cit., p. 181. GHERA, E.: “Tutela reale e tutela obbligatoria: il licenziamento”, en *Lav. Dir.*, 1992, p. 465. NOGLER, L.: *La regulación de los despidos individuales en la época de equilibrio entre los “principios” constitucionales: estudio a la luz del ordenamiento italiano*, cit., p. 34.

italiano se conoce como *ripetizione del licenziamento*<sup>1266</sup>— cuando aún se encuentra pendiente de resolver el primer despido<sup>1267</sup>.

En efecto, en la repetición del despido, si el vicio del primero es de forma, el empresario puede repetir *ex nunc* la extinción por los mismos motivos sustanciales respetando la forma incumplida<sup>1268</sup>. Mientras si el vicio es sustancial, el nuevo despido es admitido solo por motivos diferentes, es decir, por un diferente incumplimiento o por una situación organizativa desemejante<sup>1269</sup>.

Establece el artículo 7.3 del *Statuto dei Lavoratori* que “*el trabajador podrá hacerse asistir por un representante de la asociación sindical en el cual esté adherido*”<sup>1270</sup>. En otros términos, el trabajador —cuando lo estime conveniente— podrá ser asistido por un miembro del sindicato. La única duda que se plantea en este precepto es si el empleado puede o no hacerse representar por un sindicato en el que no se encuentre inscrito. Lo cierto es que parece que el legislador no expone limitaciones respetando la plena libertad individual acerca de la asociación sindical de la que el trabajador puede beneficiarse<sup>1271</sup>. En efecto, estamos ante una amplia garantía de asistencia defensiva del trabajador que no viene otorgada por la estructura unitaria o de la asociación sindical signataria sino de la elección del propio inculpado<sup>1272</sup>.

Además de las formalidades citadas, el despido disciplinario debe considerar y respetar el principio de proporcionalidad —también existente en el ordenamiento jurídico español—, previsto no solo para este despido, también para cualquier sanción disciplinaria de menor gravedad que la extinción, convirtiéndose en requisito de legitimidad del ejercicio del poder disciplinario por parte del empleador<sup>1273</sup>. De acuerdo con este principio deberá tenerse en cuenta la eventual subsistencia de la causa de justificación, el estado de necesidad y la legítima defensa, las posibles circunstancias atenuantes o agravantes, el tipo de intensidad del elemento psicológico o cualquier otra circunstancia relevante para la evaluación del comportamiento completo del

<sup>1266</sup> VALLEBONA, A.: *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, cit., pp. 542 y ss.

<sup>1267</sup> FAVA, G.: *Potere disciplinare: orientamento giurisprudenziale e principi normativi*, cit., p. 66.

<sup>1268</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 551, de fecha 20 de enero de 1983 o Sentenza della Corte di Cassazione núm. 5798, de fecha 12 de abril de 2012.

<sup>1269</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 18497, de fecha 20 de septiembre de 2005.

<sup>1270</sup> “*Il lavoratore potrà farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato*”.

<sup>1271</sup> FAVA, G.: *Potere disciplinare: orientamento giurisprudenziale e principi normativi*, cit., p. 47.

<sup>1272</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 10303, de fecha 17 de mayo de 2005.

<sup>1273</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) et al: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 628.

trabajador<sup>1274</sup>. Igualmente deberá valorarse la repercusión en la relación de trabajo de la conducta susceptible de poner en duda la futura corrección en el cumplimiento<sup>1275</sup>.

Del artículo 7.4 del *Statuto dei Lavoratori* se deduce la obligación del empresario de motivar las sanciones cautelares con la consecuencia de que, en caso de incumplimiento de tal obligación, la sanción cautelar deberá considerarse nula.

La imposición de la sanción disciplinaria corresponde al empresario o a quién lo representa. A tal efecto, la ejecución del poder disciplinario no requiere de ninguna formalidad en términos de representación en sentido técnico-jurídico<sup>1276</sup>. No obstante, por convenio colectivo puede delegarse el procedimiento disciplinario a un organismo. En estos casos cuando la sanción emana de un organismo que no posee poder para su imposición la misma carecerá de eficacia<sup>1277</sup>, sin perjuicio de que el empresario pueda ratificar el procedimiento sancionatorio –igual que ocurre en el derecho español– *ex* artículo 1399 del *Codice Civile*<sup>1278</sup>. Igualmente la ratificación podrá verificarse también por los hechos concluyentes: por ejemplo, no aceptando en la empresa al trabajador despedido. Al respecto la ley no prevé ninguna forma expresa de imposición de la sanción: no obstante, la única excepción se encuentra prevista para el despido disciplinario que debe ser comunicado en forma escrita<sup>1279</sup>, *ex* artículo 2.1 de la *legge 604/1966, di 15 luglio*<sup>1280</sup>, siendo esta la fecha del comienzo de caducidad del plazo para impugnar la sanción<sup>1281</sup>. Que la comunicación del despido deba realizarse por escrito responde a la exigencia de garantía del trabajador protegiéndole de eventuales arbitrariedades del empresario<sup>1282</sup>.

<sup>1274</sup> D'AVOSSA, E.: *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro: Il código, Il procedimento, l'esecuzione delle sanzioni, il licenziamento disciplinare, l'impugnazione delle sanzioni*, cit., pp. 111 y 112.

<sup>1275</sup> DI CERBO, V. y SIMEOLI, D.: “Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali”, en AMOROSO, G., DI CERBO, V. y MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 1375.

<sup>1276</sup> CASALE, D. y LIMA, A.: “Istruttoria e irrogazione della sanzione disciplinare”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 326.

<sup>1277</sup> CAMMALLERI: *L'inefficacia del licenziamento. Tutela obbligatoria e diritto comune*, Palermo, Temilavoro, 2005, p. 60.

<sup>1278</sup> “Il contratto può essere ratificato dall'interessato, con l'osservanza delle forme prescritte per la conclusione di esso”.

<sup>1279</sup> FERRANTE, V.: “Forma e procedura del licenziamento. Il licenziamento disciplinare”, en BESSONE, M.: *Trattato di Diritto Privato*, Volume XXIV, en CARINCI, F. (a cura di) y MAINARDI, S. (Coord.): *Il lavoro subordinato. Tomo III. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, cit., pp. 191 y ss.

<sup>1280</sup> “Il datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, deve comunicare per iscritto il licenziamento al prestatore di lavoro”.

<sup>1281</sup> CASALE, D. y LIMA, A.: “Istruttoria e irrogazione della sanzione disciplinare”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 327.

<sup>1282</sup> DI CERBO, V. y SIMEOLI, D.: “Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali”, en AMOROSO, G., DI CERBO, V. y MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 1465.

#### 4. La impugnación del despido

Sobre la impugnación de la extinción de la relación laboral, de acuerdo con el artículo 6.1 de la *legge 604/1966, di 15 luglio, norme sui licenziamenti individuali*, que se refiere a la impugnación extrajudicial del despido<sup>1283</sup>, “*el despido debe ser impugnado por el trabajador con riesgo de caducar dentro de los sesenta días de la recepción de la comunicación en forma escrita*”<sup>1284</sup>. La impugnación del despido tiene naturaleza de acto unilateral<sup>1285</sup> y recepticio<sup>1286</sup>. La impugnación durante el plazo de sesenta días iniciará su cómputo desde la recepción de la misiva resolutoria<sup>1287</sup>: fecha de caducidad que se aplica a todos los casos de despido<sup>1288</sup>. Lo cierto es que el plazo de sesenta días para impugnar el despido por parte de trabajador es un intervalo de tiempo bastante amplio: por ejemplo, en comparación con el artículo 59.3 ET del ordenamiento jurídico español, el plazo para impugnar el despido es de veinte días.

Más específicamente, de acuerdo con la jurisprudencia, el despido se perfecciona en el momento en el que la manifestación de voluntad del empresario llega a conocimiento del trabajador, por lo que el inicio del término de caducidad para la impugnación del despido opera desde la comunicación del despido y no del momento de cesación de la relación laboral<sup>1289</sup>. El plazo de caducidad de los sesenta días es un plazo de caducidad sustancial no susceptible de poder ser regularizado, ni de interrupción, ni de suspensión, ni siquiera por incapacidad o por error del trabajador<sup>1290</sup>. Una vez verificada la caducidad de la acción contra el despido ilegítimo, el mismo no podrá ser impugnado judicialmente<sup>1291</sup>.

<sup>1283</sup> VALLEBONA, A.: *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, cit., pp. 554 y 555.

<sup>1284</sup> Artículo 6.1. “*Il licenziamento deve essere impugnato a pena di decadenza entro sessanta giorni dalla ricezione della sua comunicazione in forma scritta, ovvero dalla comunicazione, anch'essa in forma scritta, dei motivi, ove non contestuale, con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale diretto ad impugnare il licenziamento stesso*”.

<sup>1285</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 8010, de fecha 18 de julio de 1991.

<sup>1286</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 12456, de fecha 29 de enero de 1994. *Vid.* DI CERBO, V. y SIMEOLI, D.: “*Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali*”, en AMOROSO, G., DI CERBO, V. y MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 1575.

<sup>1287</sup> ZOLI, C.: “*La legge n. 183/2010: le novità in materia di licenziamento*”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, núm. 4-5, 2011, pp. 841 y 842. ZOLI, C.: “*La legge n. 183/2010: le novità in materia di licenziamento*”, en AA. VV.: *Libertà, lavoro e sicurezza sociale in memoria ed onore della Prof.ssa Giuliana Ciocca*, Macerata, Working Papers, núm. 2, 2011, *passim*.

<sup>1288</sup> Para un estudio profundo del procedimiento del despido y sus requisitos procesales, *vid.* BUONCRISTIANI, D.: *Il licenziamento disciplinare: tecnica procedimentale ed impugnatoria. Profili comparatistici (Francia, Spagna, Germania)*, cit., *passim*.

<sup>1289</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 6845, de fecha 24 de marzo de 2015.

<sup>1290</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 5563, de fecha 25 de octubre de 1982 y sentencia della Corte di Cassazione núm. 10230, de fecha 4 de mayo de 2009.

<sup>1291</sup> VALLEBONA, A.: *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, cit., p. 554.

La prueba sobre la impugnación en el término de sesenta días incumbe al trabajador despedido que tiene el honor de probar cuando ha recibido la comunicación de la extinción<sup>1292</sup>. En caso de extinción con preaviso, el cómputo de caducidad comienza durante el período de preaviso aun cuando no se hubiese extinguido todavía la relación laboral<sup>1293</sup>. La fundamentación de la existencia de la caducidad de la impugnación del despido se ha justificado en la necesidad de garantizar un mínimo de certeza al poder organizativo del empresario con el objeto de evitar una posterior reintegración del trabajador despedido junto con la pertinente indemnización.

Es conveniente enunciar la reflexión y el enfrentamiento jurisprudencial y doctrinal que tiempo atrás ha existido sobre la caducidad en despidos nulos por ilicitud de los motivos y por vicios de forma. Lo cierto es que hubo un tiempo en el que se consideró que en estas extinciones no se debería imponer plazo de caducidad alguno; sin embargo, en momento posterior, la jurisprudencia se encargó de desarrollar la aplicabilidad del término de caducidad a todos los despidos existentes<sup>1294</sup>.

De acuerdo con el artículo 6.2 de la *legge 604/1966, di 15 luglio*, –precepto modificado por la *legge 183/2010, di 4 novembre, Collegato Lavoro*<sup>1295</sup>, y *legge 92/2012, di 28 giugno, disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*<sup>1296</sup>–, y que se refiere a la impugnación judicial del despido<sup>1297</sup>, “*la impugnación del despido será ineficaz si no es seguida, dentro del término de ciento ochenta días, del depósito del recurso en la secretaría del Tribunal de Trabajo en funciones o de la comunicación a la parte contraria de la solicitud de tentativa de conciliación o arbitraje, manteniéndose la posibilidad de presentar nuevos documentos después del depósito del recurso. Siempre que la conciliación o el arbitraje solicitado haya sido rechazado o no se haya alcanzado el acuerdo necesario, el recurso a los tribunales debe ser depositado con riesgo de caducar dentro de los sesenta días del rechazo o de la falta de acuerdo*”<sup>1298</sup>. En efecto en los ciento ochenta días a la primera

<sup>1292</sup> Vid. DI CERBO, V. y SIMEOLI, D.: “Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali”, en AMOROSO, G., DI CERBO, V. y MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 1585.

<sup>1293</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 7049, de fecha 22 de marzo de 2007.

<sup>1294</sup> ICHINO, P.: “Il contratto di lavoro (III)”, en CICU, A., MESSINEO, F. MENGONI, L. e continuato da SCHLESINGER, P.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 487.

<sup>1295</sup> Vid. ZOLI, C.: “La legge n. 183/2010: le novità in materia di licenziamento”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, cit., pp. 833 y ss.

<sup>1296</sup> Vid. RIVERSO, R.: “Alla ricerca del fatto nel licenziamento disciplinare”, in AA. VV.: *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, Catania, CSDLE Massimo D’Antona, 2012, *passim*.

<sup>1297</sup> VALLEBONA, A.: *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, cit., pp. 554 y 555.

<sup>1298</sup> Artículo 6.2. “*L’impugnazione è inefficace se non è seguida, entro il successivo termine di centottanta giorni, dal deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro o dalla comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato, ferma restando la possibilità di produrre nuovi documenti formati dopo il deposito del ricorso. Qualora la conciliazione o l’arbitrato richiesti siano rifiutati o non sia raggiunto l’accordo necessario al relativo espletamento, il ricorso al giudice deve essere depositato a pena di decadenza entro sessanta giorni dal rifiuto o dal mancato accordo*”.

impugnación extrajudicial –al que se refiere el artículo 6.1 de la *legge 604/1966, di 15 luglio*–, el trabajador debe depositar el recurso jurisdiccional o la solicitud de petición de conciliación o arbitraje<sup>1299</sup>. En el recurso debe indicar la *causa petendi* y el tipo de vicio del que adolece el despido<sup>1300</sup>.

Diferencia fundamental con el ordenamiento jurídico español se localiza en el hecho de que la caducidad tendrá que ser verificada por el empresario y no detectable u observada de oficio<sup>1301</sup>. Igualmente es importante tener en cuenta que el plazo de caducidad no será susceptible de interrupción o suspensión<sup>1302</sup>.

---

<sup>1299</sup> Sobre los problemas de interpretación, *vid.* ZOLI, C.: “La legge n. 183/2010: le novità in materia di licenziamento”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, cit., pp. 842 y 843.

<sup>1300</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 24139, de fecha 29 de noviembre de 2010.

<sup>1301</sup> CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. y TREU, T.: *Diritto del Lavoro: il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 409.

<sup>1302</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 4925, de fecha 28 de mayo de 1990.



## CAPÍTULO XV. LA CALIFICACIÓN DE LA EXTINCIÓN ILEGÍTIMA EN ITALIA: DESPIDO NULO, DESPIDO ANULABLE Y DESPIDO INEFICAZ

**SUMARIO.** CAPÍTULO XV. LA CALIFICACIÓN DE LA EXTINCIÓN ILEGÍTIMA EN ITALIA: DESPIDO NULO, DESPIDO ANULABLE Y DESPIDO INEFICAZ. 1. Consecuencias jurídicas de la calificación del despido: estudio del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*. 1.1 La *tutela reintegratoria piena* o reincorporación plena. 1.2 La *tutela reintegratoria con indennità limitata* o reincorporación con indemnización limitada. 1.3 La *tutela indennitaria forte* o indemnización fuerte. 1.4 La *tutela indennitaria ridotta* o mecanismos de protección reducida. 1.5 Características de aplicación del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*. 2. La tutela frente al despido ilegítimo: tutela real y tutela obligatoria. 3. Régimen flexible del despido a partir de la vigencia del *Decreto Legislativo 23/2015, 4 marzo, disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*. 3.1. Consecuencias del despido a partir de la vigencia del *Decreto Legislativo 23/2015, 4 marzo*. 3.2 Conciliación, anulación del despido, pequeñas y medianas empresas, compañías tendenciales o sin ánimo de lucro.

### 1. Consecuencias jurídicas de la calificación del despido: estudio del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*

El despido disciplinario ilegítimo engloba al despido nulo, al despido anulable y al despido ineficaz. La regla general es que el despido ilegítimo será ineficaz si se realiza sin observar los requisitos de forma necesarios, el despido ilegítimo será anulable si falta la justa causa o el justificado motivo –y siempre que se hayan cumplido las formalidades establecidas en el *Statuto dei Lavoratori*– y el despido ilegítimo será nulo si es discriminatorio o prohibido.

Llegados a este momento debemos separar dos textos normativos con diferentes consecuencias jurídicas para un mismo despido. Por un lado, tendremos que remitirnos a la norma del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori* y al artículo 8 de la *legge 604/1966, di 15 luglio, norme sui licenziamenti individuali*; por otro lado, tendremos que aplicar el reciente régimen instaurado por el *Decreto Legislativo 23/2015, 4 marzo, disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183*<sup>1303</sup>, y que introduce un régimen de despido más flexible para los contratos indefinidos con tutela creciente celebrados a partir de su vigencia<sup>1304</sup>. En efecto, un contrato cuya creación queda encargada por la

<sup>1303</sup> Para la relación entre empleo público y privado en relación al *Decreto Legislativo 23/2015, de 4 marzo, disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183*, vid. MAINARDI, S.: “Il campo di applicazione del D. LGS. N. 23/2015. Licenziamenti illegittimi, tutele crescenti”, en *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, núm. 1, 2015, pp. 25 y ss. Sobre el empleo público y el despido disciplinario, vid. MAINARDI, S.: *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, Milano, Giuffrè, 2002, *passim*. También ESPOSITO, M.: “Arbitrato e sanzioni disciplinari nel pubblico impiego: logiche e modelli fra “passato” e “futuri” possibili, en *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., *passim*.

<sup>1304</sup> LASSANDARI, A.: “L’ordinamento perduto”, en *Lavoro e Diritto*, núm.1, 2015, pp. 37 y ss.



*Legge 183/2014, di 10 dicembre, deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonche' in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attivita' ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro, esattamente, dentro de los seis meses de la entrada en vigor de esta ley*<sup>1305</sup>.

Lo cierto es que no tiene nada que ver el actual artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori* con el precepto originario. En la formulación originaria cuando en el juicio no quedara probada la justa causa o el justificado motivo de la decisión extintiva debía declararse la reincorporación del trabajador al puesto de trabajo sin posibilidad de que el empresario decidiese sobre otra alternativa posible. A la reincorporación obligatoria del empleado debía sumarse el resarcimiento de los daños inmediatos sufridos por el trabajador estableciendo, a tal fin, una indemnización proporcional al último salario desde la fecha del despido hasta la efectiva readmisión y que no podía ser inferior a cinco mensualidades –los denominados salarios de tramitación por el ordenamiento jurídico español–, aun cuando desde el despido hasta la reintegración no hubiera transcurrido el tiempo indicado, debiéndose restar lo percibido en el período de expulsión por llevar a cabo otros trabajos. Y si el empresario no quisiera readmitir al trabajador, el empleador debía continuar abonándole una asignación equivalente a la que recibiría en caso de continuar desempeñando su actividad laboral en la empresa. Y era el empleado el único que podía liberar al empresario de la obligación de reingreso y abono de la indemnización cuando solicitara el pago de una retribución equivalente a quince meses de salario –sumado a la indemnización por los salarios de tramitación– o cuando el empleado no se reincorporara al término de treinta días contados desde la fecha de declaración empresarial de reincorporación –sin perjuicio del cómputo del pago de la asignación subyacente, obviamente, no la de retribución equivalente pues en este caso ha sido el empleado el que no se ha presentado al trabajo–<sup>1306</sup>.

En efecto, el texto original del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori* establecía un régimen unitario para cualquier tipo de ilegitimidad –nulidad, ineficacia o anulabilidad– condenando al empresario<sup>1307</sup>: a) a la reintegración del trabajador ilegítimamente despedido; b) a la indemnización de los daños sufridos por el despido ilegítimo –que no podía ser inferior a cinco mensualidades–; y c) al pago de las prestaciones asistenciales desde el momento del despido hasta la efectiva reintegración. Pero lo más llamativo es que el empresario no tenía alternativas posibles: es decir, además de la indemnización por los salarios dejados de percibir y de las prestaciones asistenciales, o readmitía al empleado o le pagaba la asignación equivalente al sueldo

---

<sup>1305</sup> Para mayor abundamiento sobre la reforma del *Jobs Act*, vid. BOZZAO, P.: “I primi passi del Jobs Act: ambizioni, incertezze e difficili equilibri”, en *Federalismi: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, núm. 7, 2015, *passim*.

<sup>1306</sup> CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. y TREU, T.: *Diritto del Lavoro: il rapporto di lavoro subordinato*, cit., pp. 379 y 380.

<sup>1307</sup> PENSABENE LIONTI, G.: “El artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores italiano a la luz de las últimas reformas laborales”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015, p. 644.

como si estuviera desarrollando sus funciones hasta que le readmitiera en el puesto de trabajo.

De esta manera podía descomponerse la acción de impugnación del despido en dos acciones<sup>1308</sup>: por un lado, la del incumplimiento del contrato de trabajo; por otro, la del mantenimiento de la relación laboral. La del incumplimiento, a su vez, tendería a comprobar la ilegitimidad del despido, la existencia de la relación laboral y la condena al pago de una indemnización por las retribuciones dejadas de percibir. La del mantenimiento pretendería la readmisión del trabajador y la condena de las retribuciones dejadas de percibir hasta la efectiva readmisión.

Pero el artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori* ha sido objeto de profundas reformas y transformaciones –no programadas a priori e improvisadas a posteriori por las fuertes presiones<sup>1309</sup>– entre las que destaca la *legge 108/1990, di 11 maggio, disciplina dei licenziamenti individuali*<sup>1310</sup>, y, especialmente, la *legge 92/2012, di 28 giugno, disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita* –denominada reforma Fornero<sup>1311</sup>–. Esta última reforma –compleja y ambigua<sup>1312</sup>– ha eliminado el sistema sancionador unitario basado en la sanción de readmisión del trabajador por ilegitimidad del despido –más técnicamente se ha eliminado la readmisión en determinados supuestos de despido ilegítimo–. Es por esta última enmienda por lo que ahora se diferencian cuatro tipologías de tutela al trabajador recogidas en el artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*<sup>1313</sup>: la reincorporación del trabajador e indemnización en casos de despido discriminatorio o nulo; la reincorporación e indemnización limitada a doce mensualidades; la de indemnización “fuerte” con resarcimiento de un mínimo de doce meses y un máxima de veinticuatro mensualidades; y, finalmente, la indemnización “reducida” con un mínimo de seis

<sup>1308</sup> D'ANTONA, M.: *Tutela reale nel posto di lavoro*, Roma, EGT, 1994, p. 5 y ss.

<sup>1309</sup> CARINCI, F.: “Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare”, en *Il lavoro nella giurisprudenza*, núm. 1, 2013, p. 6.

<sup>1310</sup> Vid. PERA, G.: “Postilla di aggiornamento. Licenziamenti: I”, en AA. VV.: *Enciclopedia giuridica*, Volume XIX Libertà - Memoria, Tomo I Libertà - Luogotenenza, cit., pp. 1 a 3.

<sup>1311</sup> Vid. MAINARDI, S.: “Il campo di applicazione del D. LGS. N. 23/2015. Licenziamenti illegittimi, tutele crescenti”, en *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., pp. 29 y ss. También CARINCI, F.: “Complimenti, Dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro”, en *Il Lavoro nella giurisprudenza*, núm. 6, 2012, *passim*.

<sup>1312</sup> ZOLI, C.: “I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al d.lgs. n. 23 del 2015”, in FERRARO, G. (a cura di) *et al: I licenziamenti nel contratto “a tutela crescenti”*, cit., pp. 83 y 84.

<sup>1313</sup> Sobre la aplicación del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori* al empleado público, *vid.* CARINCI, F.: “È applicabile il novellato art. 18 ST al pubblico impiego privatizzato? (Una domanda ancora in cerca di risposta)”, en *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, núm. 6, 2013, pp. 921 y ss. También CARINCI, F.: “Ripensando il “nuovo” art. 18 dello Statuto dei lavoratori”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, cit., pp. 471 y ss. En el mismo sentido *vid.* MAINARDI, S.: “La definizione delle norme disciplinari”, en MAINARDI, S.: *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, en SCHLESINGER, P. y BUSNELLI, F.: *Il Codice Civile. Commentario*, cit., pp. 198 y 199.

meses hasta un máximo de doce mensualidades<sup>1314</sup>. En efecto, con el actual precepto, no es seguro que pueda obtenerse la readmisión del trabajador<sup>1315</sup>. Reforma que ha fragmentado en varias direcciones a las sentencias jurisprudenciales y que ha modificado –negativamente– al artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*<sup>1316</sup>.

Debe destacarse que en esta última reforma –*legge 92/2012, di 28 giugno, disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*– el legislador no ha tenido el coraje de aprovechar la ocasión para referirse a la reglas del comportamiento del trabajador<sup>1317</sup>; en otras palabras, de referirse expresamente a las causas del despido; al final, solo se ha referido a las reglas sancionatorias del despido<sup>1318</sup>. Y se ha referido a las mismas utilizando conceptos elásticos y dejando sin responder cuestiones fundamentales: en este sentido, ha agravado la incerteza sobre el significado de las disposiciones y ha aumentado, de manera exponencial, la discrecionalidad judicial existente, al contrario de lo que pretendía la ley dictada con dos años de antelación –*legge 183/2010, di 4 novembre, Collegato Lavoro*–<sup>1319</sup>.

La *legge 92/2012, di 28 giugno, disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, ha sido pensada y construida, “teóricamente”, a medida del trabajador privado como se deduce y testimonia su primer artículo<sup>1320</sup>: “*un mercato integrador y dinámico, con objeto de contribuir a la creación de la ocupación, en cantidad y cualidad, al crecimiento social y económico y a la reducción permanente de la tasa de desempleo*”<sup>1321</sup>.

Comienza el artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori* confirmando la readmisión del trabajador por la presencia de motivo discriminatorio ilícito que no admite excusa

---

<sup>1314</sup> CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. y TREU, T.: *Diritto del Lavoro: il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 380.

<sup>1315</sup> MAINARDI, S.: “Prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore tra vecchi e nuovi concetti di stabilità del rapporto di lavoro”, en *Giurisprudenza italiana*, núm. 4, 2013, p. 886.

<sup>1316</sup> LASSANDARI, A.: “L’ingiustificatezza qualificata del licenziamento”, en *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, núm. 1, 2012, pp. 44 y ss.

<sup>1317</sup> ZOLI, C.: “I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al d.lgs. n. 23 del 2015”, in FERRARO, G. (a cura di) *et al: I licenziamenti nel contratto “a tutela crescenti”*, cit., pp. 83 y 84.

<sup>1318</sup> ZOLI, C.: “Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegra e tutela indennitaria”, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, cit., p. 659.

<sup>1319</sup> ZOLI, C.: “I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al d.lgs. n. 23 del 2015”, in FERRARO, G. (a cura di) *et al: I licenziamenti nel contratto “a tutela crescenti”*, cit., pp. 84 y 85.

<sup>1320</sup> CARINCI, F.: “Ripensando il “nuovo” art. 18 dello Statuto dei lavoratori”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, cit., p. 469.

<sup>1321</sup> “*La presente legge dispone misure e interventi intesi a realizzare un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione*”.

alguna<sup>1322</sup>. Y congruentemente continúa con la graduación de las consecuencias jurídicas, combinando la reintegración e indemnización resarcitoria, en medida diversa según de injustificado resulte el despido disciplinario –o económico– partiendo desde el error no perdonable del empresario hasta un error en el despido más excusable que puede permitir la extinción del contrato de trabajo con una mínima indemnización económica<sup>1323</sup>. Veamos todas las posibilidades:

### 1.1 La *tutela reintegratoria piena* o reincorporación plena

#### a) Readmisión del trabajador

De acuerdo con el artículo 18.1 del *Statuto dei Lavoratori*, el juez, con la sentencia con la que declara la nulidad del despido por discriminación<sup>1324</sup>, ordena al empresario –empresador o no– a la readmisión del trabajador al puesto de trabajo con independencia del motivo formalmente adoptado y de cuál sea el número de trabajadores en la empresa –aunque sea inferior a quince empleados–.

Discriminación que se produce, de acuerdo con el artículo 4 de la *legge 604/1966, di 15 luglio, norme sui licenziamenti individuali*, por el despido ejecutado por razones de “*credo político o fe religiosa, por la pertenencia a un sindacato y por la participación en actividad sindical*”<sup>1325</sup>, considerándose el despido nulo independientemente de la motivación ofrecida<sup>1326</sup>. Según el artículo 15 del *Statuto dei Lavoratori*, se consideran actos discriminatorios, de acuerdo con el párrafo 1, cualquier acuerdo o acto directo para despedir al trabajador “*a causa de su afiliación o actividad sindical o de su participación en una huelga*”, o, de acuerdo con el párrafo 2, “*cualquier acuerdo o acto de derecho con fines discriminatorios políticos, religiosos, raciales, de lengua o de sexo, de discapacidad, de edad o sustentada en la orientación sexual o convicción personal*”<sup>1327</sup>. No obstante, la mera injustificación del despido no

<sup>1322</sup> Vid. LASSANDARI, A.: “Il licenziamento discriminatorio”, en BESSONE, M.: *Trattato di Diritto Privato*, Volume XXIV, en CARINCI, F. (a cura di) y MAINARDI, S. (Coord.): *Il lavoro subordinato. Tomo III. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, cit., pp. 151 y ss.

<sup>1323</sup> CARINCI, F.: “Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare”, en *Il lavoro nella giurisprudenza*, cit., p. 7.

<sup>1324</sup> LASSANDARI, A.: “Il licenziamento discriminatorio”, en BESSONE, M.: *Trattato di Diritto Privato*, Volume XXIV, en CARINCI, F. (a cura di) y MAINARDI, S. (Coord.): *Il lavoro subordinato. Tomo III. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, cit., pp. 166 y ss.

<sup>1325</sup> “*Il licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali é nullo, indipendentemente dalla motivazione adottata*”.

<sup>1326</sup> Sobre el camino recorrido por el despido discriminatorio, vid. CARINCI, F.: “Ripensando il “nuovo” art. 18 dello Statuto dei lavoratori”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, cit., p. 487 y 488.

<sup>1327</sup> “*È nullo qualsiasi patto od atto diretto a: a) subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte; b) licenziare un lavoratore, discriminarlo nella assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua afiliación o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero. Le disposizioni di cui al comma precedente si*

equivale a discriminación; en cambio, la existencia de una válida justificación excluye la configuración de una discriminación<sup>1328</sup>.

Pero este régimen de *tutela reintegratoria piena*, además de aplicarse a los despidos nulos por discriminación, también desprende sus efectos en despidos ineficaces por forma oral –mediante comunicación verbal<sup>1329</sup>–; en despidos por causa de maternidad o paternidad<sup>1330</sup>; y en despidos por *motivo illecito determinante* –incluida la represalia– de acuerdo con el artículo 1345 del Codice Civile<sup>1331</sup>; por causa de matrimonio; o los reconducibles a otra causa de nulidad prevista en la ley<sup>1332</sup>. Pero lo cierto es que, tras la modificación del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*, la sanción consistente en la readmisión en el puesto de trabajo ha sido totalmente degradada<sup>1333</sup>.

Una vez declarada la orden de la readmisión del trabajador, la relación laboral se considera finalizada cuando el trabajador no haya retomado el servicio dentro de los treinta días después de la invitación del empresario, salvo que el trabajador haya elegido la indemnización del párrafo tercero del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*<sup>1334</sup>.

En efecto si el trabajador no se reincorpora al trabajo al término de los treinta días desde que recibió la invitación al puesto por el empleador se entiende que la relación laboral se ha extinguido, salvo motivo justificativo de la ausencia del trabajador. *A sensu contrario*, la anterior afirmación nos confirma que para la

---

*applicano altresì ai patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali*".

<sup>1328</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 21035, de fecha 28 de septiembre de 2006.

<sup>1329</sup> Vid. MAINARDI, S.: "Le sanzioni disciplinari conservative del rapporto di lavoro", en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., pp. 97 y ss.

<sup>1330</sup> Vid. VALLEBONA, A.: *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, cit., pp. 519 y ss.

<sup>1331</sup> PENSABENE LIONTI, G.: "El artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores italiano a la luz de las últimas reformas laborales", en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, cit., p. 645.

<sup>1332</sup> COLOMBO, A., RIPA, A. y VARESI, A.: *Licenziamento. Gestione, procedura e casistica*, cit., p. 166.

<sup>1333</sup> ARRIGO, G.: "Apuntes críticos sobre la reciente reforma del mercado de trabajo italiano", en *Revista de Trabajo*, núm. 11, 2013, p. 69.

<sup>1334</sup> Artículo 18.1. "*Il giudice, con la sentenza con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio ai sensi dell'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108, ovvero intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'articolo 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'articolo 54, commi 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto e quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro. La presente disposizione si applica anche ai dirigenti. A seguito dell'ordine di reintegrazione, il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso in cui abbia richiesto l'indennità di cui al terzo comma del presente articolo. Il regime di cui al presente articolo si applica anche al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale*".

readmisión no basta con que exista una sentencia que declare la reincorporación del trabajador sino que es necesaria la existencia de una invitación por parte del empleador al empleado para que vuelva a ocupar su puesto de trabajo<sup>1335</sup>.

Por otro lado, una vez que el trabajador ha sido readmitido en la empresa, no puede posteriormente renunciar al puesto de trabajo pretendiendo la indemnización sustitutiva<sup>1336</sup>.

b) Indemnización resarcitoria

De acuerdo con el artículo 18.2 del *Statuto dei Lavoratori*, el juez condena al empleado al resarcimiento de los daños inmediatos sufridos por el trabajador una vez demostrada la nulidad del despido. Indemnización proporcional al último salario cuyo computo comienza desde la fecha del despido hasta la efectiva readmisión debiéndose restar lo percibido en el período de expulsión por llevar a cabo otros trabajos –*aliundem perceptum*–. Indemnización que posee función y naturaleza económica –compensación por el beneficio que el empresario ha podido obtener del trabajador–, jurídica –en razón a la retribución periódica pactada– y de previsión –con la que el trabajador puede continuar respondiendo de las deudas contraídas–<sup>1337</sup>.

En cualquier caso la cantidad de este resarcimiento no podrá ser inferior a cinco mensualidades de la retribución global aun cuando –desde el despido hasta la readmisión efectiva– haya transcurrido un período de tiempo menor –por ejemplo, dos meses: aún así deberá indemnizarse al trabajador por cinco mensualidades–. No olvidemos que se trata de un despido ilegítimo cuya imposición de pago mínimo de cinco mensualidades responde a una exigencia legal y legítima que se implanta por razones de discrecionalidad política.

En el cálculo de la retribución global debe tenerse en cuenta no solo la retribución base debida y estipulada en el contrato, sino todo cuanto el trabajador debería presumiblemente haber ganado si la relación hubiera proseguido, lo que significa que han de tenerse en cuenta los elementos variables<sup>1338</sup>.

La jurisprudencia aplica los artículos 1218 y 1223 del *Codice Civile* y, por tanto, el principio de la *compensatio lucri cum danno* –el lucro obtenido por el damnificado se compensa con el daño–. Si se demuestra por el empresario el importe recibido por el trabajador se compensarán las cantidades efectivamente percibidas –*aliunde perceptum*–

<sup>1335</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 314, de fecha 13 de enero de 1993.

<sup>1336</sup> NANNIPIERI, L.: “Termini e forme della scelta del lavoratore per l'indennità sostitutiva della reintegrazione”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, núm. 2, 1998, pp. 315 y ss.

<sup>1337</sup> SANTORO-PASSARELLI, F.: “Lavoro (Contrato di)”, en AZARA, A. y EULA, E. *et al: Novissimo Digesto Italiano*, cit., p. 516.

<sup>1338</sup> ICHINO, P.: “Il contratto di lavoro (III)”, en CICU, A., MESSINEO, F. MENGONI, L. e continuato da SCHLESINGER, P.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 500.

cuando el empleado haya obtenido rentas por una ocupación equivalente a la misma capacidad laboral liberada por el despido<sup>1339</sup>: actividad que no se hubiera podido desarrollar si no se hubiera procedido a la extinción del vínculo contractual<sup>1340</sup>; lo que significa, *a sensu contrario*, que no pueden detraerse las rentas obtenidas cuando la actividad se desarrollaba antes del despido<sup>1341</sup>. También pueden detraerse las prestaciones por desempleo<sup>1342</sup> o las de tratamiento *pensionistico* no acumulables con ingresos de trabajo<sup>1343</sup>. Insistimos en que, aún cuando se hayan obtenido estas rentas, la indemnización no podrá ser inferior al límite de cinco mensualidades.

Pero además de descontar de la indemnización el *aliunde perceptum* –cantidades efectivamente percibidas por otra actividad laboral– debe restarse también lo que el trabajador hubiera podido ganar si se hubiera aplicado con diligencia en la búsqueda de un nuevo empleo –*quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione*<sup>1344</sup>–, denominado *aliunde percipiendum*, lo que supone una carga probatoria impropia ya que es el empleado quien debe demostrar que no ha encontrado otro empleo pese haberlo intentado<sup>1345</sup>. El *aliunde percipiendum* se sustenta en base al artículo 1227 del *Codice Civile* cuando establece que “*la indemnización no es debida por los daños que el acreedor podría haber evitado usando la diligencia debida*”<sup>1346</sup>, siendo la prueba a cargo del empresario<sup>1347</sup>.

Además, por el período del despido ilegítimo hasta la efectiva readmisión, el empresario está obligado al pago de las cotizaciones del sistema de Seguridad Social<sup>1348</sup>.

---

<sup>1339</sup> NOGLER, L.: *La regulación de los despidos individuales en la época de equilibrio entre los “principios” constitucionales: estudio a la luz del ordenamiento italiano*, cit., pp. 98 y 99.

<sup>1340</sup> Vid. al respecto MAZZIOTTI, F.: “Inefficacia del licenziamento e risarcimento del danno”, en AA. VV.: *Scritti in onore di G. Suppiej*, Padova, Cedam, 2005, p. 656.

<sup>1341</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 7435, de fecha 11 de abril de 2005.

<sup>1342</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 2906, de fecha 29 de marzo de 1996.

<sup>1343</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 3907, de fecha 20 de abril de 1999.

<sup>1344</sup> Vid. CARINCI, F.: “Complimenti, Dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro”, en *Il Lavoro nella giurisprudenza*, cit., p. 547.

<sup>1345</sup> ARRIGO, G.: “Apuntes críticos sobre la reciente reforma del mercado de trabajo italiano”, en *Revista de Trabajo*, cit., pp. 68 y 69.

<sup>1346</sup> “*Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza*”.

<sup>1347</sup> VALLEBONA, A.: *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, cit., p. 456.

<sup>1348</sup> Artículo 18.2. “*Il giudice, con la sentenza di cui al primo comma, condanna altresì il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata la nullità, stabilendo a tal fine un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. In ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è condannato inoltre, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali*”.

En definitiva la jurisprudencia considera que la indemnización posee naturaleza resarcitoria plena y exclusiva del daño sufrido por el trabajador por efecto del ilícito civil cometido por el empresario<sup>1349</sup>.

c) Indemnización en sustitución de la readmisión

De acuerdo con el artículo 18.3 del *Statuto dei Lavoratori*, sin perder el derecho al resarcimiento previsto en el párrafo segundo del artículo 18 del citado texto – indemnización resarcitoria con un mínimo de cinco mensualidades–, el trabajador tiene la facultad de solicitar al empresario, en sustitución de la readmisión al puesto de trabajo<sup>1350</sup>, una indemnización igual a la remuneración total de quince mensualidades, terminando de esta forma la relación laboral sin someter al empresario a las contribuciones de la Seguridad Social. La solicitud de la indemnización económica deberá realizarse –por el empleado– dentro de los treinta días siguientes del dictado de la sentencia o de la invitación del empresario al empleado para reincorporarse al trabajo<sup>1351</sup>.

Se ha discutido sobre si la extinción de la relación laboral se producía con la elección del trabajador por la indemnización sustitutiva o con el pago de la misma por parte del empresario. Al respecto el legislador ha establecido que la inmediata extinción de la relación se produce en el momento de la petición de indemnización sustitutiva de la readmisión<sup>1352</sup>: así puede extraerse del artículo 18.3 del *Statuto dei Lavoratori*.

En efecto se reconoce al trabajador el poder de modificar la obligación de readmisión –obligación principal– en dinero –obligación accesoria o secundaria– exigiendo una indemnización igual a la remuneración total de quince mensualidades. No obstante, dado que el cumplimiento exacto de la obligación extingue la relación obligatoria, el empresario estará obligado a continuar sufragando las restantes prestaciones y a resarcir el daño por retraso cuantificado en la proporción igual a la retribución dejada de percibir desde el día del despido hasta la efectiva readmisión o – cuando así lo haya solicitado el trabajador– hasta el pago efectivo de la indemnización

<sup>1349</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 7435, de fecha 11 de abril de 2005.

<sup>1350</sup> Vid. ZOLI, C.: “Revoca del licenziamento e libertà del lavoratore di optare immediatamente per l’indennità sostitutiva della reintegrazione”, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, cit., *passim*.

<sup>1351</sup> Artículo 18.3. “Fermo restando il diritto al risarcimento del danno come previsto al secondo comma, al lavoratore è data la facoltà di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un’indennità pari a quindici mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto, la cui richiesta determina la risoluzione del rapporto di lavoro, e che non è assoggettata a contribuzione previdenziale. La richiesta dell’indennità deve essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza, o dall’invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore alla predetta comunicazione”.

<sup>1352</sup> VALLEBONA, A.: *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, cit., pp. 598 y 599.



sustitutiva de la readmisión por parte del empresario: en otras palabras, hasta el cumplimiento exacto de las obligaciones alcanzadas<sup>1353</sup>.

En suma, los citados artículos pueden recapitularse en las siguientes consideraciones<sup>1354</sup>: 1) Cuando la sentencia del juzgador acoge la impugnación del despido, no solo se deduce la existencia de la relación laboral, también se acogen las obligaciones contractuales relativas al pago de la retribución y de dar trabajo al empleado por parte del empresario. 2) Cuando se declara la readmisión del trabajador despedido ilegítimamente se deduce que el empresario –ejecutor del despido– no ha demostrado el sustento de la extinción de la relación laboral, debiendo adecuarse la realidad fáctica a la realidad jurídica, lo que constituye una obligación de hacer no fungible. 3) La condena al resarcimiento del daño desde el día en el que se ejecutó el despido del trabajador hasta la readmisión del mismo es compensatoria del daño generado por la lesión del derecho a la continuación de la relación laboral. Este resarcimiento encuentra sustento en el ilícito civil del ilegítimo uso de poder por parte del empresario así como por el incumplimiento basado en el retraso de la obligación de dar trabajo y de obedecer la orden de readmisión.

Al final lo que subsiste después de la sentencia que declara la nulidad del despido, no es ni la obligación de la readmisión, ni tampoco la indemnización por sustitución; lo que persiste es la relación laboral en sí. En efecto si la relación laboral subsiste el trabajador despedido ilegítimamente tendrá derecho a ser readmitido o a sustituir dicha obligación por la indemnización sustitutiva estipulada por el propio ordenamiento jurídico italiano. Con la elección realizada por el trabajador de sustituir la readmisión por la indemnización, la relación laboral durará hasta el cumplimiento exacto de la prestación elegida<sup>1355</sup>.

## **1.2 La tutela reintegratoria con *indennità limitata* o reincorporación con indemnización limitada**

De acuerdo con el artículo 18.4 del *Statuto dei Lavoratori*, cuando el juez haya comprobado que no se cumplen los extremos del justificado motivo subjetivo o de la justa causa alegada por el empresario, por inexistencia del hecho sobre el que se fundamenta el despido –*per insussistenza del fatto contestato*– o de las conductas punibles sustentadas sobre la base de las previsiones de los convenios colectivos o códigos disciplinarios aplicables –*il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili*– deberá anular el despido y condenar al empresario a la readmisión en el puesto de trabajo al que se refiere el párrafo primero del artículo 18 del

<sup>1353</sup> NOGLER, L.: *La regulación de los despidos individuales en la época de equilibrio entre los “principios” constitucionales: estudio a la luz del ordenamiento italiano*, cit., p. 103.

<sup>1354</sup> *Ibidem*, pp. 100 y 101.

<sup>1355</sup> NOGLER, L.: *La regulación de los despidos individuales en la época de equilibrio entre los “principios” constitucionales: estudio a la luz del ordenamiento italiano*, cit., p. 104.

*Statuto dei Lavoratori* y al pago de una indemnización resarcitoria proporcional obtenida desde la fecha del despido hasta la efectiva reintegración debiéndose restar lo percibido en el período de expulsión por llevar a cabo otros trabajos.

En cualquier caso la compensación de la indemnización resarcitoria no puede ser superior a doce meses de retribución: en efecto, en esta indemnización resarcitoria se interpone un límite máximo de doce mensualidades al mismo tiempo que se elimina el límite mínimo de cinco mensualidades. En otros términos, la indemnización podrá ir desde cero meses hasta un máximo de doce mensualidades. Por tanto, la *tutela reintegratoria con indennità limitata* se diferencia de la *tutela reintegratoria piena* por establecer un límite máximo y eliminar el mínimo.

Límite máximo que claramente actúa en contra de los intereses del trabajador aun cuando vea estimada su pretensión. Para confirmar tal apreciación simplemente observemos los casos en los que la pretensión sea rechazada en primera instancia y admitida en proceso posterior por vía de recurso. Es un caso común en nuestros tribunales en el que –con total seguridad– la duración del procedimiento se prolongará fácilmente más allá de doce meses –donde el límite máximo actuará en la indemnización favoreciendo al empresario–<sup>1356</sup>.

Por otro lado, esta *tutela reintegratoria con indennità limitata*, además de aplicarse al despido disciplinario que se acaba de comentar, también desprenderá efectos en despidos objetivos<sup>1357</sup>. De acuerdo con el artículo 18.7 del *Statuto dei Lavoratori*<sup>1358</sup>, el tribunal aplicará las mismas consecuencias que el artículo 18.4 del *Statuto dei Lavoratori*, en los siguientes casos: a) los despidos por falta de motivo objetivo legítimo que determine la inexistencia de los hechos que fundamentan o en los que se advierta la base del despido: es decir, cuando el despido se considera “*manifestamente infundado*”<sup>1359</sup> –*manifesta insussistenza*<sup>1360</sup>–; b) los despidos por causas objetivas que se produzcan ante la inidoneidad física o psíquica del trabajador<sup>1361</sup> o los despidos por violación de las reglas contenidas en el artículo 2110.2 del *Codice*

<sup>1356</sup> ARRIGO, G.: “Apuntes críticos sobre la reciente reforma del mercado de trabajo italiano”, en *Revista de Trabajo*, cit., p. 69.

<sup>1357</sup> Vid. GUINDO MORALES, S.: “Despido por circunstancias objetivas: garantías formales y procedimentales (pagaré como instrumento variable para el abono de la indemnización: STS 536/2016, 21 de junio)”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, cit., *passim*.

<sup>1358</sup> Para mayor abundamiento, ZOLI, C.: “Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegra e tutela indennitaria”, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, cit., p. 664 y ss.

<sup>1359</sup> “*La manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo*”.

<sup>1360</sup> Se recomienda *vid.* LASSANDARI, A.: “L’ingiustificatezza qualificata del licenziamento”, en *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, cit., pp. 44 y ss.

<sup>1361</sup> CASALE, D.: “Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità psicofisica permanente”, en CARINCI, F. y MAINARDI, S. (a cura di): *La terza riforma del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, Ipsoa, 2011, pp. 547 y ss.

*Civile*<sup>1362</sup>. En los otros casos de despido ilegítimo por justificado motivo objetivo, es decir, en caso de constatar que no concurren los presupuestos del despido motivado por razones objetivas, el precepto se remite al artículo 18.5: la denominada “*indennización fuerte*”<sup>1363</sup>.

Además el empresario también está obligado al pago de las contribuciones a la Seguridad Social desde la fecha del despido hasta la de reincorporación efectiva. Siguiendo la orden de reincorporación la relación laboral se considera terminada cuando el empleado no ha asumido el servicio dentro de los treinta días siguientes desde la invitación del empresario para reincorporarse al trabajo; salvo que haya solicitado la indemnización sustitutiva de la readmisión en el puesto de trabajo –tal como establece el párrafo tercero del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*–<sup>1364</sup>.

### 1.3 La *tutela indennitaria forte* o indemnización fuerte

De acuerdo con el artículo 18.5 del *Statuto dei Lavoratori* –como novedad de la *legge 92/2012, di 28 giugno, disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*– cuando el juez, en circunstancias en las que comprueba que no se cumplen los extremos del justificado motivo subjetivo o de la justa causa aducida por el empresario, declarará resuelto el contrato de trabajo con efectos desde la fecha del despido, condenando al empleador al pago de una indemnización resarcitoria que abarque un mínimo de doce meses y un máximo de veinticuatro mensualidades. Indemnización económica con la que se extingue la relación laboral –con el objetivo de obviar la readmisión del empleado– y que deberá ser valorada y motivada por el propio

---

<sup>1362</sup> “*Per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, ovvero che il licenziamento è stato intimato in violazione dell'articolo 2110, secondo comma, del codice civile*”.

<sup>1363</sup> “*Nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo, il giudice applica la disciplina di cui al quinto comma*”.

<sup>1364</sup> Artículo 18.4. “*Il giudice, nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro di cui al primo comma e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione. In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione, maggiorati degli interessi nella misura legale senza applicazione di sanzioni per omessa o ritardata contribuzione, per un importo pari al differenziale contributivo esistente tra la contribuzione che sarebbe stata maturata nel rapporto di lavoro risolto dall'illegittimo licenziamento e quella accreditata al lavoratore in conseguenza dello svolgimento di altre attività lavorative. In quest'ultimo caso, qualora i contributi afferiscano ad altra gestione previdenziale, essi sono imputati d'ufficio alla gestione corrispondente all'attività lavorativa svolta dal dipendente licenziato, con addebito dei relativi costi al datore di lavoro. A seguito dell'ordine di reintegrazione, il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso in cui abbia richiesto l'indennità sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro ai sensi del terzo comma*”.

juzgador teniendo en cuenta, además de la propia antigüedad del trabajador despedido, el número de empleados en la empresa, las dimensiones de la actividad económica que desarrolla la compañía y el comportamiento y las condiciones impuestas de las partes<sup>1365</sup>. En este caso la indemnización está acompañada de un elenco de criterios para su delimitación que vincula subjetivamente y por completo al juzgador<sup>1366</sup>.

De acuerdo con el artículo 18.7 del *Statuto dei Lavoratori*<sup>1367</sup>, en los otros casos de despido ilegítimo por justificado motivo objetivo, es decir, cuando se constate que no concurren los presupuestos del despido motivado por razones objetivas, el juez deberá aplicar la sanción del artículo 18.5 del *Statuto dei Lavoratori*: en otros términos, declarará resuelto el contrato de trabajo condenando al empleador al pago de una indemnización resarcitoria que abarque un mínimo de doce meses y un máximo de veinticuatro mensualidades.

Como puede observarse la sanción económica a imponer queda sometida a la interpretación y valoración que el juzgador realice en torno a la gravedad de los hechos que han motivado el despido. Por tanto, la tutela indemnizatoria fuerte se aplicará a todos los despidos que no tenga cabida en la tutela de reincorporación del trabajador con indemnización limitada –así como a los casos de despido económico salvo insuficiencia de razones objetivas y productivas–.

La diferencia entre aplicar, o bien la reincorporación con indemnización limitada de los artículos 18.4 y 18.7 del *Statuto dei Lavoratori* por inexistencia absoluta del motivo subjetivo/objetivo justificado o la justa causa alegada –readmisión más indemnización resarcitoria no superior a doce meses de retribución–, o bien la indemnización fuerte de los artículos 18.5 y 18.7 del *Statuto dei Lavoratori* – indemnización resarcitoria que abarque un mínimo de doce meses y un máximo de veinticuatro mensualidades, sin readmisión alguna– va a depender de la consideración del juzgador sobre las circunstancias existentes: es decir, si las mismas son más o menos graves; en otros términos, si son extremos abiertamente inexistentes o existe mínima fundamentación.

Considerando el incumplimiento del trabajador con los agravantes y las atenuantes, filtrándolo a través del criterio de proporcionalidad, deberá decidir el juez

---

<sup>1365</sup> Artículo 18.5. “Il giudice, nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo”.

<sup>1366</sup> CARINCI, F.: “Complimenti, Dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro”, en *Il Lavoro nella giurisprudenza*, cit., p. 547.

<sup>1367</sup> “Nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo, il giudice applica la disciplina di cui al quinto comma”.

teniendo en cuenta el grado de gravedad: evaluará si existe incumplimiento o no, y en caso de que exista incumplimiento, deberá decidir si la condena al empresario es, por un lado, la readmisión del trabajador con indemnización –reincorporación con indemnización limitada– o, por otro, la extinción del contrato con indemnización – indemnización fuerte sin readmisión–. En este caso deberá hacer una elección. Esta depende del motivo por el que se ha considerado injustificado el despido: si es por inexistencia del hecho sobre la que se fundamenta la extinción –*per insussistenza del fatto contestato*, que equivale a un comportamiento activo u omisivo que conlleva, a juicio del empresario, un incumplimiento<sup>1368</sup> – o de las conductas punibles sustentadas sobre la base de las previsiones de los convenios colectivos o códigos disciplinarios aplicables –*il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili*–, el juzgador, en ambos casos, podrá anular el despido condenando al empresario a la readmisión “*attenuata*” del trabajador –reincorporación con indemnización limitada–; si es por otra hipótesis –circunstancias en las que comprueba que no se cumplen los extremos del justificado motivo subjetivo o de la justa causa aducida por el empresario–, el juez declarará resuelto el contrato de trabajo confirmando el despido indebido pero condenando al empresario con la indemnización resarcitoria fuerte –por lo que no existirá readmisión–<sup>1369</sup>. Lo importante es que la readmisión o no del trabajador por despido no lícito, al final, dependerá de la elección del juzgador y de su propia subjetividad.

En efecto, con la reforma Fornero del año 2012, el legislador más que una colaboración solicita una extensa complicidad por parte del juez<sup>1370</sup>.

#### **1.4 La tutela *indennitaria ridotta* o mecanismos de protección reducida**

De acuerdo con el artículo 18.6 del *Statuto dei Lavoratori*, en el supuesto de que el despido sea declarado ineficaz por el incumplimiento de los requisitos del artículo 2.2 de la *legge 604/1966, di 15 luglio, norme sui licenziamenti individuali*<sup>1371</sup>, o del procedimiento del artículo 7 del *Statuto dei Lavoratori* y del artículo 7 de la *legge 604/1966, di 15 luglio*, –los artículos citados se refieren a la ausencia de motivación<sup>1372</sup>, comunicación y procedimiento del despido–, se aplicará el régimen del artículo 18.5 del *Statuto dei Lavoratori*, –es decir, declarará resuelto el contrato de trabajo con efectos

---

<sup>1368</sup> CARINCI, F.: “Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare”, en *Il lavoro nella giurisprudenza*, cit., p. 12.

<sup>1369</sup> CARINCI, F.: “Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, cit., p. 494.

<sup>1370</sup> CARINCI, F.: “Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare”, en *Il lavoro nella giurisprudenza*, cit., p. 10.

<sup>1371</sup> “La comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato”.

<sup>1372</sup> CARINCI, F.: “Il licenziamento inefficace per la riforma Fornero”, en *Il Lavoro nella giurisprudenza*, núm. 10, 2012, p. 870.

desde la fecha del despido— pero con una asignación al empleado de una indemnización resarcitoria en relación a la gravedad del incumplimiento formal o del procedimiento, resarcimiento que oscilará entre un mínimo de seis meses y un máximo de doce mensualidades de la retribución, con la carga específica del juzgador de motivar la indemnización, a excepción de que sobre la base de la petición del trabajador compruebe que también existe un defecto de justificación del despido, en cuyo caso deberá aplicar, en lugar de lo previsto en este párrafo, las garantías establecidas en los párrafos cuarto, quinto o séptimo del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori* —cuyas consecuencias jurídicas son más gravosas—<sup>1373</sup>.

En efecto, y más tras la reforma operada por la citada *legge 92/2012, di 28 giugno, disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, cuando se produzcan vicios que determinen un incumplimiento contractual regulado por el artículo del 7 *Statuto dei Lavoratori* se aplicará la indemnización reducida de seis a doce meses.

### 1.5 Características de aplicación del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*

De acuerdo con el artículo 18.8 del *Statuto dei Lavoratori*<sup>1374</sup>, los párrafos cuatro a siete del mismo artículo son aplicables al empresario que en cualquier sede, establecimiento, filial, oficina o departamento independiente posea más de quince empleados o más de cinco si se trata de emprendedor agrícola, así como el empresario —emprendedor o no— que en el ámbito del mismo municipio posea más de quince dependientes o empresa agrícola de una misma zona geográfica que posea más de cinco empleados, también cada una de las unidades productivas singularmente consideradas, y, en todo caso, al empresario —emprendedor o no— que posea más de sesenta trabajadores a su cargo —en total, sin tener en cuenta las unidades productivas—<sup>1375</sup>. En cualquier caso no creemos que los niveles de ocupación en la empresa constituyan un

<sup>1373</sup> Artículo 18.6. “*Nell'ipotesi in cui il licenziamento sia dichiarato inefficace per violazione del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, della procedura di cui all'articolo 7 della presente legge, o della procedura di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, si applica il regime di cui al quinto comma, ma con attribuzione al lavoratore di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, con onere di specifica motivazione a tale riguardo, a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento, nel qual caso applica, in luogo di quelle previste dal presente comma, le tutele di cui ai commi quarto, quinto o settimo*”.

<sup>1374</sup> Para mayor abundamiento, *vid.* PERA, G.: “Licenziamenti: I”, en AA. VV.: *Enciclopedia giuridica*, Volume XIX Libertà - Memoria, Tomo I Libertà - Luogotenenza, cit., pp. 11 y ss.

<sup>1375</sup> Artículo 18.8. “*Le disposizioni dei commi dal quarto al settimo si applicano al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento occupa alle sue dipendenze più di quindici lavoratori o più di cinque se si tratta di imprenditore agricolo, nonché al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che nell'ambito dello stesso comune occupa più di quindici dipendenti e all'impresa agricola che nel medesimo ambito territoriale occupa più di cinque dipendenti, anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti, e in ogni caso al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che occupa più di sessanta dipendenti*”.

parámetro correcto y representativo de la capacidad económica de la empresa moderna –menos teniendo en cuenta las tecnologías y la vanguardia actual–.

De acuerdo con el artículo 18.9 del *Statuto dei Lavoratori*, con la finalidad de determinar los niveles de ocupación en la empresa, se tendrán en cuenta el número de trabajadores con contrato indeterminado a tiempo parcial para la cuota del horario efectivamente desarrollado, incluyéndose a los jóvenes con contrato de formación y los *part-time*, sin obviar que, a tal propósito, el cómputo de las unidades de trabajo hace referencia al horario previsto de la contratación colectiva del sector. Además, para este cómputo de niveles de empleo en la empresa, no se tendrán en cuenta ni al cónyuge, ni a los parientes del empresario hasta el segundo grado de consanguinidad en línea directa o colateral<sup>1376</sup>. Teniendo en cuenta lo anterior, la estrategia de las pequeñas y medianas empresas ha sido la de contratar pocos empleados a tiempo indeterminado rellenando personal a través de ficticios colaboradores o parientes, obviamente, con la finalidad de no superar los límites establecidos en el citado precepto. De acuerdo con la circular del *ministerio del lavoro* de fecha 16 de enero de 2013, a los fines de la comprobación de los presupuestos numéricos, se computan todos los trabajadores subordinados, teniendo en cuenta la ocupación normal de la empresa; es decir, se computan, entonces, los trabajadores subordinados en servicio en el período de seis meses anteriores a la fecha del despido y no los trabajadores sucesivos existentes después del preaviso<sup>1377</sup>.

Más detalladamente se excluyen del cómputo los siguientes trabajadores: el cónyuge y los parientes del empresario hasta el segundo grado en línea directa y colateral; los aprendices; los trabajadores suministradores; los trabajadores contratados para ser empleados en trabajos socialmente útiles o de pública utilidad; los trabajadores contratados con contrato de reinserción; los socios de cooperativas y los colaboradores autónomos o parasubordinados; y los trabajadores contratados con la finalidad de cubrir momentáneamente contingencias y excepciones de las exigencias de la empresa<sup>1378</sup>.

Por otro lado, el artículo 18 no será de aplicación cuando el despido afecte al personal directivo<sup>1379</sup>, se produzca durante el período de prueba, por rescisión *ante*

---

<sup>1376</sup> Artículo 18.9. “*Ai fini del computo del numero dei dipendenti di cui all'ottavo comma si tiene conto dei lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato parziale per la quota di orario effettivamente svolto, tenendo conto, a tale proposito, che il computo delle unità lavorative fa riferimento all'orario previsto dalla contrattazione collettiva del settore. Non si computano il coniuge e i parenti del datore di lavoro entro il secondo grado in linea diretta e in linea collaterale. Il computo dei limiti occupazionali di cui all'ottavo comma non incide su norme o istituti che prevedono agevolazioni finanziarie o creditizie*”.

<sup>1377</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 22614, de fecha 3 de septiembre de 2008.

<sup>1378</sup> COLOMBO, A., RIPA, A. y VARESI, A.: *Licenziamento. Gestione, procedura e casistica*, cit., p. 164.

<sup>1379</sup> Sobre el despido del personal directivo en España, *vid.* ORTEGA LOZANO, P. G.: “Configuración jurídica de la relación especial del personal de alta dirección: reforma del derecho de sociedades. Efectos de la transmisión de la empresa o del cambio de titularidad en el personal directivo”, en PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L. (Dir.), VALENZUELA GARACH, J. (Coord.) e PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, F. J. (Coord.) *et al.*: *Reformas en Derecho de sociedades*, Madrid, Marcial Pons, 2017, *passim*. ORTEGA LOZANO, P. G. y NAVARRO CONTRERAS, C. C.: “Extinción del

*tempus* del contrato de trabajo temporal, así como para todos los demás contratos que accedan a un plazo final como los contratos de suministro o trabajos por encargo<sup>1380</sup>.

## 2. La tutela frente al despido ilegítimo: tutela real y tutela obligatoria

En Italia localizamos dos tipos de tutela frente al despido ilegítimo: tutela real y tutela obligatoria<sup>1381</sup>. Tutela obligatoria prevista en el artículo 8 de la *legge 604/1966, di 15 luglio, norme sui licenziamenti individuali*, destinada a los empresarios que no superen determinados niveles de empleo en su empresa; y tutela real prevista en el artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*, aplicable para las empresas que sí sobrepasen dichos umbrales –como acabamos de comentar–.

La tutela real<sup>1382</sup> –deducida del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*, precepto denominado tiempo atrás por la doctrina como la “*madre de todas las tutelas*”<sup>1383</sup>, ahora rubricado como “*tutela del trabajador en caso de despido ilegítimo*”<sup>1384</sup> y antiguamente como “*readmisión en el puesto de trabajo*”<sup>1385</sup>– ordena al empleador, empresario o dueño del negocio a la readmisión del empleado<sup>1386</sup>. En efecto, la tutela real obliga a la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo<sup>1387</sup>. Pero una vez dictada sentencia de readmisión, el trabajador podrá decidir la resolución del contrato de trabajo, de acuerdo con el párrafo 3 del citado artículo, sustituyendo la readmisión por la indemnización – indemnización igual a la remuneración total de quince mensualidades– lo que podemos denominar tutela de tipo resarcitorio<sup>1388</sup>. Tutela real que solo recaerá sobre aquellos empresarios que cuenten con más de quince trabajadores en la unidad productiva –cinco

---

contrato de trabajo del personal de alta dirección por voluntad del empresario: Despido disciplinario y cláusulas de blindaje”, en *Economist & Jurist*, núm. 198, 2016, pp. 44 y ss. En relación a la causa justa disciplinaria de la buena fe contractual, *vid.* MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: “Despido de alto directivo. Derecho al honor y a la propia imagen y transgresión de la buena fe contractual: SJS n°4 Alicante 15 Marzo 2012 (AS 2012, 216)”, en *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 4, 2012, pp. 57 y ss.

<sup>1380</sup> CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. y TREU, T.: *Diritto del Lavoro: il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 427.

<sup>1381</sup> *Vid.* FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 632 y 633.

<sup>1382</sup> Para mayor abundamiento, *vid.* NAPOLI, M.: *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., *passim*.

<sup>1383</sup> CESTER, C.: “Il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo”, en *Giurisprudenza italiana*, núm. 1, 2014, p. 194.

<sup>1384</sup> Tras la reforma del año 2012 pasa a denominarse “*tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo*”.

<sup>1385</sup> CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. y TREU, T.: *Diritto del Lavoro: il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 380.

<sup>1386</sup> *Vid.* GRANDI, M. y PERA, G. (a cura di) *et al: Commentario breve allo Statuto dei lavoratori*, Padova, Cedam, 1985, p. 70.

<sup>1387</sup> GALANTINO, L.: “Verso una disciplina unitaria del recesso del datore di lavoro”, en *Rivista di diritto de lavoro*, núm. 1, 1990, p. 171.

<sup>1388</sup> MAINARDI, S.: “Prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore tra vecchi e nuovi concetti di stabilità del rapporto di lavoro”, en *Giurisprudenza italiana*, cit., p. 886.



trabajadores si son empresarios agrícolas– y siempre sobre aquellos que tengan más de sesenta trabajadores en total.

Pero lo cierto es que tras la reforma laboral italiana del año 2012 podría afirmarse que, al permitir ahora el artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori* la extinción a cambio de una indemnización, la tutela real verdaderamente ha quedado reducida tan solo a supuestos específicos –que ya hemos comentado– donde el empleado es eficazmente readmitido en la empresa que le despidió –por tanto, a nuestro juicio, no todo el artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori* establece la tutela real como antiguamente ocurría; actualmente la tutela real se recoge en los párrafos 1, 4 y 7 del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*–. Readmisión consistente en una obligación de hacer que no puede ejecutarse forzosamente necesitando, al respecto, de medidas eficaces de coacción indirecta. Es una actividad no fungible<sup>1389</sup>, por lo que no puede ser desarrollada por otras personas sino únicamente por el deudor, en este caso, el empresario, donde debe destacarse el carácter personalísimo de la obligación intransferible e intransmisible. En este plano se contraponen el principio de libertad de iniciativa económica –artículo 41 de la Constitución Italiana–<sup>1390</sup> y el principio del derecho al desarrollo de la profesionalidad –artículo 4 de la Constitución Italiana<sup>1391</sup>–; principios entre los que debe buscarse un equilibrio donde parece que el legislador –véase el artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*– prefiere atribuir prevalencia a la libertad de organización y gestión de empresa<sup>1392</sup>.

Para la tutela obligatoria, debemos remitirnos al artículo 8 de la *legge 604/1966, di 15 luglio, norme sui licenziamenti individuali* –y, a partir de la reforma del año 2012, consideramos que también a determinados preceptos del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori* (párrafos 5, 6 y 7)–. Cuando no sea aplicable el artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori* por no reunir las condiciones indicadas, se aplicará el artículo 8 de la *legge 604/1966, di 15 luglio*. De acuerdo con el citado precepto<sup>1393</sup>, “*quando estemos ante un despido ilegítimo anulable por justa causa o justificado motivo, el empresario tendrá que reasumir –recontratación– al trabajador en el plazo de tres días o, en su defecto, compensarle el daño con una indemnización entre un mínimo de dos con cinco y un máximo de seis mensualidades, teniendo en cuenta el número de trabajadores*

<sup>1389</sup> Sobre el concepto de fungibilidad, *vid.* D’ANTONA, M.: *La reintegrazione nel posto di lavoro: art. 18 dello statuto dei lavoratori*, cit., pp. 175 y ss.

<sup>1390</sup> “*L’iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*”.

<sup>1391</sup> “*La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto. Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un’attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società*”.

<sup>1392</sup> NOGLER, L.: *La regulación de los despidos individuales en la época de equilibrio entre los “principios” constitucionales: estudio a la luz del ordenamiento italiano*, cit., pp. 94 y 95.

<sup>1393</sup> *Vid.* ZOLI, C.: “*La legge n. 183/2010: le novità in materia di licenziamento*”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, cit., pp. 848 y 849.

*ocupados, el tamaño de la empresa, la antigüedad del empleado, el comportamiento y las condiciones de las partes. La indemnización podrá aumentarse hasta diez meses de salario para el empleado con antigüedad superior a diez años y hasta catorce meses con antigüedad superior a veinte años, si el empresario posee más de quince trabajadores*”<sup>1394</sup>.

En efecto, la tutela obligatoria comprende el espacio de las pequeñas empresas y consiste en emplear de nuevo –reasunción o recontractación por parte del empresario– al empleado despedido de manera ilegítima –opción que nunca ocurre por ser decisión del empresario– o, en su defecto, pagar una indemnización por la cantidad mencionada<sup>1395</sup>. Aquí hay que detenerse en la diferencia entre “*reintegrazione*” y “*riassunzione*”: en efecto la “*riassunzione*” del artículo 8 de la *legge 604/1966, di 15 luglio*<sup>1396</sup>, determina la reconstitución *ex nunc* de la relación de trabajo como oferta del empresario de reiniciar la prestación pero como una nueva relación de trabajo que debe ser aceptada por el empleado según las reglas generales de formación de los contratos<sup>1397</sup>, a diferencia del modelo de “*reintegrazione*” del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*, donde se reincorpora el trabajador a la misma relación laboral<sup>1398</sup>. Se desprende como la configuración de la tutela real se ha constituido de forma estructuralmente incompatible con las empresas de dimensión ocupacional pequeña<sup>1399</sup>. El régimen de tutela obligatoria, de acuerdo con el artículo 4 de la *legge 604/1966, di 15 luglio*, se aplicará también en los despidos por empresarios no emprendedores que desarrollan actividad sin ánimo de lucro o actividad de naturaleza política, sindical, cultural, de religión o de culto con independencia del número de trabajadores ocupados –son las denominadas empresas de tendencia–: es decir, aun cuando tengan más de sesenta trabajadores se aplicará la tutela obligacional.

El incumplimiento del trabajador es un hecho que adquiere identidad e importancia solo si se adopta como motivo de despido disciplinario por parte del

<sup>1394</sup> “*Quando risulti accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, il datore di lavoro é tenuto a riassumere il prestatore di lavoro entro il termine di tre giorni o, in mancanza, a risarcire il danno versandogli un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti. La misura massima della predetta indennità può essere maggiorata fino a 10 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai dieci anni e fino a 14 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai venti anni, se dipendenti da datore di lavoro che occupa più di quindici prestatori di lavoro*”.

<sup>1395</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) et al: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 632.

<sup>1396</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 5715, de fecha 23 de septiembre de 1986.

<sup>1397</sup> DI CERBO, V. y SIMEOLI, D.: “Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali”, en AMOROSO, G., DI CERBO, V. y MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 1625.

<sup>1398</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 2846, de fecha 26 de febrero de 2002.

<sup>1399</sup> ROMAGNOLI, U.: “Piccole imprese e grandi traumi”, en *Lavoro e Diritto*, núm. 4, 1990, p. 525.

empresario. La noción de justa causa y justificado motivo son normas generales o cláusulas generales, es decir, individualizadas y definidas realmente por el juez –por tanto, normas incompletas<sup>1400</sup>–, que, en el sentido del artículo 30.3 de la *legge 183/2010, di 4 novembre, Collegato Lavoro*, debería mirar al convenio colectivo: “*en la evaluación de las motivaciones del despido, el juez para examinar la justa causa y el justificado motivo tiene que observar los convenios colectivos de trabajo de los sindicatos más representativos o en los contratos individuales estipulados*”<sup>1401</sup>. Debe tener en cuenta la dimensión y la actividad que se desempeña en la empresa, su situación en el mercado de trabajo, la antigüedad y condiciones del trabajador, así como el comportamiento de las partes antes del despido. Es esta una fórmula que revela la intención del legislador de limitar la discrecionalidad del juez sustentándola en los convenios colectivos<sup>1402</sup>. Una discrecionalidad de facto, no una discrecionalidad integrativa o productiva de la norma; en efecto, el legislador ha valorado el equilibrio de los intereses contrapuestos en juego<sup>1403</sup>.

Por tanto, y del término “*reasunción*” utilizado por el legislador italiano, tras la declaración del despido como ilegítimo, el empresario podrá decidir entre reconstruir *ex novo* la relación de trabajo o pagarle al trabajador una indemnización –esta última es la opción más utilizada en la práctica judicial–. En efecto, y de acuerdo con la *Corte Costituzionale*, cuando el empresario no opta por la reincorporación al puesto de trabajo del empleado deberá indemnizarle conforme las instrucciones del artículo 8 de la *legge 604/1966, di 15 luglio*, sin darle mayor importancia a las razones que han motivado el despido<sup>1404</sup>. No obstante, si es el trabajador el que decide no incorporarse al puesto de trabajo podrá exigirle al empresario que le pague la indemnización correspondiente<sup>1405</sup>. Además de la citada indemnización que extingue la relación laboral, la jurisprudencia

---

<sup>1400</sup> ZOLI, C.: “La legge n. 183/2010: le novità in materia di licenziamento”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, cit., pp. 834 y 835.

<sup>1401</sup> “*Nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l’assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni. Nel definire le conseguenze da riconnettere al licenziamento ai sensi dell’ articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, il giudice tiene egualmente conto di elementi e di parametri fissati dai predetti contratti e comunque considera le dimensioni e le condizioni dell’attività esercitata dal datore di lavoro, la situazione del mercato del lavoro locale, l’anzianità e le condizioni del lavoratore, nonché il comportamento delle parti anche prima del licenziamento*”.

<sup>1402</sup> CARINCI, F.: “Ripensando il “nuovo” art. 18 dello Statuto dei lavoratori”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, cit., p. 493.

<sup>1403</sup> ZOLI, C.: “I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, cit., pp. 39 y 40.

<sup>1404</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 44, de fecha 23 de febrero de 1996.

<sup>1405</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 2846, de fecha 26 de febrero de 2002.

ha admitido que el trabajador pueda también percibir una indemnización sustitutiva del preaviso<sup>1406</sup>.

En suma, la readmisión del empleado –tutela real– en el puesto de trabajo en caso de despido disciplinario solo se producirá cuando se cumplan los requisitos referidos a la dimensión de la empresa –artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*–, a excepción del despido nulo o discriminatorio que siempre ordenará la readmisión al puesto de trabajo independientemente del número de trabajadores. En caso de que no se cumplan con los citados requisitos se aplicará la tutela obligatoria<sup>1407</sup>.

En definitiva, y dependiendo de la dimensión de la empresa, se aplicará la tutela real o la tutela obligatoria<sup>1408</sup>. Tutela real que pretende la continuidad de la relación laboral y garantizar la readmisión del empleado sobre el presupuesto de la inidoneidad de la rescisión ilegítima para resolver el contrato de trabajo; en cambio, la tutela obligatoria comparte la garantía patrimonial sobre el presupuesto de la idoneidad de la rescisión ilegítima para extinguir el contrato de trabajo<sup>1409</sup>.

Debe destacarse que en Italia, a partir de la *legge 108/1990, di 11 maggio*, el despido libre del artículo 2118 del *Codice Civile* como negocio jurídico unilateral es una excepción<sup>1410</sup>, lo que significa que el despido del empleado debe quedar siempre justificado –en caso contrario la extinción será ilegítima– salvo en contadas ocasiones. En efecto se localiza una categoría de trabajadores excluidos del despido justificado y que, en sustento del artículo 2118 del *Codice Civile*, pueden ser despedidos libremente –despido *ad nutum*<sup>1411</sup>– a saber: a) empleados de hogar y deportistas profesionales; b) trabajadores durante el período de prueba<sup>1412</sup>; c) trabajadores ancianos, es decir, empleados que deciden continuar en su puesto de trabajo aun cuando han alcanzado la edad de jubilación y los requisitos de la correspondiente pensión<sup>1413</sup>; d) personal directivo o de alta dirección; y e) aprendices al término del contrato en formación y

<sup>1406</sup> Sentenza della Corte di Cassazione núm. 13732, de fecha 14 de junio de 2006.

<sup>1407</sup> ALLEVA, P. G.: “L’ambito di applicazione della tutela reale contro i licenziamenti”, en CARINCI, F. y NAPOLI, M. (a cura di) *et al: La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, cit., p. 50.

<sup>1408</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 632.

<sup>1409</sup> BOZZAO, P.: “I primi passi del Jobs Act: ambizioni, incertezze e difficili equilibri”, en *Federalismi: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, cit., pp. 5 y 6.

<sup>1410</sup> PERA, G.: “Licenziamenti: I”, en AA. VV.: *Enciclopedia giuridica*, Volume XIX Libertà - Memoria, Tomo I Libertà - Luogotenenza, cit., p. 2.

<sup>1411</sup> VALLEBONA, A.: *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, cit., pp. 615 y ss.

<sup>1412</sup> *Vid.* NAVILLI, M.: “Il periodo di prova nel pubblico impiego privatizzato e l’obbligo di indicare per iscritto le mansioni da espletare”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, núm. 6, 2006, pp. 1763 y ss.

<sup>1413</sup> *Vid.* CASALE, D.: “Il licenziamento del personale pubblico (dirigente) con quaranta anni di anzianità contributiva ex art. 72 del d.l. n. 112/2008”, en *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, núm. 6, 2008, pp. 1058 y ss.

siempre que medie el plazo de preaviso. En estos casos no se aplica la legislación limitativa del poder de despedir del empresario encontrando total aplicación, al respecto, los artículos 2118 y 2119 del *Codice Civile*.

Por último, debemos hacer especial mención al tratamiento de fin de la relación y que responde a las siglas TFR<sup>1414</sup>. Se trata de una especie de liquidación económica a la que el empleado tiene derecho sea cual sea el motivo de resolución del contrato de trabajo. El mismo no posee carácter indemnizatorio sino que forma parte de la liquidación del vínculo contractual. En efecto, la antigüedad en la empresa del trabajador adquiere especial relevancia al momento de cesación del contrato de trabajo pues dependiendo de la duración de la propia relación laboral, el trabajador tendrá derecho a percibir el correspondiente TFR que equivaldrá –prácticamente– a una mensualidad por cada año de servicio desarrollado.

Al respecto, es la *legge 297/1982, de 29 maggio, disciplina del trattamento di fine rapporto e norme in materia pensionistica*, en relación con el artículo 2120 del *Codice Civile*, la encargado de regular este instrumento de financiación. De acuerdo con esta figura jurídica exclusiva del sistema italiano, el trabajador en cada caso de finalización de la relación laboral, tendrá derecho a una determinada cantidad económica –además de la del despido en caso de que así proceda–. Para su cálculo económico establece el artículo 2120 del *Codice Civile* lo siguiente: “*en cada caso de extinción de la relación de trabajo subordinado, el trabajador tiene derecho al tratamiento de fin de la relación. Tal tratamiento se calcula sumando por cada año de servicio una cuota igual y no superior al importe de la retribución debida por el mismo año dividida en 13,5. La cuota es proporcionalmente reducida por la fracción del año, computándose como meses enteros las fracciones de meses iguales o superiores a quince días*”<sup>1415</sup>.

### **3. Régimen flexible del despido a partir de la vigencia del Decreto Legislativo 23/2015, 4 marzo, disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti**

A partir del *Decreto Legislativo 23/2015, 4 marzo, disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183*, los problemas de flexibilidad del despido<sup>1416</sup>, sin duda, han aumentado. Este texto introduce en el ordenamiento jurídico un nuevo contrato

---

<sup>1414</sup> En derecho italiano es el denominado “*trattamento di fine rapporto*”.

<sup>1415</sup> “*In ogni caso di cessazione del rapporto di lavoro subordinato, il prestatore di lavoro ha diritto ad un trattamento di fine rapporto. Tale trattamento si calcola sommando per ciascun anno di servizio una quota pari e comunque non superiore all'importo della retribuzione dovuta per l'anno stesso divisa per 13,5. La quota è proporzionalmente ridotta per le frazioni di anno, computandosi come mese intero le frazioni di mese uguali o superiori a 15 giorni*”.

<sup>1416</sup> Para mayor abundamiento, *vid.* LASSANDARI, A.: “L'ordinamento perduto”, en *Lavoro e Diritto*, *cit.*, *passim*.

indefinido de trabajo con tutela creciente en función de la antigüedad, contrato de trabajo que constituye una relación laboral a tiempo indefinido pero que puede resolverse de manera mucho más flexible.

Este tipo de contrato es fruto de la reforma italiana del *Jobs Act*<sup>1417</sup>, pretendiendo constituir un adecuado soporte al trabajador que se le ha cesado en la relación laboral<sup>1418</sup>. Se trata de medidas que se introducen en el interior del más amplio proceso de reforma estructural de Italia con objeto de favorecer, de una parte, una nueva y sostenible recuperación del crecimiento del empleo y, de otra, la salida de la crisis financiera y de los objetivos de equilibrio del presupuesto financiero<sup>1419</sup>.

Este nuevo contrato y su régimen de despido se empezó a aplicar a los contratos celebrados a partir de la vigencia del Decreto Legislativo –7 de marzo de 2015<sup>1420</sup>–, por lo que los contratos indefinidos anteriores a la entrada en vigor del citado texto normativo siguen aplicando la normativa anterior todavía plenamente vigente. En efecto, después del 7 de marzo de 2015, el despido será menos costoso y la sustitución de los trabajadores más fácil<sup>1421</sup>. Por tanto, la incertidumbre en la práctica judicial aumentará y, con ella, la inseguridad jurídica.

### 3.1. Consecuencias del despido a partir de la vigencia del *Decreto Legislativo 23/2015, 4 marzo*

#### a) Despido nulo

De acuerdo con el artículo 2 del *Decreto Legislativo 23/2015, 4 marzo*<sup>1422</sup>, –sus equivalentes se localizan en los artículos 18.1, 18.2 y 18.3 del *Statuto dei Lavoratori*– el

<sup>1417</sup> BOZZAO, P.: “Jobs Act o Jobs Aid? Appunti per un’agenda del lavoro in tempo di crisi”, en *Federalismi: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, núm. 5, 2014, *passim*.

<sup>1418</sup> LASSANDARI, A.: “La riforma del lavoro del Governo Renzi ed il sistema di relazioni sindacali”, en *Questione Giustizia*, núm. 3, 2015, pp. 47 y ss. LASSANDARI, A.: “La riforma del lavoro del Governo Renzi: il disegno e la realizzazione”, en *Corriere giuridico*, núm. 6, 2015, pp. 745 y ss.

<sup>1419</sup> Para mayor abundamiento sobre la reforma del *Jobs Act*, *vid.* BOZZAO, P.: “I primi passi del Jobs Act: ambizioni, incertezze e difficili equilibri”, en *Federalismi: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, cit., pp. 2 y 3.

<sup>1420</sup> Para una confrontación entre el régimen aplicable antes y después de la fecha citada, *vid.* CARINCI, F.: “Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (a sensi della bozza del D.Lgs. 24 dicembre 2014)”, en *Il Lavoro nella giurisprudenza*, núm. 2, 2015, pp. 113 a 121. LASSANDARI, A.: “La riforma del lavoro del Governo Renzi ed il sistema di relazioni sindacali”, en *Questione Giustizia*, cit., pp. 47 a 57. LASSANDARI, A.: “La riforma del lavoro del Governo Renzi: il disegno e la realizzazione”, en *Corriere giuridico*, cit., pp. 745 a 753.

<sup>1421</sup> BOZZAO, P.: “I primi passi del Jobs Act: ambizioni, incertezze e difficili equilibri”, en *Federalismi: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, cit., p. 6.

<sup>1422</sup> “1. Il giudice, con la pronuncia con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio a norma dell’articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto. A seguito dell’ordine di reintegrazione, il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro trenta giorni dall’invito del

juez que declara la nulidad del despido por considerarlo discriminatorio ordenará al empresario la readmisión del trabajador con independencia de la razón formalmente invocada. Igualmente, esta misma declaración de nulidad se aplica también al despido nulo por haber sido ejecutado en forma verbal.

Asimismo, el juez condenará al empresario al resarcimiento por los daños causados al empleado por el despido nulo. Para el resarcimiento, este artículo ha establecido una indemnización por el importe del salario dejado de percibir desde el mismo día del despido hasta el día efectivo de reingreso del trabajador, debiéndose deducir lo que se haya percibido por este tiempo por haber desarrollado otra actividad laboral. En todo caso, el importe de la citada indemnización nunca podrá ser inferior a cinco mensualidades. Además, el empresario será condenado también al ingreso de las cotizaciones correspondientes por este período.

Sin perjuicio de esta última indemnización, el trabajador podrá solicitar la sustitución de la readmisión al puesto de trabajo por una indemnización equivalente a quince mensualidades, sin obligación de cotizar al respecto.

Como puede observarse el régimen del despido nulo del contrato indefinido con tutela creciente es similar al régimen del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*.

b) Despido con incumplimiento del motivo subjetivo/objetivo justificado o la justa causa alegada

---

*datore di lavoro, salvo il caso in cui abbia richiesto l'indennità di cui al comma 3. Il regime di cui al presente articolo si applica anche al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale.*

*2. Con la pronuncia di cui al comma 1, il giudice condanna altresì il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata la nullità e l'inefficacia, stabilendo a tal fine un'indennità commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al período dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel período di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. In ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, per il medesimo período, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali.*

*3. Fermo restando il diritto al risarcimento del danno come previsto al comma 2, al lavoratore è data la facoltà di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, la cui richiesta determina la risoluzione del rapporto di lavoro, e che non è assoggettata a contribuzione previdenziale. La richiesta dell'indennità deve essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della pronuncia o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore alla predetta comunicazione.*

*4. La disciplina di cui al presente articolo trova applicazione anche nelle ipotesi in cui il giudice accerta il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68”.*

De acuerdo con el artículo 3.1 del *Decreto Legislativo 23/2015, 4 marzo*<sup>1423</sup>, –su equivalencia se localiza en el artículo 18.5 y 18.7 del *Statuto dei Lavoratori*– en aquellos casos en los que se demuestre que no concurren los requisitos del despido por justificado motivo subjetivo u objetivo o por justa causa, el juzgador declarará resuelta la relación laboral a la fecha del despido y condenará al empleador al pago de una indemnización económica, no sujeta a cotizaciones de Seguridad Social, por una cantidad equivalente a dos mensualidades de salario por cada año de servicio, con un mínimo de cuatro mensualidades y un máximo de veinticuatro.

En efecto, se reconoce una especie de “zona franca” para los primeros años de actividad laboral cubierta de una tutela indemnizatoria de medida creciente superada la fase inicial del ingreso en la empresa<sup>1424</sup>.

Como puede observarse, comparando ambos textos normativos, en el Decreto Legislativo se establece una indemnización mínima de dos meses por año de antigüedad, con un mínimo de cuatro mensualidades y un máximo de veinticuatro; y en el *Statuto dei Lavoratori* un mínimo de doce meses y un máximo de veinticuatro mensualidades.

Pero de acuerdo con el artículo 3.2 del *Decreto Legislativo 23/2015, 4 marzo*<sup>1425</sup>, –su equivalencia se localiza en el artículo 18.4 del *Statuto dei Lavoratori*– exclusivamente, en los casos de despido disciplinario por motivo justo subjetivo o justa causa –por tanto, no se aplica a los despidos objetivos– en los que se demuestre en el propio juicio la inexistencia del hecho material atribuido al trabajador –siendo indiferente cualquier evaluación sobre la desproporción del despido–, el juez anulará el

<sup>1423</sup> “1. Salvo quanto disposto dal comma 2, nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità”.

<sup>1424</sup> BOZZAO, P.: “Jobs Act o Jobs Aid? Appunti per un'agenda del lavoro in tempo di crisi”, en *Federalismi: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, cit., p. 7.

<sup>1425</sup> “2. Esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento, il giudice annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire accettando una congrua offerta di lavoro ai sensi dell'articolo 4, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, e successive modificazioni. In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria relativa al periodo antecedente alla pronuncia di reintegrazione non può essere superiore a dodici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, senza applicazione di sanzioni per omissione contributiva. Al lavoratore è attribuita la facoltà di cui all'articolo 2, comma 3”.



despido y condenará al empleador a la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo, así como al pago de una indemnización de resarcimiento por importe de los salarios dejados de percibir desde el día del despido hasta la fecha efectiva de reingreso al puesto de trabajo, debiéndose deducir lo que se haya percibido en este tiempo por haber desarrollado otra actividad laboral, así como la cantidad que hubiera podido percibir si hubiera aceptado una adecuada oferta de trabajo. En todo caso el importe de la indemnización de resarcimiento relativo al período anterior a la sentencia de readmisión –es decir, de los ingresos dejados de percibir– no podrá ser superior a doce mensualidades del salario. El empleador será condenado, además, a ingresar las cotizaciones correspondientes a este período de tiempo.

En este caso, también podrá el trabajador solicitar al empleador, en sustitución de la readmisión, una indemnización equivalente a quince mensualidades.

Como puede observarse, el régimen del despido por incumplimiento del motivo subjetivo justificado o la justa causa alegada –reiteramos que no se aplica al despido objetivo<sup>1426</sup>– del contrato indefinido con tutela creciente del Decreto Legislativo es similar al régimen del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*.

Lo más llamativo en la comparación entre el Decreto Legislativo y el *Statuto dei Lavoratori*, es la eliminación de la readmisión para los despidos por motivo objetivo justificado –despidos económicos– lo que va a producir un aumento de la utilización de esta forma de despedir: es decir, cuando se aplique este texto normativo, en los despidos objetivos ilegítimos, ya no cabrá la readmisión –como puede ocurrir con el *Statuto dei Lavoratori*– tan solo la indemnización económica.

#### c) Despido con incumplimiento de requisitos formales o de procedimiento

De acuerdo con el artículo 4 del *Decreto Legislativo 23/2015, 4 marzo*<sup>1427</sup>, –su equivalencia se localiza en el artículo 18.6 del *Statuto dei Lavoratori*– en el caso de que el despido se realice incumpliendo los preceptos ya citados y comentados al analizar la extinción del trabajador en referencia al *Statuto dei Lavoratori*, artículos que se refieren a la comunicación y procedimiento del despido, el juez declarará extinguida la relación laboral desde la fecha del despido y condenará al empresario al pago de una

---

<sup>1426</sup> Para un estudio interesante sobre garantías formales del despido por circunstancias objetivas, *vid.* GUINDO MORALES, S.: “Despido por circunstancias objetivas: garantías formales y procedimentales (pagaré como instrumento variable para el abono de la indemnización: STS 536/2016, 21 de junio)”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, cit., pp. 187 y ss.

<sup>1427</sup> “1. Nell'ipotesi in cui il licenziamento sia intimato con violazione del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge n. 604 del 1966 o della procedura di cui all'articolo 7 della legge n. 300 del 1970, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a dodici mensilità, a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle tutele di cui agli articoli 2 e 3 del presente decreto”.

indemnización no sujeta a cotizaciones por importe equivalente a una mensualidad por cada año de servicio, con un mínimo de dos meses y un máximo de doce mensualidades, a menos que el juez, a solicitud del trabajador, declare la aplicación en la tutela de los artículos 2 y 3 del presente decreto.

Como puede observarse, confrontando las consecuencias jurídico-económicas de ambos textos normativos, en el Decreto Legislativo se establece una indemnización mínimo de dos meses y un máximo de doce mensualidades, y en el *Statuto dei Lavoratori* un mínimo de seis meses y un máximo de doce mensualidades.

Continuando la comparación con el artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*, encontramos también dos diferencias más<sup>1428</sup>: una terminológica, ya que no se habla más de ineficacia en referencia a los vicios formales y del procedimiento; otra sustancial, pues no se menciona más el procedimiento conciliador del artículo 7 de la *legge 604/1966, di 15 luglio, norme sui licenziamenti individuali*<sup>1429</sup>.

La desconexión de este nuevo contrato de tutela creciente con el régimen anterior es del todo evidente: este nuevo tipo de contrato está plenamente relacionado con la antigüedad del trabajador en la prestación de servicios, con inmediata y permanente reducción de la tutela real y en mayor consonancia con la tutela obligatoria en los despidos ilegítimos<sup>1430</sup>.

### **3.2 Conciliación, anulación del despido, pequeñas y medianas empresas, compañías tendenciales o sin ánimo de lucro**

De acuerdo con el artículo 6<sup>1431</sup>, en los despidos regulados por el *Decreto Legislativo 23/2015, 4 marzo*, con la finalidad de evitar el proceso judicial y sin

<sup>1428</sup> CARINCI, F.: “Dallo Statuto al Contratto a tutele crescenti: il cambio di paradigma”, en *Giurisprudenza italiana*, núm. 3, 2016, p. 784.

<sup>1429</sup> Sobre el procedimiento conciliador del artículo 7, *vid.* DI CERBO, V. y SIMEOLI, D.: “Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali”, en AMOROSO, G., DI CERBO, V. y MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, cit., pp. 1611 y ss.

<sup>1430</sup> *Vid.* BOZZAO, P.: “I primi passi del Jobs Act: ambizioni, incertezze e difficili equilibri”, en *Federalismi: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, cit., p. 5.

<sup>1431</sup> “1. In caso di licenziamento dei lavoratori di cui all'articolo 1, al fine di evitare il giudizio e ferma restando la possibilità per le parti di addivenire a ogni altra modalità di conciliazione prevista dalla legge, il datore di lavoro può offrire al lavoratore, entro i termini di impugnazione stragiudiziale del licenziamento, in una delle sedi di cui all'articolo 2113, quarto comma, del codice civile, e all'articolo 76 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, un importo che non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e non è assoggettato a contribuzione previdenziale, di ammontare pari a una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a diciotto mensilità, mediante consegna al lavoratore di un assegno circolare. L'accettazione dell'assegno in tale sede da parte del lavoratore comporta l'estinzione del rapporto alla data del licenziamento e la rinuncia alla impugnazione del licenziamento anche qualora il lavoratore l'abbia già proposta. Le eventuali ulteriori somme pattuite nella stessa sede conciliativa a chiusura di ogni altra pendenza derivante dal rapporto di lavoro sono soggette al regime fiscale ordinario”.

perjuicio de las posibilidades de las partes de llegar a otro tipo de acuerdo, el empresario podrá ofrecer al trabajador, antes de la conclusión del plazo para la impugnación extrajudicial del despido, una cantidad económica que no estará sujeta a imposición de renta de las personas físicas, ni a cotizaciones de la Seguridad Social, por importe equivalente a un mes de salario por cada año de servicio, sin que pueda ser inferior a dos meses ni superior a dieciocho mensualidades. La aceptación por el trabajador del cheque ofrecido por el empleador conllevará la extinción de la relación laboral a la fecha de cuando se realizó el despido y la renuncia a la indemnización aunque el trabajador la haya ya solicitado.

Se trata de una modalidad conciliativa que con probabilidad favorecerá el descongestionamiento del sistema judicial, induciendo a muchos trabajadores a renunciar a la larga e incierta acción legal y prefiriendo la correspondiente indemnización inmediata<sup>1432</sup>. Lo anterior teniendo en cuenta los elevados costes, el riesgo de acudir al juzgado y el tiempo de duración que la vía procesal lleva consigo<sup>1433</sup>.

Por otro lado, y de acuerdo con el artículo 5 del *Decreto Legislativo 23/2015, 4 marzo*, el empleador tiene la opción de anular el despido dentro de los quince días siguientes a la comunicación por parte del trabajador de la impugnación del mismo. En este caso la relación laboral se entenderá restablecida con derecho a los salarios dejados de percibir con anterioridad a la anulación del despido<sup>1434</sup>.

Por último, de acuerdo con el artículo 9 del *Decreto Legislativo 23/2015, 4 marzo*<sup>1435</sup>, cuando el empleador no cumpla con los requisitos dimensionales establecidos en los artículos 18.8 y 18.9 del *Statuto dei Lavoratori*, –por tanto, estamos refiriéndonos a las pequeñas y medianas empresas y a las de tendencia o sin ánimo de lucro–, no se aplicará el artículo 3.2 del citado Decreto Legislativo –precepto referido exclusivamente a la readmisión del trabajador en despidos disciplinarios que no hayan demostrado el motivo subjetivo justificado o la justa causa alegada– y las indemnizaciones del artículo 3.1 –incumplimiento del motivo subjetivo/objetivo

---

<sup>1432</sup> BOZZAO, P.: “I primi passi del Jobs Act: ambizioni, incertezze e difficili equilibri”, en *Federalismi: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, cit., pp. 7 y 8.

<sup>1433</sup> LASSANDARI, A.: “La riforma del lavoro del Governo Renzi: il disegno e la realizzazione”, en *il Corriere giuridico*, cit., p. 751. LASSANDARI, A.: “La riforma del lavoro del Governo Renzi ed il sistema di relazioni sindacali”, en *Questione Giustizia*, cit., *passim*.

<sup>1434</sup> “1. Nell'ipotesi di revoca del licenziamento, purché effettuata entro il termine di quindici giorni dalla comunicazione al datore di lavoro dell'impugnazione del medesimo, il rapporto di lavoro si intende ripristinato senza soluzione di continuità, con diritto del lavoratore alla retribuzione maturata nel periodo precedente alla revoca, e non trovano applicazione i regimi sanzionatori previsti dal presente decreto”.

<sup>1435</sup> “1. Ove il datore di lavoro non raggiunga i requisiti dimensionali di cui all'articolo 18, ottavo e nono comma, della legge n. 300 del 1970, non si applica l'articolo 3, comma 2, e l'ammontare delle indennità e dell'importo previsti dall'articolo 3, comma 1, dall'articolo 4, comma 1 e dall'articolo 6, comma 1, è dimezzato e non può in ogni caso superare il limite di sei mensilità. 2. Ai datori di lavoro non imprenditori, che svolgono senza fine di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto, si applica la disciplina di cui al presente decreto”.

## SECCIÓN II. DESPIDO DISCIPLINARIO EN ITALIA

justificado o la justa causa alegada–, artículo 4.1 –incumplimiento de requisitos formales o de procedimiento– y 6.1 –precepto referido a la conciliación judicial– serán reducidas a la mitad sin que pueda superar, en ningún caso, las seis mensualidades.



## **BILANCIO E PROSPETTIVE: CONCLUSIONI E PROPOSTE *LEGE FERENDA***

### **1. Il licenziamento disciplinare**

Il licenziamento disciplinare è una modalità estintiva di carattere individuale che interconnette la potestà sanzionatoria dell'imprenditore con l'estinzione contrattuale in base al principio di causalità sostenuto da un grave inadempimento contrattuale di chi presta i suoi servizi.

È un negozio giuridico unilaterale ed extragiudiziale, di carattere recettizio, con il quale il datore di lavoro decide di risolvere la relazione contrattuale che lo vincola giuridicamente al lavoratore. È uno strumento lecito con il quale si vuole tutelare l'interesse dell'impresa cercando di combattere le disobbedienze o gli inadempimenti del lavoratore.

Infatti, la risoluzione disciplinare è un atto costitutivo con il quale il datore di lavoro risolve il contratto di lavoro del dipendente estinguendo gli obblighi a cui erano vincolate le parti senza che tale cessazione venga necessariamente confermata da organi esterni.

Pertanto, il licenziamento disciplinare è un atto di autotutela privata. Ma anche se si caratterizza per essere un atto unilaterale del datore di lavoro, il licenziamento è subordinato al rispetto di condizioni specifiche legate alla sua causa e alla sua forma.

### **2. L'irrilevanza di una descrizione dettagliata delle giuste cause di licenziamento disciplinare e la rilevanza assoluta dei tribunali**

La tecnica disciplinare all'articolo 54 ET integra due livelli legali. Il nucleo duro che combina una causa generica basata sull'inadempimento grave e colpevole del lavoratore. Fuori dal nucleo centrale si delimita una normativa di concretezza e di graduazione delle cause specifiche ereditate dalla tradizione legislativa e trascritta in modo esemplificativo, in termini generici e dalla massima ampiezza. Si conferma così l'irrilevanza della lista delle giuste cause dell'articolo 54.2 ET.

D'altra parte la contrattazione collettiva è importante nella misura in cui non si possono sanzionare con il licenziamento quei comportamenti che il contratto collettivo qualifica come mancanze gravi non sanzionabili con la pena più alta –anche se riuniscono le condizioni generali dello stesso– che favorisce il lavoratore. Tuttavia, se il contratto collettivo considera un'azione come mancanza punibile con il licenziamento e non raggiunge la nota di gravità e colpevolezza richiesta dal nucleo duro della disposizione non potrà costituirsi una giusta causa disciplinare per violare la normativa generale.

Questo scenario legale dove si mescolano delle caratteristiche indeterminate di gravità e colpevolezza con una lista aperta e generica di cause di licenziamento, a cui si aggiunge un'interazione imperfetta tra legge e contratto collettivo, riunisce i requisiti necessari affinché le risoluzioni giudiziali siano il fondamento basilare di questa figura giuridica: la giurisprudenza diventa l'unico strumento realmente efficace per ottenere una risposta giuridica alla questione pratica.

### **3. La natura aperta delle giuste cause disciplinari dell'articolo 54.2 ET**

Risulta marginale il dibattito sulla relazione aperta o chiusa del catalogo di giuste cause di licenziamento disciplinare –articolo 54.2 ET–. La verità è che questa disposizione contiene condotte con ampiezza sufficiente per comprendere tutti i comportamenti umani che implicano una disobbedienza del dipendente.

Inoltre, la discussione perde di qualsiasi interesse con un'analisi dettagliata della trasgressione della buona fede contrattuale e dell'abuso di fiducia dell'articolo 54.2.d) ET. In effetti questa giusta causa può essere utilizzato senza troppo sforzo interpretativo per giustificare qualsiasi comportamento che consiste in un inadempimento grave e colpevole del lavoratore.

Noi difendiamo –senza alcun dubbio a riguardo– che questa lista è una mera approssimazione enumerativa o esemplificativa di comportamenti umani che implicano –o possono implicare– un licenziamento disciplinare.

### **4. La gravità e colpevolezza dell'inadempimento contrattuale del lavoratore in conformità all'ordinamento del lavoro spagnolo**

Per iniziare la valutazione di un licenziamento disciplinare deve sussistere un inadempimento del contratto di lavoro. A sua volta questa disobbedienza deve riunire i caratteri della gravità –grado in cui il lavoratore infrange un obbligo lavorativo e la ripercussione dello stesso– e della colpevolezza –recriminazione dell'infrazione–. Si tratta di due giudizi giuridici indipendenti, ma che devono concorrere congiuntamente per costituire un licenziamento disciplinare: giudizio di gravità e giudizio di colpevolezza.

La ponderazione della gravità risiede, in sostanza, nell'intensità della lesione prodotta. La ponderazione della colpevolezza richiede l'imputabilità della condotta del lavoratore –anche se non sia in termini di paternità *stricto sensu*–. Affinché la sua colpevolezza venga sanzionata con la massima sanzione disciplinare si richiede che l'impiegato intervenga consapevolmente e volontariamente: in altre parole, che esista dolo o imprudenza –negligenza o mancanza di tempestività della dovuta cura e attenzione nello svolgimento degli obblighi– che può danneggiare l'elemento spirituale del contratto di lavoro.

La gravità e la colpevolezza sono formalità di esigenza cumulativa che devono ponderare tutti i loro aspetti, oggettivi –gravità– e soggettivi –colpevolezza–, tenendo conto degli antecedenti e delle circostanze coeve. Nell’analisi non ci si deve dimenticare dell’applicazione della dottrina gradualista o della proporzionalità tra il fatto, la persona e la sanzione –che permette l’ammissione di gradi–.

Alla fine qualsiasi comportamento del lavoratore che possieda certa intensità nella lesione prodotta e piena consapevolezza del fatto che il suo comportamento danneggia l’elemento spirituale del contratto o, in sua mancanza, negligenza grave, potrà facilmente sostenere il licenziamento disciplinare del lavoratore.

## **5. La logica economica e logica giuridica**

La categoria dell’efficienza è stata introdotta nelle ideologie costruttive o distruttive del Diritto del Lavoro. Al riguardo deve evitarsi la sostituzione di termini giuridici o protezionisti del diritto per termini di efficienza o di rendimento –basato su espressioni di redditività o produttività–.

Ma contemplare la cultura industriale dell’efficienza economica “arci-nemica” delle istituzioni giuridico-lavorative sarebbe un errore insormontabile da parte della dottrina, dell’ordinamento giuridico e anche da parte del legislatore.

Crediamo che sia il modello dell’efficienza come quello della tutela e protezione dei lavoratori possono e devono essere compatibili con il mandato del Diritto del Lavoro. Inoltre: deve essere l’obiettivo primordiale per un corretto e migliore sviluppo economico, lavorativo e del mercato.

L’obiettivo non deve incentrarsi nell’imposizione del valore sociale della tutela dei lavoratori –a scapito della razionalità economica– o del valore efficiente dell’economia e del rendimento della produttività o progresso del mercato –a danno della razionalità sociale–.

I suddetti valori devono essere sviluppati congiuntamente in quanto non si escludono a vicenda: le norme legali vigenti devono svilupparsi e costituirsi con l’impregnazione di termini e valori economici ed efficienti, ma anche con termini e valori sociali e protettori delle condizioni di lavoro.

Sosteniamo che è possibile –e senza rischi– costruire un governo democratico dell’economia sulla base di un insieme di diritti sociali fondamentali di efficacia reale. Pertanto, è possibile riconoscere simultaneamente, non solo il garantismo economico, ma anche il garantismo legale del lavoro e il garantismo legale della Previdenza Sociale –senza un carattere esclusivo né sostitutivo–.

Ad ogni modo siamo coscienti del fatto che non esiste una teoria completa perfetta che risolva tutti i problemi reali. Questo sì, una costruzione vicina a un sistema



estintivo corretto sarebbe sostenuto da un modello, concedendo libertà alla società di licenziare ma sommettendola a controlli esterni che precludono decisioni arbitrarie o abusive, effettui il licenziamento pagando un risarcimento adeguato al lavoratore licenziato che soffre le conseguenze dell'estinzione; sistema necessariamente vincolato a efficienti politiche per l'occupazione e per la protezione sociale con efficacia reale per ridurre la durata del periodo di disoccupazione del lavoratore, parimenti, mantenendo i livelli di reddito minimo e dignitoso dell'uomo –in cui si esteriorizza la massima espressione della carenza del modello legale attuale–.

## **6. La costruzione teorico-normativa del licenziamento disciplinare in Spagna**

Il punto interessante dell'articolo 54 ET consiste nell'accogliere –come elemento chiave– il principio di causalità, che si trasforma in massimo esponente del diritto al lavoro riconosciuto costituzionalmente bandendo –teóricamente– il licenziamento *ad nutum* in favore di quello che si conosce come licenziamento *ad causam*.

Per essere legittimo il licenziamento deve riunire le condizioni che esige il principio di colpevolezza –comma 1 dell'articolo 54 ET–; e anche, il principio di gravità –stabilito anch'esso nel suddetto comma–. Entrambi i principi obbligano a un'analisi meticolosa delle circostanze concorrenti. Quanto precede rende particolarmente difficile –e non opportuno– poter generalizzare qualsiasi teoria in materia di licenziamento, concretamente, nel disciplinare.

Inoltre, nessuno dei comportamenti esemplificativi e generici stabiliti nell'articolo 54.2 ET opera automaticamente come giusta causa dell'estinzione del contratto di lavoro. Ognuno dei comportamenti dovrà essere analizzata individualmente nel momento in cui si verifica con gli effetti e le conseguenze che ha causato dovendo sempre riunire, congiuntamente, il giudizio di gravità e di giudizio di colpevolezza.

## **7. Assenze dal lavoro ripetute e ingiustificate o mancanza di puntualità al lavoro**

La prima delle giuste cause di licenziamento disciplinare si riferisce alle “*assenze dal lavoro ripetute e ingiustificate o mancanza di puntualità al lavoro*”. L'elemento caratteristico è la mancanza del lavoratore dal suo posto di lavoro, assenza che nel primo caso è completa –mancanza assoluta durante l'orario giornaliero–, mentre nel caso di ritardo è parziale –mancanza in un qualsiasi momento della giornata–. In effetti, entrambe le cause trasgrediscono la principale responsabilità dell'impiegato –presenza sul lavoro– che implica la mancata prestazione del servizio.

La distinzione tra assenza e mancanza di puntualità si basa sulla gravità: crediamo che sia più grave l'assenza totale dal posto di lavoro –mancanza dal lavoro– che l'assenza parziale –mancanza di puntualità–. Per questo motivo, l'assenza totale di solito si determina in base a lassi di tempo brevi –settimana, quindici giorni o mese–

mentre la mancanza di puntualità o assenza parziale tiene conto di periodi di tempo più lunghi –tre mesi, sei mesi o un anno–.

Per un'elencazione dettagliata del computo del periodo di tempo, il contratto collettivo si erige a strumento fondamentale e guida per individuare la quantità necessaria di assenze e mancanze di puntualità. Tuttavia non illudiamoci: che venga prevista o meno reiterazione necessaria delle assenze o delle mancanze di puntualità nel contratto collettivo ciò che è sicuro è che –alla fine– saranno i criteri di ragionevolezza quelli che saranno applicati dal giudice a sua propria discrezione.

In ogni caso l'assenza e le mancanze dovranno essere ripetute –elemento di determinazione della gravità– e ingiustificate –elemento di determinazione della colpevolezza– quando si analizzeranno le specifiche circostanze della violazione avvenuta.

La ripetizione di assenze e mancanze si trasforma nel massimo esponente della gravità dell'inadempimento: in base al principio di proporzionalità si dichiarerà non legittimo il licenziamento basato in una sola assenza dal lavoro –ciò non conferma l'automaticità del licenziamento quando si verificano due o più mancanze–.

Allo stesso modo gli inadempimenti lavorativi devono essere anche colpevoli. Se l'assenza del lavoratore o la sua mancanza di puntualità sono giustificate non sussiste alcun inadempimento lavorativo.

## **8. Indisciplina o disobbedienza al lavoro**

La seconda delle giuste cause di licenziamento disciplinare si riferisce alla “*indisciplina o disobbedienza sul lavoro*”. Sono termini diversi che definiscono un singolo inadempimento contrattuale. La disobbedienza si riferisce alla mancata obbedienza agli ordini o alle istruzioni regolari dell'imprenditore o superiore. L'indisciplina –di maggiore ampiezza rispetto alla disobbedienza– si riferisce all'inadempimento del contenuto stesso degli obblighi e responsabilità del posto di lavoro e delle norme lavorative senza che ci sia un'opposizione esplicita a un ordine specifico –dove, a nostro avviso, si include la disobbedienza stessa–.

L'indisciplina o disobbedienza sanzionabile con il licenziamento disciplinare richiede un triplice requisito legale: la gravità, la colpevolezza e la mancanza di una giustificazione.

La gravità della condotta dell'impiegato si manifesta attraverso la sua volontà di disobbedire agli ordini dell'impresa, ciò si aggrava in caso di reiterazione da parte del lavoratore o per l'esistenza di danni significativi per l'impresa.

Nella determinazione della colpevolezza i tribunali tengono in conto criteri soggettivi –di natura psichica o psicologica che fanno sì che corrisponda al lavoratore

l'onere della prova— così come elementi oggettivi —forza maggiore o caso fortuito— che possono escludere o diminuire totalmente o parzialmente la responsabilità dell'impiegato.

Ma per poter sostenere questo inadempimento —oltre alla gravità e alla colpevolezza— si richiede anche la mancanza di giustificazione per la resistenza all'ordine regolare dell'imprenditore. I tribunali giudiziari continuano applicando la dottrina tradizionale denominata *solve et repete* che consiste nell'obbedire prima e reclamare dopo. L'obiettivo di questo principio consiste nel combattere il fatto che il lavoratore non possa istituirsi come definitore dei suoi obblighi.

Attualmente è ammissibile lo *ius resistentiae* come meccanismo delimitatore dell'esercizio abusivo delle facoltà direttive del datore di lavoro: pertanto, il dovere di obbedienza che possiede l'impiegato finisce lì dove l'ordine abbandona il quadro della legalità.

### **9. Offese verbali e fisiche al datore di lavoro o alle persone che lavorano nell'impresa o ai familiari che convivono con questi**

La terza delle giuste cause di licenziamento disciplinare si riferisce alle “*offese verbali e fisiche al datore di lavoro o alle persone che lavorano nell'impresa o ai familiari che convivono con questi*”. Le offese che siano consumate attraverso la parola —verbali— o attraverso la violenza corporale —fisiche— attentano al soggetto offeso nel suo diritto alla vita o all'onore, all'integrità fisica, all'integrità morale o alla libertà e alla sicurezza. Diritti fondamentali riconosciuti nel testo costituzionale spagnolo e pienamente vincolati al diritto alla dignità della persona.

Le offese fisiche normalmente si stimano gravi per le loro stesse caratteristiche così che, salvo che concorra una causa giustificativa, il licenziamento sarà dichiarato legittimo. Tuttavia, la valutazione delle offese verbali risulta più complessa essendo consapevoli del fatto che la reiterazione e insistenza delle offese aumenta la gravità della condotta.

Ma per giustificare il licenziamento disciplinare l'offesa deve anche essere colpevole. Per una determinazione adeguata della colpevolezza si deve riscontrare l'imputazione dell'azione offensiva al lavoratore oltre che tenere in conto il suo stato soggettivo al momento dell'inadempimento lavorativo —perdita del controllo, provocazione previa e patologie o disturbi psichici—.

Alla fine la determinazione della gravità e della colpevolezza si dovrà realizzare caso per caso, tenendo presente in modo particolare il contesto nelle quali si sviluppano le offese, le circostanze attenuanti e aggravanti, l'*animus injuriandi* e, soprattutto, la stessa interpretazione soggettiva del giudice; senza dimenticare, ovviamente, la dottrina gradualista che cerca il giusto equilibrio tra l'infrazione e la sanzione.

Ad ogni modo, quelle offese vincolate –in qualche modo– all'attività lavorativa dovranno intendersi inclusi nella lettera c), e, in sua mancanza, per ampiezza e attrazione è possibile introdurre detta mancanza attraverso la lettera d) dell'articolo 54.2 ET.

#### **10. La trasgressione della buona fede contrattuale, così come l'abuso di fiducia nello svolgimento del lavoro**

La quarta delle giuste cause di licenziamento disciplinare si riferisce alla “*trasgressione della buona fede contrattuale, così come all'abuso di fiducia nello svolgimento del lavoro*”. Anche se la disposizione per la sua lettura testuale sembra riferirsi a due cause distinte la realtà è che ci troviamo di fronte a un unico fondamento.

Si considera buona fede uno standard giuridico che mira ad adeguare le condotte agli imperativi etici –fiducia etica– e professionali –fiducia tecnica– che la coscienza sociale richiede permettendogli trasformarsi in principio generale e necessario dell'ordinamento giuridico spagnolo.

Ma il principio della buona fede completa il contenuto del negozio al di là delle concrete previsioni che realizzano le parti e incluso oltre ciò che può disporre la norma che lo regola: in effetti, va più in là delle implicazioni contrattuali pattuite. La buona fede è un concetto aperto al mondo delle valutazioni sociali. La sua esistenza ha cercato l'incorporazione all'ordinamento giuridico di un fattore di flessibilizzazione capace di adattare la norma alle nuove circostanze e ai valori della società.

In questa giusta causa di licenziamento non c'è una chiara linea giurisprudenziale che esamini la gravità e la colpevolezza del lavoratore; al contrario sono piuttosto torbide. Ci sono risoluzioni giurisprudenziali che applicano la dottrina gradualista analizzando la condotta grave dell'impiegato dopo aver valutato le circostanze concorrenti; ma si trovano anche risoluzioni giudiziali che non ammettono l'esistenza di gradi e che direttamente considerano che si sia violata la buona fede contrattuale. Non esiste nemmeno un criterio uniforme nella valutazione della colpevolezza del trasgressore infrangendosi questo precetto quando la condotta dell'impiegato si realizzi dolosamente o colpevolmente e con piena coscienza; tuttavia, poi infrangersi anche con semplici comportamenti che potrebbero catalogarsi come imprudenti o negligenti. Ribadiamo: non c'è nulla di chiaro né determinato.

Crediamo che il perseguimento del licenziamento debba essere affrontato secondo modalità gradualista –non in modo oggettivo o automatico– cercando il giusto equilibrio tra l'infrazione dell'impiegato –condotta del lavoratore nell'adempimento dei suoi obblighi contrattuali– e la sanzione del datore di lavoro, ovviamente, applicando un criterio individualizzatore che dia valore alle peculiarità e realtà di ciascun caso concreto.

Alla fine le sentenze suscitano l'impressione che i tribunali operino con grandi doti di flessibilità e casuismo: in effetti, i tribunali agiscono senza un criterio normativo definito e a volte senza criterio giurisprudenziale –o per meglio dire, con molti criteri giurisprudenziali– che finiscono per provocare procedimenti giudiziari soggettivi e non soggetti a standard oggettivati.

La conseguenza logica di questa eterogeneità giurisprudenziale –che consideriamo praticamente inevitabile non solo per la logica ampiezza dei contenuti della norma ma anche per la realtà lavorativa in sé e per l'influenza del soggettivismo epistemologico del giudice– non è altro che un'esplicita sensazione di insicurezza giuridica.

### **11. La continua e volontaria diminuzione nel rendimento del lavoro normale o pattuito**

La quinta delle giuste cause di licenziamento disciplinare si riferisce alla “*continua e volontaria diminuzione nel rendimento del lavoro normale o pattuito*”. In modo ordinato e per un periodo di tempo ragionevole si deve osservare l'impiegato per valutare se la sua attività si sviluppa con il rendimento appropriato rispetto a come fa ordinariamente.

La messa in pratica di questa giusta causa di licenziamento sembra circoscritta dall'interpretazione giurisprudenziale dominante che finisce per richiedere –per la legittimità del licenziamento– una prova di dati quantitativi riguardo il rendimento che si questiona. Tuttavia, non difendiamo le voci che stabiliscono che l'applicazione di questa causa di licenziamento solo potrà contemplarsi quando l'attività sviluppata dal lavoratore è suscettibile di quantificazione –e non di qualificazione–. Crediamo che qualsiasi sia l'attività la sua realizzazione si tradurrà in un concreto risultato che in funzione dello stesso potrà –o meno– prevedere un licenziamento legittimo. Nonostante ciò, siamo coscienti del fatto che la tendenza dottrinale e giurisprudenziale consiste nel derivare questo inadempimento ad altro tipo di giuste cause quando la produttività del lavoratore sia di difficile quantificazione.

Oltre ai requisiti generali della gravità e della colpevolezza si richiede che la diminuzione sia notevole, costante e volontaria.

Non esiste una regola generale che determini una percentuale esatta per stimare una diminuzione del rendimento notevole. Dalle sentenze dei tribunali spagnoli possiamo estrarre un certo criterio orientativo: le diminuzioni del rendimento nel lavoro inferiori al 10 per cento –calcolato in base a un rendimento medio– non sono solite riunire i requisiti necessari della gravità richiesta; ma quando la diminuzione del rendimento supera il 20 per cento, si riuniscono le condizioni necessarie per assegnare a questa riduzione gravità sufficiente. Nel limbo tra il 10 e il 20 per cento è la giurisprudenza che dovrà far chiarezza con il suo libero arbitrio.

La continuità rivela la gravità dell'inadempimento dovendosi mantenere per un periodo ragionevole di tempo. La casistica giurisprudenziale finisce per essere molto varia ammettendo sì periodi di tempo che vanno da pochi giorni a mesi passando – nuovamente– all'arbitrio giudiziale. Nel complesso la continuità nella diminuzione deve prodursi durante un periodo di tempo sufficiente che riveli che non è temporanea o occasionale.

La volontarietà rivela la colpevolezza dell'inadempimento. In assenza di volontarietà ci troveremo di fronte a un caso di inettitudine –pertanto, non di licenziamento disciplinare ma di licenziamento per circostanze oggettive–. Gli inadempimenti volontari sono quelli che si producono in modo consapevole essendo possibile un aumento del rendimento del lavoro se l'impiegato lo volesse. Che la diminuzione del rendimento debba imputarsi alla condotta volontaria del lavoratore non significa che esista dolo o volontà di nuocere: incorre anche in questa causa di licenziamento disciplinare chi agisce con mancanza di zelo nello svolgimento delle sue occupazioni.

Un'altra volta, la giurisprudenza che si trova in questa causa di licenziamento è troppo varia. La conseguenza logica di questa diversità giurisprudenziale ci fa continuare ad affermare l'esistenza di alti livelli di insicurezza giuridica. Alla fine sono gli stessi tribunali che con loro arbitrio decideranno giuridicamente riguardo la liceità o meno del licenziamento disciplinare.

## **12. Ubriachezza abituale o tossicodipendenza se incidono negativamente sul lavoro**

La sesta delle giuste cause di licenziamento disciplinare si riferisce alla “*ubriachezza abituale o tossicodipendenza se incidono negativamente sul lavoro*”. Si deve notare che il testo normativo impone le condizioni dell'abitudine e della ripercussione negativa sul lavoro in relazione alle condizioni generiche dell'articolo 54.1 ET –anche se siamo consapevoli della successiva in determinazione degli elementi richiesti–.

La sanzione non si applica all'abituale consumo di alcool ma all'ubriachezza abituale –alterazione temporanea delle forze–. Ma l'abitudine non è solita richiedersi nei casi in cui il lavoratore svolge mansioni che possono implicare danni a terze persone.

La tossicodipendenza consiste nella dipendenza patologica da sostanze che procurano sensazioni che sopprimono il dolore. La tossicodipendenza presuppone l'abitudine. Tuttavia conviene tenere in conto che esistono sentenze nelle quali il mero fatto di provocare una situazione di pericolo sul lavoro può essere giusta disciplina di licenziamento disciplinare anche quando l'impiegato non fosse tossicodipendente.

La ripercussione negativa è l'elemento decisivo di questa giusta causa di licenziamento, poiché né l'ubriachezza abituale né la tossicodipendenza del lavoratore sono condotte che, da sole, giustificano il licenziamento. Ci può essere una situazione in cui l'ubriachezza, anche essendo abituale, non incide negativamente sul lavoro, non supponendo così l'estinzione del contratto. Al contrario, può esserci una circostanza di ubriachezza non abituale le cui ripercussioni sul lavoro sono così negative che giustificano il licenziamento. Nel caso della tossicodipendenza l'accusa di gravità si rintraccia nel consumo abituale di droga più che negli episodi abituali di perdita del controllo o alterazione di certe facoltà –giacché lo stesso consumo implica automaticamente la perdita delle capacità–.

Nella valutazione della colpevolezza si rintraccia un'ulteriore difficoltà: se l'inadempimento del lavoratore diventa una condotta patologica che denota malattia da una prospettiva giuridica risulterà difficile imputare un ammalato. Ma la realtà giuridica è differente: i giudici considerano che l'origine patologica del comportamento sanzionabile è estranea alla norma legale e alla giurisprudenza giustificando il licenziamento disciplinare per la ripercussione negativa sul lavoro. Questa linea giurisprudenziale finisce per giustificare la colpevolezza del lavoratore nel fallimento volontario dell'interesse per superare la patologia.

Posizione che difendiamo perché crediamo che si generi una situazione che non deve essere sopportata né dal datore di lavoro né dal resto dei colleghi di lavoro. Tuttavia, ciò che è certo è che in situazioni di patologie e malattie dovranno intervenire le prestazioni sociali.

Nonostante ciò, sono usuali le occasioni nelle quali il datore di lavoro preferisce basare il licenziamento su un'altra causa disciplinare per vari motivi: per la difficoltà del dimostrare l'abitualità o la ripercussione negativa richiesta dalla disposizione, per l'indeterminazione, ambiguità e imprecisione degli stessi elementi richiesti, per il nesso causale tra l'azione e la ripercussione negativa o per la disassociazione con i termini di volontarietà e colpevolezza.

### **13. La molestia per ragioni di razza o origine etnica, di religione o credo, di disabilità, di età o di orientamento sessuale e le molestie sessuali ai danni dell'imprenditore o delle persone che lavorano nell'impresa**

La settima delle giuste cause di licenziamento disciplinare si riferisce alla *“molestia per ragioni di razza o origine etnica, di religione o credo, di disabilità, di età o di orientamento sessuale e le molestie sessuali ai danni dell'imprenditore o delle persone che lavorano nell'impresa”*.

Dall'analisi della lettera g) risalta la sua innessarietà perché non aggiunge niente di nuovo all'articolo 54.2 ET: questa causa sarebbe facilmente riconducibile ad altre lettere della stessa disposizione non cambiando nulla del suo testo a tutti gli effetti.

Giuridicamente questa causa è anche difettosa per non stabilire tutto ciò che dovrebbe. In primo luogo, è evidente che qualsiasi molestia avvenuta nell'ambito lavorativo e realizzata da un lavoratore è giusta causa di licenziamento, anche quando il soggetto passivo non sia strettamente l'imprenditore o una delle persone che lavora nell'impresa. Pertanto, il testo sbaglia quando menziona esplicitamente i soggetti passivi ai quali si può rivolgere la molestia tra i quali non si includono i clienti, gli utenti o i familiari dei lavoratori –impedendo di licenziare disciplinarmente per questa causa (sì per altra giusta causa) il lavoratore che li molesta, esternandosi un ulteriore sintomo della sua innessarietà–.

In secondo luogo, la vessazione che si qualifica letteralmente in questa lettera è la molestia per ragioni di razza o origine etnica, di religione o credo, di disabilità, di età o di orientamento sessuale. Tuttavia, per un miglior testo si sarebbe dovuta incorporare qualche clausola che disponesse: *“e qualsiasi altro tipo di molestia non espressa in questa disposizione”*.

#### **14. Incertezza giuridica delle giuste cause di licenziamento disciplinare regolate espressamente dall'ordinamento giuridico spagnolo**

Le sette giuste cause disciplinari citate nell'articolo 54.2 ET possiedono una caratteristica comune: l'incertezza giuridica. Tutto ciò che stato menzionato rende particolarmente complicato costituire e universalizzare una teoria precisa in materia di licenziamento disciplinare.

Per quello che riguarda le cause di estinzione è possibile rintracciare elementi comuni –l'analisi della gravità e della colpevolezza– ma è evidente che ogni caso concreto, anche comparando una stessa giusta causa di licenziamento, a pesare delle sue similitudini e analogie, indubbiamente possiederà delle specifiche circostanze che lo renderanno unico, specifico e differente, terminando per impedire qualsiasi similitudine o equivalenza nei fatti o nei comportamenti al momento della valutazione giuridica: in effetti, ogni situazione stimata e valutata dai tribunali sarà diversa a qualsiasi altra anche se si basa in uno stesso comma del licenziamento disciplinare.

Alla fine la legittimità o meno del licenziamento del lavoratore sarà risolta attraverso criteri di ragionevolezza in base alla stessa discrezionalità che l'ordinamento giuridico riconosce al giudice. La valutazione e l'analisi giudiziaria dovranno realizzarsi caso per caso, considerato individualmente, tenendo presente in modo particolare il contesto nel quale l'inadempimento dispiega le sue conseguenze e le circostanze attenuanti e aggravanti della stessa. In effetti, il risultato dipenderà dalle specifiche circostanze del caso e –in parte– dallo stesso soggettivismo del giudice: si limita la validità della causa al soggetto che conosce e giudica conformemente alla comprensione e alla conoscenza e tenendo conto della sua realtà specifica.



Queste conclusioni ci fanno raccomandare –essendo di vitale importanza– una buona difesa giuridica e processuale dell’avvocato con un’impeccabile stesura, descrizione e prova dei fatti che si intendono invocare nel processo.

### **15. La buona fede contrattuale come unica giusta causa di licenziamento disciplinare**

Riteniamo che tutte le giuste cause di licenziamento disciplinare possono ricondurre a un’unica giusta causa che per la vastità della sua ampiezza può dare una risposta giuridica di miglior qualità a tutti i casi che possono verificarsi in una relazione lavorativa: ci riferiamo alla buona fede contrattuale.

La buona fede contrattuale del lavoratore, in piena connessione con la valutazione della gravità e della colpevolezza dell’impiegato, permette una necessaria razionalizzazione della regolazione normativa del licenziamento disciplinare evitando così un suo deterioramento eccessivo.

Ciò che è certo è che ogni causa disciplinare estintiva, senza interpretazione giudiziaria né necessario sforzo teorico, può essere giustificata dall’ampia e legittima buona fede, sostegno e base fondamentale dell’ordinamento giuridico spagnolo e della coscienza sociale. Si badi ai casi dove esiste eccessiva complessità o assenza di valutazione specifica di qualsiasi descrizione disciplinare tipica: in effetti, abbiamo visto e verificato –nel corso di questa ricerca– come sia normale che il licenziamento finisca per essere giustificato dalla buona fede contrattuale e non dalla causa particolare che lo regola.

Questa giusta causa di licenziamento comprende totalmente le insufficienze e mancanze del resto dei fondamenti pienamente vincolati allo sviluppo di un certo comportamento regolato rigorosamente.

La trasgressione della buona fede contrattuale è diventata un modello perfettamente elastico e adattabile, in grado di ricevere, concretamente, qualsiasi comportamento che violi l’interesse dell’impresa o attenti alle sue stesse norme.

Inoltre, si esamina e si giudica l’azione del lavoratore-essere umano che per definizione è irrazionale, rendendo praticamente impossibile –e non raccomandabile– stabilire un elenco o una teoria generale definitiva dove possano apparire tutte le disobbedienze possibili.

Essendo impossibile disciplinare tutte le cause definitive del licenziamento disciplinare o inadempimento contrattuale del lavoratore, insieme al fatto che non crediamo sia adeguato regolare solo alcuni casi specifici escludendo altri –cosa che di per sé crea confusione e vincola la giustificazione e la fundamentazione dell’inadempimento ad alcune determinate caratteristiche e requisiti della stessa causa di licenziamento– riteniamo conveniente la costituzione di una nuova disposizione

disciplinare –tanto più quando la maggior parte dei licenziamenti finiscono per basarsi o possono facilmente giustificarsi in una sola causa– nella quale, insieme all’inadempimento contrattuale grave e colpevole del lavoratore –in base a criteri restrittivi e reali della gravità e colpevolezza dello stesso– e facendo menzione esplicita allo stesso principio di proporzionalità, qualsiasi giusta causa disciplinare venga basata sulla buona fede contrattuale e, a partire da qui, ragionare in ogni sentenza – individualmente considerata– sull’azione dell’impiegato, tra le quali si include, ovviamente, quelle enumerate all'articolo 54.2 ET –come mera lista esemplificativa– che, tuttavia, noi ritireremmo dalla stessa normativa per una sua esclusiva regolazione della negoziazione collettiva –considerandola più efficace essendo un testo specifico per un ambito lavorativo particolare–. Crediamo che sia un modo adeguato di eliminare rigidità integrando, allo stesso tempo, sufficienti elementi di sicurezza giuridica ed economica.

Con questa proposta non pretendiamo decausalizzare il licenziamento disciplinare ma solamente vogliamo che il licenziamento venga utilizzato quando la relazione di fiducia tra il lavoratore e l’imprenditore sia inesorabilmente compromessa.

Non immaginiamo di far crescere o aumentare con questa proposta l’indeterminatezza concettuale anzi tutto il contrario: in questo modo, anche se siamo consapevoli della generalità dello stesso concetto di buona fede, l’indeterminatezza – almeno legislativa– del licenziamento sarà ridotta –anche se per l’ampiezza delle situazioni lavorative reali è praticamente impossibile– poiché se esiste un inadempimento contrattuale grave e colpevole che attenti al dovere fondamentale della buona fede e con la pertinente fondamentazione giuridica del caso analizzato specie dal giudicante, non potendo ancora il giudice, semplicemente, rifarsi alla giusta causa stipulata nel momento in cui viene deregolamentata la stessa, di conseguenza, si richiederà all’operatore giuridico una profonda ed elaborata argomentazione delle caratteristiche che confermerebbero, in questo caso, la giusta causa unica e generale del licenziamento disciplinare: inadempimento, grave e colpevole, che attenti alla buona fede contrattuale.

In questo modo, a nostro giudizio, si creerebbe una maggiore sicurezza giuridica dovendosi valutare, in tutti i licenziamenti disciplinari, gli stessi elementi ma caso per caso, analizzati individualmente, senza vincolarsi ad alcune determinate giuste cause, permettendo al giudice di scegliere una sanzione disciplinare proporzionale all’azione commessa o realizzata dal lavoratore –principio di proporzionalità–, dovendo dichiararsi il licenziamento giustificato o legittimo se si riuniscono quelle caratteristiche disciplinari che dovranno essere analizzate ampiamente dal giudice.

Tuttavia, come limite all’uso indebito del licenziamento disciplinare, questa proposta ha senso solamente se si lega alla proposta *lege ferenda* delle conseguenze giuridiche del licenziamento illegittimo che illustreremo successivamente: in questo modo, intendiamo che l’estinzione disciplinare verrà utilizzata solamente –salvo

irresponsabilità o imprudenza del datore di lavoro– quando alle azioni del lavoratore debba necessariamente corrispondere l'applicazione del rigore disciplinare.

E diciamo salvo irresponsabilità o imprudenza del datore di lavoro perché difendiamo una maggiore severità e rigore per l'imprenditore che desideri "corrompere" la figura giuridica dell'estinzione disciplinare utilizzandola per qualsiasi inadempimento minimo dell'impiegato o solamente quando aspira all'illegittimità del licenziamento disciplinare –licenziamento libero indennizzato– con il fine di liberarsi del lavoratore attraverso un risarcimento economico.

#### **16. I limiti della formalità procedurali nel procedimento disciplinare extintivo**

L'ordinamento giuridico del lavoro stabilisce limiti alla manifestazione del potere disciplinare dell'imprenditore con un elenco di requisiti formali imposti dalla stessa normativa e dai contratti collettivi applicabili.

Tra le formalità risalta quella della obbligatoria conoscenza del lavoratore dell'estinzione del contratto di lavoro. In effetti con la lettera di licenziamento si vuole favorire la conoscenza delle ragioni per le quali si decide licenziare l'impiegato.

Le formalità costituite dalla normativa sono più che giustificate per il fatto che il licenziamento del lavoratore costituisce un atto di volontà dell'imprenditore. Questa configurazione delle formalità procedurali non vuole diminuire il potere dell'imprenditore. Il suo obiettivo è quello di eliminare qualsiasi accenno di arbitrarietà trasformandosi il licenziamento disciplinare nello strumento con il quale ottenere il miglior funzionamento possibile dell'impresa.

Per questo motivo il licenziamento che rispetta le formalità procedurali richieste si erge a strumento adeguato per garantire la giustizia e migliorare l'immagine dell'imprenditore di fronte al personale dell'impresa.

#### **17. La dichiarazione di legittimità o illegittimità del licenziamento disciplinare**

In Spagna il licenziamento può essere qualificato come legittimo – giustificato–, illegittimo –invalido– o nullo con differenti effetti legati a ciascuna delle qualificazioni suddette. Al giudice spetta realizzare la qualificazione del licenziamento senza sottostare a ciò che la parte chiede. In effetti si acconsente affinché l'azione di licenziamento si risolva in conformità alle previsioni dell'articolo 55 ET –legittimità, illegittimità o nullità–.

La qualificazione di legittimità del licenziamento implica la ratifica della decisione dell'imprenditore di estinguere la relazione lavorativa dell'impiegato. Per la legittimità deve essere dimostrata la gravità e la colpevolezza dei fatti che si

attribuiscono al lavoratore senza violare le garanzie formali legalmente o convenzionalmente previste. Dichiarata la legittimità dell'estinzione della relazione lavorativa si convaliderà il licenziamento senza diritto a indennizzo.

La qualificazione dell'illegittimità del licenziamento –invalido– implica che la risoluzione del contratto di lavoro non è stata realizzata in conformità alla legge. L'illegittimità dell'estinzione della relazione lavorativa può stabilirsi per due tipi di ragioni: l'illegittimità materiale o sostanziale e l'illegittimità formale.

Per ragioni sostanziali si dichiara l'illegittimità del licenziamento quando la causa che giustifica l'estinzione non arriva costituire un inadempimento contrattuale sufficiente con il quale liberare il lavoratore dalla relazione lavorativa. Per ragioni di forma si è soliti dichiarare l'illegittimità del licenziamento quando si violano formalità legali o convenzionalmente richieste.

Dichiarata l'illegittimità del licenziamento l'imprenditore potrà optare tra la riammissione del lavoratore o il pagamento di un indennizzo equivalente a trentatré giorni di salario per anno di servizio fino a un massimo di ventiquattro mensilità. Risarcimento economico che permette prescindere dalla funzione garantista delle possibilità di difesa dell'impiegato fronte al provvedimento dell'imprenditore.

Attira la nostra attenzione come il legislatore conceda la facoltà di scegliere all'imprenditore inadempiente e non al lavoratore licenziato –in contraddizione con il principio generale che prevede che la persona lese deve essere chi possiede la facoltà di scegliere la modalità di esecuzione– permettendo confermare la esistenza radicata del licenziamento libero indennizzato o “*desistimiento del empresario pagado*”, che contraddice la stessa natura del diritto al lavoro riconosciuto nella Costituzione Spagnola, che solamente rimarrebbe garantita attraverso la riammissione forzata del lavoratore anche nei casi di licenziamenti non legittimi.

In effetti traspare un mascheramento tecnico-giuridico con il quale giustificare, sotto il manto protettore di un risarcimento sostitutivo, la condiscendenza legale di un licenziamento libero comprato.

### **18. Il costo economico di un licenziamento legittimo è zero**

È sbagliato affermare che il costo del licenziamento in Spagna è elevato. In materia di licenziamento disciplinare il conto economico per l'imprenditore è zero. Ci spieghiamo: un licenziamento disciplinare legittimo basato su una giusta causa, grave e colpevole, convaliderà l'estinzione del contratto di lavoro senza diritto a indennità né a “*salarios de tramitación*” –articolo 55.7 ET–. Pertanto il licenziamento disciplinare non prevede nessun costo economico.

Quindi, cos'è che ha un costo economico? L'arbitrarietà del licenziamento attuato dall'imprenditore. In effetti, l'arbitrarietà del licenziamento da parte dell'imprenditore, che degrada completamente l'efficacia reale del Diritto del Lavoro, è ciò che ha un costo economico. Il fatto che un atto illegittimo –come un licenziamento non giustificato– possa essere sostituito da un costo economico per l'imprenditore – indennità– costituisce una disfunzione totale del sistema.

Se del licenziamento dell'imprenditore non viene dimostrato l'inadempimento argomentato dal datore di lavoro o la sua forma non risulti legale –articolo 55.4 ET–, il licenziamento sarà illegittimo, implicando così il pagamento di un'indennità per rendere effettiva l'arbitrarietà dell'imprenditore, cosa che i nuovi approcci vogliono ridurre.

Ma, ovviamente, il punto di partenza non deve essere il costo di un licenziamento illegittimo o illecito bensì l'esatto contrario: licenziare legittimamente o – meglio– in modo non arbitrario e conforme alla legge, non ha nessun costo economico. Pertanto, l'approccio che si inquadra nella valutazione economica del licenziamento arbitrario è irrealistico e incorretto.

Tuttavia trattando ancora il costo economico di licenziare illecitamente ci si dimentica che la vera tutela di stabilità reale debba essere la riammissione del lavoratore. Pertanto, non solo ci siamo allontanati dal punto di partenza –licenziare legittimamente non costa denaro– ma ci siamo anche dimenticati del vero strumento che deve essere introdotto automaticamente a causa della non legittimità del licenziamento: la riammissione del lavoratore e non l'indennità. Ossia: si finisce per ammettere la possibilità di licenziare liberamente in cambio di un costo economico.

### **19. L'esiguità dell'indennità economica del licenziamento in Spagna**

In altri ordinamenti giuridici –soprattutto europei– è normale che l'indennità economica del licenziamento venga stabilita dal giudice tenendo conto di determinati elementi che permettono di stimare il danno reale causato all'impiegato.

Tuttavia in Spagna l'indennità economica del licenziamento illegittimo è tassata legalmente impedendo un risarcimento basato sui danni concreti causati dal licenziamento errato dal punto di vista formale o sostanziale.

Come aspetto positivo l'indennità tassata *ex lege* libera dal provare l'esistenza di danni causati dalla rottura del vincolo contrattuale. Come aspetto negativo non permette di dimostrare la superiore quantità economica del danno reale che l'estinzione ha potuto causare al lavoratore.

Questa quantità economica con la quale il datore di lavoro vuole liberarsi del lavoratore possiede natura indennitaria –non salariale–. Risarcimento monetario che aspira a compensare la rottura del vincolo lavorativo senza giusta causa ma non il deterioramento o il danno che l'estinzione illegittima possa causare. In effetti non si

vuole riparare il danno sofferto come conseguenza della perdita del posto di lavoro. Questa compensazione per l'esercizio del licenziamento arbitrario sostituisce il risarcimento danni cosa che beneficia l'imprenditore che vuole disfarsi del lavoratore in cambio di un'indennità economica.

A prima vista l'indennità economica per licenziamento in Spagna è più elevata rispetto alla maggior parte dei paesi vicini. Questa affermazione è vera se la comparazione si realizza in base ai sistemi di calcolo delle indennità tassate –salario per anni di servizio più indennità economica non tassata (che in Spagna non esiste per il licenziamento illegittimo)– la realtà è diversa, cosa che permette confermare la visione parziale e inefficace che esiste riguardo indennità per licenziamento.

Ciò che è certo è che se il calcolo della somma economica si realizza tenendo conto solamente dell'indennità tassata, la somma economica del licenziamento in Spagna risulta elevata in comparazione ad altri paesi. Ma se a questa compensazione tassata si somma il risarcimento per i danni causati all'impiegato licenziato –indennità basata sull'arbitrio o valutazione del giudice– la somma economica che sostiene il licenziamento libero in Spagna è inferiore –ancor di più per i lavoratori che a malapena possiedono l'anzianità la cui indennità può essere definita misera–.

È ovvio che l'indennità economica spagnola ignora i danni reali che può subire il lavoratore. Il sistema di indennità tassata consacra la sicurezza giuridica ma può provocare chiare ingiustizie per le ripercussioni che subirà l'impiegato.

## **20. Conseguenze dell'indennità tassata del licenziamento**

I parametri che hanno come fine quello di quantificare l'indennità sono costituiti dal salario giornaliero del lavoratore e dagli anni di servizio nell'impresa. La quantità di questo salario giornaliero moltiplicato per trentatré giorni sarà la quantità dell'indennità corrispondente a ciascun anno intero di servizi. Somma che dovrà moltiplicarsi, a sua volta, per il numero di anni interi di servizio.

Tuttavia troviamo un limite massimo: l'importo indennitario risultante non potrà essere superiore a ventiquattro mensilità salvo che dal calcolo dell'indennità per il periodo anteriore al 12 febbraio 2012 –giorno successivo alla pubblicazione della riforma del lavoro– risultasse un numero di giorni superiore, nel cui caso, si applicherà questo come importo indennitario massimo, senza che, in nessun caso, possa essere superiore a quarantadue mensilità –il tempo precedente a suddetta data si moltiplicherà per quarantacinque giorni e non per trentatré giorni di salario per anno di servizio–.

Che l'indennità del licenziamento venga tassata incide nella sottoquotazione del licenziamento arbitrario dell'impiegato non valutandosi i danni effettivamente causati. Allo stesso modo non permette stimare la colpevolezza dell'imprenditore che proietta un

licenziamento ingiusto che dovrebbe tradursi in una certa somma economica a beneficio del lavoratore licenziato.

D'altro canto, è vero che semplifica l'attività probatoria del lavoratore licenziato non dovendo dimostrare i danni che il licenziamento disciplinare gli abbia potuto causare. Semplifica anche il calcolo dell'indennità economica avendo rispettato direttamente il giudice le regole previste per la sua somma.

La compensazione tassata non vuole danneggiare intenzionalmente alcuni soggetti e beneficiarne altri –anche quando questa sia la conseguenza– bensì facilitare l'onere probatorio in cambio di una riduzione economica. Ciò a cui aspira il legislatore con questo importo economico tassato è compensare la perdita dell'impiego e non le conseguenze negative reali allontanandosi da un risarcimento per danni reale.

Perdere un posto di lavoro genererà danni differenti a seconda del lavoratore. Tuttavia, dobbiamo essere consapevoli del fatto che con questo sistema di indennità due lavoratori licenziati aventi uno stesso stipendio e una stessa durata della prestazione di servizi avranno indennità economiche uguali anche se i danni sono differenti.

Disapproviamo che l'elemento base per il calcolo dell'indennità giri intorno alla durata della prestazione di servizi. La conseguenza non sarà altro che un'indennità misera per quelli che posseggono esigua anzianità nell'impresa. Ha anche l'effetto negativo di disincentivare la mobilità lavorativa dell'impiegato: se il lavoratore cambia impresa automaticamente perderà i diritti acquisiti nell'indennità per licenziamento.

Avere una conoscenza esatta della somma economica di indennità comporta che l'imprenditore sia consapevole del costo economico di licenziare arbitrariamente. Questa conoscenza si traduce in una selettiva e premeditata scelta dei lavoratori che l'imprenditore preferisce licenziare cosa che concretamente comporta l'estinzione del vincolo contrattuale di quegli impiegati la cui indennità economica sia minima o inferiore. In altre parole, il datore di lavoro licenzierà quei lavoratori la cui prestazione di servizi nell'impresa sia di minor durata –e che collateralmente aumenterà la precarietà dei lavoratori–.

Ciò che è certo è che se l'imprenditore non fosse a conoscenza con anticipo del costo economico del licenziamento la protezione del posto di lavoro dell'impiegato avrebbe maggior considerazione. Magari sarebbe un modo di eliminare o almeno ridurre i licenziamenti disciplinari illegittimi per arbitrarietà o basati sugli interessi dell'imprenditore.

## **21. La proposta per il cambio del sistema spagnolo di indennità**

Un punto cruciale del licenziamento è la determinazione di un'indennità adeguata. Materia molto delicata non conoscendosi il danno reale prodotto all'impiegato con l'estinzione del suo contratto di lavoro. Tuttavia, ci sono ragioni più che sufficienti

per confermare che l'anzianità –periodo di prestazione di servizi– non è il criterio più opportuno per calcolare la totalità –o parte– dell'importo economico dell'indennità.

*De lege ferenda* crediamo che un giusto e corretto sistema per calcolare l'indennità sarebbe quello che include due quantità economiche: da un lato, una somma fissa per tutti i lavoratori licenziati illecitamente; e, dall'altro, una somma variabile ma tassata in funzione della durata dei servizi prestati nell'impresa. Pertanto, un sistema simile a quello attualmente vigente ma aggiungendo questo concetto economico prestabilito per qualsiasi licenziamento illecito: in questo modo, si continuerebbero a rispettare le conseguenze giuridiche positive del licenziamento tassato attuando il miglioramento delle sue ripercussioni negative.

Nonostante ciò, se si potesse modificare totalmente il sistema di retribuzione del licenziamento –molto complesso essendo pienamente radicato– forse sarebbe più opportuno –anche se più costoso nella sua determinazione– puntare su un sistema giudiziario arbitrario formato anche da due concetti economici: una somma economica basata sulla valutazione reale dei danni causati dall'impresa al lavoratore con un limite o clausola minima dell'indennità –ma non un tetto massimo con il fine di evitare l'effetto tassato e calcolato dell'indennità–; e una somma economica variabile ma tassata e calcolata in funzione della durata della prestazione dei servizi del lavoratore. Si potrebbe persino pensare per un maggior rendimento dell'impiegato a un sistema di licenziamento che conti anche il rendimento economico o gli obiettivi raggiunti dal lavoratore.

Qualsiasi cambiamento o riforma deve partire dalla mancanza di protezione o tutela lavorativa di un licenziamento disciplinare libero, decausalizzato e attuato dall'imprenditore senza controllo giudiziario previo –il licenziamento è eseguibile dal momento in cui decide l'imprenditore–. L'unico e reale limite esistente alla non attuazione di un licenziamento arbitrario e capriccioso –da qui la sua vitale importanza e la nostra proposta di grande cura e garanzia– si basa sull'indennità economica: una compensazione attualmente tassata e facilmente calcolabile in modo previo al licenziamento, fondata sugli anni di servizio e che non pretende una reale riparazione dei diritti e degli interessi violati dall'imprenditore.

## **22. L'auspicata armonia tra indennità tassata legalmente, indennità complementare e valutazione della colpevolezza dell'imprenditore nel licenziamento illegittimo o invalido**

Il sistema oggettivo di indennità tassata conferisce sicurezza giuridica al sistema a fronte di impedire l'individualizzazione dei danni. Opzione legislativa totalmente legittima e che risponde a scopi di politica sociale. Sistema di indennità oggettiva del licenziamento illegittimo che impedisce renderla compatibile con il risarcimento danni. Ciò che è certo è che l'indennità lavorativa tassata non pretende risarcire i danni



specifici che la stessa rottura possa causare –derivati dal diritto comune– bensì la rottura arbitraria del vincolo contrattuale –derivati dal diritto del lavoro–.

Tuttavia il fatto che nei licenziamenti nulli esista la possibilità di conferire indennità complementari è un argomento completamente trasportabile al licenziamento illegittimo o invalido esistendo danni che non vengono risarciti dall'indennità oggettiva tassata. *De lege ferenda* difendiamo che è totalmente fattibile attribuire indennità complementari a quelli tassati legalmente per risarcire i danni che in modo arbitrario l'imprenditore abbia potuto causare all'impiegato licenziato illegittimamente –a maggior ragione se la legge ammette indennità complementari nei licenziamenti nulli–.

In effetti quando si dichiara la nullità del licenziamento esiste la possibilità di richiedere un'indennità specifica complementare riparatrice dei danni causati al lavoratore attraverso la violazione del suo diritto fondamentale. Questa indennità dovrà essere stabilita dal giudice facendo riferimento alle circostanze del caso concreto in funzione del danno morale, della violazione del diritto fondamentale e dei danni addizionali derivati dal licenziamento lesivo.

Nel complesso, per il licenziamento nullo –non illegittimo– si articolano due forme di protezione: il danno derivato dalla perdita del lavoro e che ha un'indennità legalmente tassata da ET; e il danno derivato dalla violazione del diritto fondamentale. Ma questo indennità non deriva automaticamente dalla sentenza della lesione di un diritto fondamentale bensì che per la sua determinazione si deve dimostrare un danno effettivamente prodotto da detta lesione con una minima concretezza delle basi dell'indennità che si rivendica, cosa che ovviamente crediamo essere totalmente trasferibile al licenziamento illegittimo esistendo danni non risarciti con una mera indennità tassata.

Più complessa è la questione riguardante il fatto che il sistema indennitario oggettivo stabilito legalmente per il licenziamento illegittimo non tiene in conto la colpa dell'imprenditore nella sua azione estintiva. Un sistema indennitario che non tiene in considerazione che il comportamento colpevole –in questo caso dell'imprenditore– facilita la consumazione e la continuazione di azioni illecite e arbitrarie a danno della persona che deve sopportarle –in questo caso l'impiegato–.

È per questo che l'indennità tassata oggettivamente per il licenziamento illegittimo dovrebbe ammettere indennità complementari a maggior ragione quando il datore di lavoro ha agito in modo consapevole rispetto alla sua colpevolezza e arbitrarietà –dolosamente–. Crediamo che la colpevolezza debba avere –come minimo– un'esigua ripercussione economica sulla responsabilità patrimoniale di chi la esercita.

A questo proposito non crediamo che debba avere stessa traduzione economica l'azione dell'imprenditore che licenzia per azioni che non possiedono gravità sufficiente

rispetto a quei comportamenti dell'imprenditore di natura pienamente dolosa e assenti di giustificazione.

Fino a tal punto può essere irragionevole il sistema di indennità che è possibile che la somma economica della quale deve rispondere l'imprenditore per un'azione pienamente abusiva e fraudolenta sia inferiore rispetto a quella che deve risarcire un altro imprenditore che licenzia per fatti soggetti a sanzione –cosa che suppone l'esistenza dell'inadempimento del lavoratore– ma non al licenziamento per non possedere gravità sufficiente: ciò accade perché il sistema di indennità si sostiene in virtù della durata della prestazione di servizi del lavoratore.

Questo tema deve essere affrontato con buon senso e cercando la giusta armonia tra la protezione dell'impiego e la protezione sociale: ad ogni modo, crediamo sia conveniente e giusto rendere possibile la richiesta di indennità complementare per il lavoratore ingiustamente licenziato dichiarandosi illegittimo o nullo il licenziamento.

Alla fine l'indennità tassata a causa del licenziamento illegittimo finisce per trasformarsi nel meccanismo di maggior protezione fronte ai licenziamenti arbitrari. Conferisce sicurezza giuridica ma gode di grande rigidità cosa che può finire per causare specifici favoritismi o ingiustizie. Alle volte maggiore flessibilità nel trattamento legale della somma economica può concedere maggior protezione all'impiego.

*De lege ferenda* l'indennità tassata a causa del licenziamento non deve censurare un eventuale responsabilità contrattuale dell'imprenditore: rendere compatibile entrambe le indennità in forma complementare –la compensazione oggettiva del lavoro e il risarcimento per danni– potrebbe essere una buona soluzione.

### **23. La dichiarazione di nullità del licenziamento disciplinare ai sensi dell'ordinamento giuridico spagnolo**

La qualificazione di nullità si riserva per quei licenziamenti che attentano ai diritti fondamentali e alle libertà civili del lavoratore. In questi licenziamenti si ottiene una custodia rafforzata la cui conseguenza è la qualificazione di legittimità o di nullità del licenziamento disciplinare ripudiando automaticamente la possibilità di dichiarare l'estinzione illegittima o invalida.

Nella nullità del licenziamento disciplinare si differenziano due classi di diritti che possono essere violati: da un lato, il diritto alla non discriminazione degli articoli 14 della Costituzione Spagnola, 4.2.c) e 17.1 ET e 12 della Legge Organica della Libertà Sindacale; dall'altro, i rimanenti diritti fondamentali e libertà civili del lavoratore, cosa che suggerisce l'inclusione dei diritti compresi negli articoli 14 a 29 della Costituzione spagnola –cosa che di per sé permette includere la discriminazione–.

Ma saranno nulli anche i licenziamenti proiettati durante situazioni biologiche e/o familiari individualmente protette –licenziamenti durante la gravidanza, sospensione per maternità, adozione, affidamento o paternità, per rischi durante la gravidanza o l’allattamento al seno, per malattie causate dalla gravidanza, dal parto o dall’allattamento al seno, licenziamenti in altre situazioni tutelate dal legislatore per favorire la conciliazione tra la vita familiare e lavorativa degli impiegati (permesso, riduzione della giornata o congedo)– e i licenziamenti che ricadano sulle vittime di violenza di genere.

Si stabilisce così una struttura unitaria nella nullità del licenziamento disciplinare e oggettivo che, tuttavia, rimane fratturato quando si paragona con i licenziamenti collettivi dove ancora si mantiene la nullità dell'estensione per difetti di forma e del procedimento dell’atto di licenziamento cosa che permette di distinguere e confermare l'esistenza di un sistema dualista di nullità.

**24. La necessaria differenza che dovrebbe esistere tra un licenziamento privo di gravità sufficiente e colpevolezza di un licenziamento privo di qualsiasi giusta giusta**

Il licenziamento per frode alla legge si caratterizza per essere un licenziamento palesemente arbitrario, con causa inesistente o irreali, il cui fine è ottenere la dichiarazione di illegittimità dell'estinzione, cosa che permetterà al datore di lavoro di poter disfarsi del lavoratore tramite una semplice compensazione economica.

In base al *Código Civil*, gli atti realizzati in frode alla legge non impediranno la dovuta applicazione della norma che si era tentato di eludere. In conformità con questa affermazione se il licenziamento si è realizzato in frode alla legge dovrebbe accordarsi la nullità a pieno titolo dello stesso. La risposta fronte alla frode alla legge non deve permettere la consumazione del trasgressore di creare dolosamente le condizioni che permettono l'applicazione dell'ordine normativo più favorevole ai propri interessi.

Tuttavia, la giurisprudenza del lavoro rifiuta la possibilità di dichiarare la nullità radicale di un licenziamento per la sua natura fraudolenta. Giurisprudenza che non può essere condivisa poiché –come abbiamo commentato in altre occasioni– crediamo che sia conveniente differenziare gli effetti o conseguenze giuridiche di un licenziamento non basato sulla gravità e colpevolezza che richiede una giusta causa, da un altro licenziamento direttamente privo di giusta causa, meramente fittizio, assolutamente arbitrario e totalmente capriccioso, il cui unico obiettivo è lo svincolo da una relazione lavorativa che l'imprenditore non desidera più.

Per la sua considerabile gravità riteniamo che le conseguenze giuridiche di questo licenziamento dovrebbero essere di maggior trascendenza giuridico-economica rispetto alla semplice dichiarazione di illegittimità dello stesso –come minimo la dichiarazione di nullità del licenziamento e la conseguente riammissione del lavoratore–

. Il modello più vicino può trovarsi nell'ordinamento giuridico italiano con la tutela reintegratoria con indennità limitata nei casi di inesistenza della ragione soggettiva o oggettiva giustificata, della giusta causa presunta o delle condotte punibili previste nei contratti collettivi o codici disciplinari.

Alla fine la qualificazione del licenziamento nullo per frode alla legge non ha un posto naturale nella legislazione spagnola del lavoro cosa che, purtroppo, fa sì che non rimanga ulterior rimedio se non quello di ricondurre i suoi effetti a quelli della qualificazione del licenziamento illegittimo non dimostrandosi la causa invocata dall'imprenditore.

## **25. Distinzione tra gli effetti della dichiarazione di illegittimità e di nullità**

La sentenza sarà dichiarativa se conferma la legittimità del licenziamento. Sarà costitutiva se dichiara l'illegittimità –invalidità– del licenziamento –la cui conseguenza non è revocare l'atto di licenziamento bensì privare il licenziamento di taluni effetti giuridici–. Sarà dichiarativa e di condanna se dichiara la nullità del licenziamento –obbligando a riportare la situazione al momento precedente rispetto all'attuazione del licenziamento–.

Con l'illegittimità o invalidità del licenziamento il datore di lavoro possiede due opzioni: riammettere il lavoratore revocando l'atto di licenziamento –ricostituzione del contratto di lavoro– o confermare l'atto di licenziamento dovendo risarcire l'impiegato. Ma con la nullità del licenziamento si obbliga alla riammissione dell'impiegato privando di effetti l'atto estintivo –cosa che equivale a licenziamento inesistente–.

Pertanto, nel caso di licenziamento nullo l'estinzione del contratto di lavoro è esistita materialmente ma la dichiarazione di nullità la priva di efficacia giuridica cosa che comporta dal punto di vista giuridico che il licenziamento non è esistito. Al contrario, nel licenziamento illegittimo il licenziamento è esistito tanto materialmente quanto giuridicamente anche tenendo conto della sua natura ingiustificata.

La possibilità dell'imprenditore di optare tra la riammissione del lavoratore licenziato ingiustamente o risarcirlo in cambio di disfarsi di lui nei licenziamenti disciplinari illegittimi è un meccanismo confezionato a favore e a beneficio dell'imprenditore. Specificatamente è la forma lecita che possiede il datore di lavoro per ovviare al pagamento dell'indennità nei casi in cui questa sia eccessiva per la sua capacità economica: la realtà è che è uno strumento costituito e finalizzato ad aiutare l'imprenditore nella soluzione che più benefici ai suoi interessi particolari.

Nella sua qualificazione denominativa può anche differenziarsi tra stabilità obbligatoria –tipica del licenziamento illegittimo o invalido– e stabilità reale –tipica del licenziamento nullo–. Il vero equilibrio tra i poteri esistenti nella relazione lavorativa si raggiungerebbe con la stabilità reale che autorizza la riammissione del lavoratore

licenziato senza che si permetta la sua sostituzione con un'indennità economica minima –stabilità obbligatoria–.

D'altra parte, *de lege ferenda*, la scelta tra la tutela reale e tutela obbligatoria dovrebbe essere del lavoratore: ossia, l'impiegato è colui il quale dovrebbe scegliere tra il reinserimento nell'impresa o l'indennità economica –non viceversa–: l'imprenditore non è quello che dovrebbe scegliere tra una o l'altra sanzione-.

## **26. Il potere economico dell'imprenditore di licenziare**

Nel momento in cui l'illegittimità del licenziamento riconosce la facoltà dell'imprenditore a optare per la riammissione o per l'estinzione risarcita –rafforzata dopo la riforma del 2012 eliminando i “*salarios de tramitación*” qualora si scelga l'indennità– si prevede una struttura giuridica del licenziamento totalmente decausalizzata permettendo il licenziamento dell'impiegato senza giusta causa in cambio di una compensazione economica.

Di conseguenza la causalità ha smesso di essere la base o il sostegno della regolazione normativa del licenziamento. L'esigenza di una giusta causa è sostituita da un'indennità economica –ogni volta più ridotta–. Pertanto, il licenziamento disciplinare non è più causale. La causa che lo giustifica ha soltanto conseguenze sull'indennità economica.

Ma queste affermazioni sono anche trasportabili ai requisiti formali: i licenziamenti disciplinari privi di forma non implicano la nullità dello stesso bensì la sua illegittimità o invalidità. Se si incorre nella mancanza di formalità da parte dell'imprenditore la conseguenza non è altro che l'illegittimità del licenziamento e il diritto di opzione normalmente dell'imprenditore.

In effetti il sistema ha costituito un potere dell'imprenditore di licenziare liberamente il lavoratore in cambio di una compensazione monetaria: potere dell'imprenditore che potremmo definire finemente come il potere economico estintivo imprenditoriale –o dell'imprenditore– o principio di libertà del licenziamento in cambio di una compensazione.

Si evidenzia che la struttura del licenziamento non è quella che sembra stabilirsi nella normativa: la causalità e la formalità sono realmente ridotte a una totale descausalizzazione del licenziamento disciplinare i cui principali elementi si sono monetizzati e sono stati sostituiti dal potere del denaro. Pertanto, giuridicamente è possibile sostituire i requisiti legalmente richiesti con una compensazione economica facilmente calcolabile in modo previo dall'imprenditore.

## **27. La fallacia del principio di causalità del licenziamento nell'ordinamento giuridico-lavorativo spagnolo**

La vera tutela fronte al licenziamento non esiste: la realtà ci dimostra che la legge è estremamente debole e sostituibile in termini economici. Può affermarsi a chiare lettere che il licenziamento ha un prezzo; in altre parole, si può comprare con denaro. L'unico limite reale esistente al licenziamento disciplinare è la volontà dell'imprenditore, visto che anche quando non esista giusta causa né si siano rispettati i requisiti formali, dichiarandosi illegittimo il licenziamento, l'obiettivo di estinguere il contratto di lavoro dell'impiegato verrà consumato semplicemente con un costo economico addizionale. In ultima analisi il potere di licenziare –in modo libero ma risarcito– si sviluppa per volontà del datore di lavoro e con tolleranza della volontà normativa e legislativa.

Si scopre così che la legge spagnola gira intorno alla volontà unilaterale dell'imprenditore: si veda come, anche quando si siano disprezzati e violati i requisiti causali e formali dell'ordinamento giuridico, la facoltà di scegliere tra la riammissione o l'estinzione del contratto di lavoro è un'opzione alternativa della persona che estingue la relazione; in altri termini, di chi in modo individuale decide di smettere di disporre di un determinato impiegato per ragioni arbitrarie e ingiustificate.

Si evidenzia che l'efficacia dei requisiti legali –causali e formali– sono di scarsa rilevanza per l'imprenditore e per la sua volontà unilaterale di licenziare. Il sistema giuridico reagisce fronte a questa volontà in modo singolare: anche quando si fosse commesso un errore nel giustificare o formalizzare il licenziamento disciplinare del lavoratore, a parte le possibilità di rettifica esistenti, la legge concede l'opportunità di avere attraverso il pagamento di un costo economico addizionale –preventivamente calcolato dall'imprenditore e ogni volta meno cospicuo– la possibilità di mantenere l'efficacia della decisione estintiva attaccando chiaramente il principio di stabilità dell'impiego. Prevale, pertanto, la libertà di impresa o dell'imprenditore e il licenziamento non soggetto ad alcun limite –semmai solamente economico–. Ovviamente sono considerazioni che non possono rispettare la logica del Diritto del Lavoro e ancora meno quella del suo obbligo costituzionale –articolo 35 della Costituzione Spagnola–.

Effettivamente ci chiediamo se esiste il principio di causalità; e se è così, dobbiamo interrogarci sul suo totale lenocinio e degradazione. È un principio debole, praticamente inesistente; forse sarebbe positiva una rapida e immediata distruzione –la sua morte totale– affinché risorga con maggiore efficacia prima di continuare a mantenerlo nell'ordinamento con una minima e compromessa efficacia: ovviamente, il principio di causalità del licenziamento è ferito a morte e se continua ad esistere nel modo in cui attualmente resiste è perché risulta conveniente al legislatore e al datore di lavoro.

Riteniamo che non abbia senso mantenere il principio di causalità: risparmieremmo tempo e denaro se si esaurisse completamente; in cambio, richiederemmo un licenziamento libero risarcito –riconosciuto come tale nella stessa

legislazione– ma con una somma economica più elevata –ad esempio, oltre l'indennità tassata dalla rottura arbitraria del vincolo lavorativo, introdurre la legittima indennità per danni causati al lavoratore licenziato illegittimamente o dall'attuazione colpevole del datore di lavoro così come abbiamo sostenuto precedentemente–.

Non ha senso camuffare il licenziamento libero in termini inoperanti e distorti per continuare a ridurre e diminuire –ancora di più se possibile– il costo economico dell'espulsione non giustificata di un lavoratore dall'impresa. Il principio di causalità deve rinascere ma soggetto al pieno sviluppo della personalità e del rispetto della dignità del lavoratore, valori costituzionali violati quando si attua un licenziamento illegittimo senza giusta causa in cambio di un costo economico stabilito nella legislazione in materia di lavoro.

## **28. L'unificazione della giusta causa e del giustificato motivo di licenziamento in Italia**

Come proposta *lege ferenda* dell'ordinamento giuridico italiano, forse sarebbe più efficiente unire la giusta causa e il motivo soggettivo giustificato in una sola causa di licenziamento, ovviamente, senza preavviso, cosa che beneficerebbe l'imprenditore, poiché non dobbiamo dimenticare che ci troviamo di fronte al licenziamento di un lavoratore per suo stesso inadempimento. Rispetto a ciò, sarebbe eccessivo e troppo gravoso proporre un preavviso all'imprenditore per licenziare l'impiegato quando abbia commesso un'azione soggetta a licenziamento disciplinare anche quando la stessa non fosse gravissima.

Pertanto, difendiamo una teoria unitaria di licenziamento disciplinare italiano che faciliti la valutazione al giudice e all'imprenditore: ovviamente, ciò non vuol dire che si debba licenziare l'impiegato per qualsiasi causa; ma tutto il contrario.

In effetti, consideriamo che per un licenziamento più efficace, con maggiore sicurezza giuridica e con meno dosi di interpretazione giurisprudenziale, sarebbe conveniente unire il licenziamento per giusta causa e il licenziamento per giustificato motivo soggettivo in un'unica categoria eliminando completamente la sua dicotomia. Di conseguenza si razionalizzerebbe la stessa legislazione italiana in materia di licenziamento, a nostro giudizio, molto confusa, sezionata, inefficace e poco celere.

In questo modo, la linea divisoria tra il licenziamento disciplinare e il licenziamento per circostanze economiche, tecniche, organizzative e produttive – licenziamento per giustificato motivo oggettivo– non sarebbe così fragile, cosa che permetterebbe differenziare anche le conseguenze del licenziamento illegittimo in sé. Riteniamo che un licenziamento disciplinare illegittimo, dove deve dibattersi l'esistenza o meno dell'inadempimento contrattuale grave del lavoratore, o esiste o non esiste –non possono esserci dubbi, né mezze misure al riguardo–, a differenza del licenziamento per circostanze oggettive, dove sì si può avere maggiore interpretazione e razionalizzazione

nelle circostanze e nelle cifre e dati per i quali si sostiene lo stesso, cosa che poniamo in piena connessione con le conseguenze giuridiche del licenziamento illegittimo, poiché crediamo che sia molto più grave non poter giustificare, poiché inesistente, un licenziamento disciplinare –quindi, la responsabilità dell'imprenditore dovrebbe essere parecchio più severa, difendendo, in questo caso, la totale applicazione della tutela reale e piena– che non arrivare a risultati pertinenti e soggetti al licenziamento oggettivo – dove la conseguenza, forse, sempre che si giustifichi un minimo di equanimità, potrebbe essere la tutela obbligatoria (con una maggiore indennità economica); ovviamente in caso di inesistenza totale non c'è dubbio che si debba applicare anche la tutela reale–.

Con la tutela obbligatoria il legislatore italiano aspira a dare priorità a particolari esigenze imprenditoriali e organizzative invece di dare la precedenza a che il lavoratore raggiunga una stabilità reale. Cosa che a nostro giudizio non dovrebbe rientrare in un licenziamento disciplinare illegittimo.

### **29. I livelli di occupazione nell'impresa italiana in relazione alle conseguenze giuridiche della qualificazione del licenziamento**

Non crediamo che sia corretto differenziare la tutela reale e la tutela obbligatoria basandosi sui livelli di occupazione dell'impresa: consideriamo che non sia un parametro rappresentativo accurato della capacità economica dell'impresa moderna.

In effetti, nel caso in cui il giudice riconosca un licenziamento illegittimo come annullabile o inefficace di qualsiasi formalità, senza giusta causa né giustificato motivo, e debba imporre degli obblighi determinati e conseguenze giuridiche al datore di lavoro, non possiamo considerare come parametro ragionevole i livelli di occupazione.

Non condividiamo l'idea che sia un ragionamento soddisfacente, giusto o equanime e ancora meno tenendo in conto le caratteristiche dell'impresa moderna. Vediamo un esempio: le conseguenze per le quali deve rispondere il datore di lavoro in un licenziamento illegittimo per non aver dimostrato sufficientemente la giusta causa o un giusto motivo soggettivo, cambia drasticamente se l'impresa, invece di avere sessanta lavoratori ne ha sessantuno; o da quindici a sedici lavoratori in qualsiasi sede, stabilimento, filiale, ufficio o dipartimento indipendente; o da cinque a sei lavoratori se si tratta di imprenditori agricoli. Nel complesso, per un semplice impiegato la differenza economica è esorbitante.

Ovviamente non crediamo che il livello di occupazione nell'impresa sia un criterio razionale e ancor meno giusto.

### **30. Le recenti riforme italiane**

A partire dalla riforma Fornero, in Italia, il reinserimento del lavoratore nel posto di lavoro è passato dall'essere la conseguenza normale a qualcosa di anormale,



sostituendosi la riammissione dell'impiegato con un'indennità economica per anni lavorati –come accade in Spagna da tempo immemore–.

Tuttavia, si deve riconoscere che almeno con questa riforma si è ridotta la discrezionalità e l'interpretazione soggettiva dei tribunali al momento di fissare la somma economica delle eventuali indennità, cosa che permette confermare una maggiore stabilità e sicurezza giuridica –ribadiamo, solo rispetto alla quantità economica–, poiché prima di detta riforma non esisteva un modulo –certo e determinato– stabilito in relazione all'anzianità, cosa che permetteva al giudice fissare liberamente la quantità nel rispetto dei limiti.

Stabilità e sicurezza giuridica che con la riforma introdotta dal Decreto Legislativo 23/2015, del 4 marzo, vengono danneggiate, poiché non crediamo opportuno che debbano esistere due regimi differenti di indennità per uno stesso licenziamento per il semplice fatto di aver firmato il contratto di lavoro successivamente alla vigenza di detto Decreto Legislativo. Ovviamente, ciò produrrà la disapprovazione di molti settori giuridici a maggior ragione se si procede senza attenzione verso una maggiore flessibilità nel licenziamento.

Si riconferma una nostra affermazione quando, in questo stesso testo legislativo –Decreto Legislativo 23/2015, del 4 marzo–, nei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dei contratti celebrati a partire dalla sua vigenza, non esiste più la riammissione del lavoratore bensì solamente la conclusione della relazione lavorativa per estinzione risarcita. Logicamente ciò vorrà dire che la maggior parte dei licenziamenti individuali verranno gestiti in tal modo –anche se completamente inesistenti– cosa che produce un lecito richiamo della frode alla legge.

D'altro canto, e con l'obiettivo di risparmiare costi economici ed evitare il processo giudiziario, con quest'ultimo testo normativo si introduce la facoltà di conciliazione con cui le parti –si richiede il beneplacito di entrambi; ossia, lavoratore e imprenditore– possono arrivare a un accordo economico tassativamente regolato e modulato.

### **31. La critica al valore economico del licenziamento illegittimo italiano**

È evidente come l'attuale valore economico dell'indennità non possieda effetti dissuasivi nei confronti del licenziamento, oltre a non essere una quantità proporzionale all'importanza della perdita dell'impiego per il lavoratore. Pertanto, crediamo che l'indennità economica debba essere superiore a quella attualmente stabilita.

Allo stesso modo, si mette nello stesso sacco, in modo cumulativo, da un lato, l'indennità per salari non percepiti e, dall'altro, l'indennità per danni causati all'impiegato dall'estinzione illegittima dell'imprenditore. Tuttavia, consideriamo che oltre alla riammissione –o, in sua mancanza, indennità per estinguere la relazione lavorativa illegittima– e ai salari non percepiti –“*salarios de tramitación*”– si debba

aggiungere un'altra efficace e concreta indennità economica che risarcisca i danni che si siano potuti causare al lavoratore licenziato illegittimamente –o almeno che nelle tutele indennitarie non ci sia alcun limite massimo–.

Ciò che è vero è che la stabilità reale del posto di lavoro finire per cedere di fronte agli interessi del mercato odierno cosa che finisce per mercantilizzare lo stesso licenziamento e per rendere completamente flessibile la relazione lavorativa.

### **32. L'avvicinamento dell'Italia al licenziamento libero risarcito**

Ciò che è chiaro è che le riforme del lavoro si sono prodotte basandosi sulla crisi economica sono venute per rimanere o –addirittura potrebbe affermarsi– per continuare il loro sviluppo e ampliamento.

Tanto in Spagna come in Italia si è prodotta e si sta producendo una vera ridefinizione del settore del Diritto del Lavoro: si veda con le riforme del lavoro in materia di licenziamento. Forse dobbiamo abituarci a questa cronaca di riforme negative poiché quanto prima non saranno le uniche. Ciò che è certo è che sempre si è diffidato dal termine –abominevole e così immensamente odiato– introdotto dagli stessi organismi dell'Unione Europea: invero, ci riferiamo alla “flexisicurezza”, concetto al quale affidiamo parte della responsabilità delle misure inefficaci di austerità e perdita dei diritti.

In ultima analisi, e purtroppo –poiché in Spagna il licenziamento libero ma risarcito si è instaurato da tempo–, l'Italia sembra avvicinarsi a un licenziamento libero minimamente risarcito la cui riammissione ci sarà solamente di fronte a casi di trasgressione dei diritti fondamentali e di discriminazione: nonostante ciò, crediamo che possa ancora fermarsi questa ecatombe o tragedia che è già debolmente iniziata, e diciamo detenersi, perché la situazione economica italiana prevede, una volta che si sia sbloccata la situazione politica –molto difficile oggi–, un lungo elenco di riforme imminenti tra le quali si include quella del lavoro che –preannunciamo e anticipiamo– sarà molto più intensa e grave delle precedenti.

La sensazione finale dello studio della figura giuridica del licenziamento in Italia ci porta a confermare che realmente non esistono regole. In altri termini, studiando l'ordinamento giuridico italiano si arriva alla conclusione che il licenziamento è un conglomerato di leggi e decreti aggiunti o costituiti in funzione del contesto economico, dove alla fine, tutto rimane all'interpretazione soggettiva del giudice –come anche in Spagna– con un sistema ogni volta meno protezionista del lavoratore. In conclusione non esiste un sistema razionalizzato relativo al licenziamento in Italia.





## BIBLIOGRAFIA

- AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, Navarra, Aranzadi, 1997.
- ALBIOL MONTESINOS, I.: *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, Bilbao, Deusto, 1990.
- ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al*: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Wolters Kluwer, 2010.
- ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, in ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L., JUÁNIZ MAYA, J. R., LÓPEZ GANDÍA, J., SALA FRANCO, T. e RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: *Las relaciones laborales. (Un estudio crítico de la Ley de Relaciones Laborales, del decreto-ley sobre medidas económicas y el decreto-ley sobre relaciones de trabajo)*, Valencia, Torres, 1977.
- ALESSI, C.: “Il licenziamento disciplinare nella giurisprudenza e nella contrattazione collettiva”, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, num. 9, 1991.
- ALLEVA, P. G.: “L’ambito di applicazione della tutela reale contro i licenziamenti”, in CARINCI, F. e NAPOLI, M. (a cura di) *et al*: *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Napoli, Jovene, 1991.
- ALONSO OLEA, M.: *El despido*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957.
- ALONSO OLEA, M. e CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la UCM, 1995.
- ALONSO OLEA, M.: “Introducción general al despido y a sus causas”, in ALONSO OLEA, M. *et al*: *Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*, Madrid, Universidad de Complutense, 1996.
- ALVAREZ VIGARAY, R.: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, Comares, 1986.
- ALZAGA RUIZ, I.: “La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, in GIL Y GIL, J. L. (Coord.) e DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009.

## BIBLIOGRAFIA

- AMOROSO, G.: “Nuovo intervento delle Sezioni Unite in tema di licenziamento disciplinare nota a sentenze Cass. Sez. Unite, 26 Aprile 1994, nn. 3966, 3965”, in *Il Foro Italiano*, 1994, I.
- ARRIGO, G.: “Apuntes críticos sobre la reciente reforma del mercado de trabajo italiano”, in *Revista de Trabajo*, num. 11, 2013.
- ARUFE VARELA, A.: “Tres apuntes acerca del plazo para la realización de un nuevo despido previo con defectos de forma”, in GARATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: 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 de Santiago de Compostela*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1997.
- ASSANTI, C.: *Le sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1963.
- ASSANTI, C.: “Studio sull’art. 7 della legge 20 maggio 1970, n°. 300”, in *Orientamenti della giurisprudenza del lavoro*, 1971, aprile-giugno.
- BALLESTRERO, M. V.: *I licenziamenti*, Milano, FrancoAngeli, 1975.
- BALLESTRERO, M. V.: “Giusta causa e giustificato motivo soggettivo dei licenziamenti”, in CARINCI, F. e NAPOLI, M. (a cura di) *et al: La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Napoli, Jovene, 1991.
- BARBAGALLO, C.: *Origini della grande industria contemporanea (1750-1850)*, Venezia, La Nuova Italia, 1923.
- BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *Diligencia y negligencia en el cumplimiento. Estudio sobre la prestación de trabajo debida por el trabajador*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.
- BAYLOS GRAU, A. P., CRUZ VILLALÓN, J., e FERNÁNDEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup>. F.: *Instituciones de derecho procesal laboral*, Madrid, Trotta, 1992.
- BAYLOS GRAU, A. e PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, Trotta, 2009.
- BAYLOS GRAU, A. e PÉREZ REY, J.: “Artículo 56. Despido improcedente”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) e SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012.

- BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES, J. I.: “Indisciplina y desobediencia en el trabajo”, in GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004.
- BLASCO SEGURA, B.: “El despido disciplinario en la nueva normativa laboral”, in *Revista Española de Derecho del Trabajo*, num. 5, 1981.
- BLOCH, M.: *La società feudale*, Torino, Giulio Einaudi, 1949.
- BOLLANI, A.: “Il licenziamento disciplinare”, in MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Torino, Utet, 2012.
- BOZZAO, P.: “I primi passi del Jobs Act: ambizioni, incertezze e difficili equilibri”, in *Federalismi: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, num. 7, 2015.
- BOZZAO, P.: “Jobs Act o Jobs Aid? Appunti per un’agenda del lavoro in tempo di crisi”, in *Federalismi: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, num. 5, 2014.
- BUONCRISTIANI, D.: *Il licenziamento disciplinare: tecnica procedimentale ed impugnatoria. Profili comparatistici (Francia, Spagna, Germania)*, Padova, Cedam, 2012.
- BURRIEL RODRÍGUEZ, P.: “La teoría de la gravedad y culpabilidad en el despido disciplinario. Las cláusulas de blindaje en la relación laboral común”, in *Aranzadi Social: Revista doctrinal*, num. 18, 2010.
- CAMMALLERI: *L’inefficacia del licenziamento. Tutela obbligatoria e diritto comune*, Palermo, Temilavoro, 2005.
- CARINCI, F.: “Complimenti, Dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro”, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, num. 6, 2012.
- CARINCI, F.: “Il licenziamento inefficace per la riforma Fornero”, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, num. 10, 2012.
- CARINCI, F.: “Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare”, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, num. 1, 2013.
- CARINCI, F.: “Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori”, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, num. 3, 2013.

- CARINCI, F.: “È applicabile il novellato art. 18 ST al pubblico impiego privatizzato? (Una domanda ancora in cerca di risposta)”, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, num. 6, 2013.
- CARINCI, F.: “Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti ('a sensi della bozza del D.Lgs. 24 dicembre 2014')”, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, num. 2, 2015.
- CARINCI, F.: “Dallo Statuto al Contratto a tutele crescenti: il cambio di paradigma”, in *Giurisprudenza italiana*, num. 3, 2016.
- CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. e TREU, T.: *Diritto del Lavoro: il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, Utet giuridica, 2013.
- CARMONA POZAS, F.: “El incidente de readmisión irregular”, in AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992.
- CARNELUTTI, F.: *Teoría generale del diritto*, Roma, Edizioni Scientifiche Italiane, 1951.
- CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, Barcelona, Bosch, 1984.
- CASALE, D.: “Potere disciplinare”, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, num. 6, 2006.
- CASALE, D.: “I criteri di scelta nei licenziamenti collettivi”, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, num.4-5, 2007.
- CASALE, D.: “Il licenziamento del personale pubblico (dirigente) con quaranta anni di anzianità contributiva ex art. 72 del d.l. n. 112/2008”, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, num. 6, 2008.
- CASALE, D.: “Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità psicofisica permanente”, in CARINCI, F. e MAINARDI, S. (a cura di): *La terza riforma del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, Ipsoa, 2011.
- CASALE, D.: “La rinnovata disciplina della malattia del dipendente pubblico”, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, num. 3-4, 2012.
- CASALE, D.: “Malattia, inidoneità psicofisica e handicap nella novella del 2012 sui licenziamenti”, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, num. 2, 2014.
- CASALE, D. e LIMA, A.: “Istruttoria e irrogazione della sanzione disciplinare”, in MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Torino, Utet, 2012.



- CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Naturaleza jurídica y garantía de pago de los salarios de tramitación: ¿punto y final al debate sobre dos viejas cuestiones?”, in *Aranzadi Social*, num. 5, 2002.
- CEBRIÁN CARRILLO, A.: “Las prescripciones de las faltas laborales”, in AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992.
- CESTER, C.: “Il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo”, in *Giurisprudenza italiana*, num. 1, 2014.
- CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M<sup>a</sup>.: “El proceso de despido: de la demanda a la sentencia”, in GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004.
- COLOMBO, A., RIPA, A. e VARESI, A.: *Licenziamento. Gestione, procedura e casistica*, Milano, Ipsoa – Wolter Kluwer, 2014.
- CRISTÓBAL RONCERO, R.: “Límites de la discusión en juicio de despido, del salario real o debido al trabajador. Comentario a la STSJ de Cataluña de 14 de Noviembre de 2001 (AS 2002, 234)”, in *Aranzadi social*, num. 1, 2002.
- CRISTÓBAL RONCERO, R.: “La Reforma Laboral, a examen”, in *Actualidad jurídica Aranzadi*, num. 867, 2013.
- CRISTÓBAL RONCERO, R.: “RD 418/2014, de 6 de junio, por el que se modifica el procedimiento de tramitación de las reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios de despido (BOE 18-6-2014)”, in *Nueva revista española de derecho del trabajo*, num. 167, 2014.
- CRISTÓBAL RONCERO, R. e DE NIEVES NIETO, N.: “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario (art. 54.2 d ET)”, in *Actualidad laboral*, num. 2, 2005.
- CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983.
- CRUZ VILLALÓN, J.: “Requisitos ordinarios: la carta de despido”, in GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004.
- D’ANTONA, M.: *La reintegrazione nel posto di lavoro: art. 18 dello statuto dei lavoratori*, Padova, Cedam, 1979.
- D’ANTONA, M.: *Tutela reale nel posto di lavoro*, Roma, EGT, 1994.

## BIBLIOGRAFIA

- D'AVOSSA, E.: *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro: Il código, Il procedimento, l'esecuzione delle sanzioni, il licenziamento disciplinare, l'impugnazione delle sanzioni*, Milano, Ipsoa, 1989.
- DE COSSÍO, A.: "El dolo en el derecho civil", in *Revista de Derecho Privado*, 1955.
- DE LA VILLA GIL, L. E.: *Problemas de estabilidad en el empleo*, Murcia, Escuela Social de Murcia, 1973.
- DE LA VILLA GIL, L. E. e PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Introducción a la economía del trabajo*, Madrid, Editorial Debate, 1977.
- DE LUGO Y REYMUNDO, L. B.: *Extinción del Contrato de Trabajo*, Madrid, Reus, 1945.
- DE ROBERTIS, F. M.: *Il rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1946.
- DELGADO UCELAY, I.: "Faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo", in AA. VV: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992.
- DESDENTADO BONETE, A. e DE LA PUEBLA PINILLA, A.: "La reforma del despido en la Ley 35/2010", in GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. e MERCADER UGUINA, J. R.: *La reforma del mercado de trabajo: Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Valladolid, Lex Nova, 2010.
- DI CERBO, V. e SIMEOLI, D.: "Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali", in AMOROSO, G., DI CERBO, V. e MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, Milano, Giuffrè, 2014.
- DURÁN LÓPEZ, F.: "El despido por circunstancias objetivas y la nueva ordenación del despido", in *Revista de Política Social*, num. 117, 1978.
- DURÁN LÓPEZ, F.: "La prescripción de las faltas de asistencia o puntualidad de trabajador tras la LRL", in *Revista de Política Social*, num. 119, 1978.
- DURÁN LÓPEZ, F.: "El despido objetivo: causas, forma y efectos (arts. 52 y 53)", in *Revista española de derecho del trabajo*, num. 100, 2, 2000.
- ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid, Guadarrama, 1967.
- ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, traducción de GARZÓN VALDÉS, E., presentación de GARCÍA SAN MIGUEL, L., a cura di MONEREO PÉREZ, J. L., Granada, Comares, 2001.

- ENGISCH, K.: *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*; traduzione di GIL CREMADES, J. J., a cura di MONEREO PÉREZ, J. L., Granada, Comares, 2004.
- ESPOSITO, M.: “Arbitrato e sanzioni disciplinari nel pubblico impiego: logiche e modelli fra “passato” e “futuri” possibili”, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, num. 2, 2001.
- ESPOSITO, M.: “Processo penale e procedimento disciplinare nella normativa sul lavoro pubblico: diritto di difesa del dipendente e buon andamento delle amministrazioni pubbliche”, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, num. 2, 2009.
- FAVA, G.: *Potere disciplinare: orientamento giurisprudenziale e principi normativi*, Milano, Ipsoa, 2007.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup>. F.: *El poder disciplinario en la empresa*, Madrid, Civitas, 1991.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, in GIL Y GIL, J. L. (Coord.) e DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009.
- FERRANTE, V.: “Forma e procedura del licenziamento. Il licenziamento disciplinare”, in BESSONE, M.: *Trattato di Diritto Privato*, Volume XXIV, in CARINCI, F. (a cura di) e MAINARDI, S. (Coord.): *Il lavoro subordinato. Tomo III. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, Torino, G. Giappichelli, 2007.
- FERRANTE, V.: “Fondamento e natura del potere disciplinare”, in MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Torino, Utet, 2012.
- FIORAI, B.: “Sanzioni disciplinari nei confronti dei lavoratori”, in AA. VV.: *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, 1986.
- GAETA, G.: “Brevi note in materia di licenziamento disciplinare”, in *Rivista giuridica de lavoro e della previdenza sociale*, num. 3, 2003.
- GALANTINO, L.: “Verso una disciplina unitaria del recesso del datore di lavoro”, in *Rivista di diritto de lavoro*, num. 1, 1990.
- GALGANO, F.: *El negocio jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.

- GALIANA MORENO, J. M.: “Algunas consideraciones sobre la improcedencia de despido por razones formales”, in GARATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: 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 de Santiago de Compostela*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1997.
- GARATE CASTRO, J.: “Las faltas de asistencia o puntualidad como incumplimiento contractual justificativo del despido disciplinario”, in *Revista de Política Social*, num. 129, 1981.
- GÁRATE CASTRO, J.: “La voluntariedad como nota definitiva del despido por disminución del rendimiento”, in *Revista de Política Social*, num. 130, 1981.
- GARATE CASTRO, J.: “La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, in AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992.
- GARATE CASTRO, J.: *Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido*, Madrid, ACARL, 1994.
- GARCÍA BLASCO, J.: *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, Barcelona, Bosch, 1983.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “El rendimiento debido en la relación de trabajo”, in *Revista Española de Derecho del Trabajo*, num. 3, 1980.
- GARCÍA NINET, J. I.: “Ofensas verbales o físicas al empresario o a otras personas del entorno empresarial”, in AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. e SASTRE IBARRECHE, R.: “Artículo 54. Despido disciplinario”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 1998.
- GARCÍA SALGADO, M<sup>a</sup>. J.: “Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean”, in *Anuario de filosofía del derecho*, num. 20, 2003.
- GAROFALO, D.: “Licenziamento e forma”, in CARINCI, F. (a cura di MISCIONE, M.) *et al: Diritto del Lavoro. Commentario*, Torino, Utet, 1998.
- GHERA, E.: “Tutela reale e tutela obbligatoria: il licenziamento”, in *Lav. Dir.*, 1992.

- GIL ALBURQUERQUE, R.: “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario: una figura tan necesaria como jurídicamente arriesgada”, in GIL Y GIL, J. L. (Coord.) e DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009.
- GIL Y GIL, J. L.: “La caducidad de la acción de despido”, in AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992.
- GIL Y GIL, J. L.: *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1994.
- GIL Y GIL, J. L.: “La noción del despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Navarra, Aranzadi, 2004.
- GIL Y GIL, J. L.: “La indemnización por despido improcedente”, in GIL Y GIL, J. L. (Coord.) e DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009.
- GIL Y GIL, J. L. e SAGARDOY DE SIMÓN, I.: *La protección contra el despido disciplinario*, Madrid, Cinca, 2007.
- GODINO REYES, M.: “Caducidad del despido”, in GIL Y GIL, J. L. (Coord.) e DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009.
- GOERLICH PESET, J. M<sup>a</sup>.: *La extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Excepciones a la obligación empresarial de pagar la indemnización legal por despido improcedente”, in GARATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: 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 de Santiago de Compostela*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1997.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Pactos de no concurrencia y de permanencia”, in *Revista Española de Derecho del Trabajo*, num. 100, 2000.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, in SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Navarra, Aranzadi, 2004.

## BIBLIOGRAFIA

- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La causalidad del despido disciplinario*, Thomson Reuters, Navarra, 2009.
- GÓMEZ CABALLERO, P.: “El despido disciplinario: aspectos relativos a su formalización y calificación”, in *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, num. 2, 1996.
- GÓMEZ GORDILLO, R.: “Aspectos generales del Despido Disciplinario”, in GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, Pamplona, Thomson Reuters, 2012.
- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: “La noción de incumplimiento contractual grave y culpable en la jurisprudencia”, in GIL Y GIL, J. L. (Coord.) e DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal o pactado”, in GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Despido por acoso”, in GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2010.
- GRANDI, M. e PERA, G. (a cura di) *et al: Commentario breve allo Statuto dei lavoratori*, Padova, Cedam, 1985.
- GUERRERO OSTOLAZA, J. M<sup>a</sup>: “La desobediencia e indisciplina en el trabajo”, in GIL Y GIL, J. L. (Coord.) e DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009.
- GUINDO MORALES, S.: “Despido por circunstancias objetivas: garantías formales y procedimentales (pagaré como instrumento variable para el abono de la indemnización: STS 536/2016, 21 de junio)”, in *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, num. 192, 2016.
- GUINDO MORALES, S.: “Alcance actual de la restricción de acceso al empleo público por razón de la nacionalidad establecida en el artículo 45.4 del tratado de

funcionamiento de la Unión Europea”, in *Derecho de las relaciones laborales*, num. 6, 2017.

GUINDO MORALES, S.: “La mediación laboral como procedimiento de solución extrajudicial”, in CABRERA MERCADO, R. (Dir.) e QUESADA LÓPEZ, P. M. (Coord.) *et al: La mediación como método para la resolución de conflictos*, Madrid, Dykinson, 2017.

GUINDO MORALES, S.: “Normas europeas en materia de ocupación y protección social en relación con el ámbito local / Norme europee in materia di occupazione e protezione sociale in relazione con l’ambito locale”, in ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. (Dir.) y VILA TIERNO, F. (Coord.) *et al: Las políticas de empleo en el ámbito local: Especial atención a colectivos desfavorecidos: Jóvenes, mayores y discapacitados*, Málaga, Aemis, 2017.

GUINDO MORALES, S.: “La condición de nacionalidad en el acceso a los empleos públicos: alcance actual de la excepción del artículo 45.4 TFUE”, in GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión: XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Huelva, CARL, 2017.

HART, H. L. A.: *El concepto de Derecho*, traducción de CARRIÓ, G. R., México, Editorial Nacional, 1980.

HERRERA DUQUE, M<sup>a</sup>. J.: “Los representantes de los trabajadores y el despido”, in GIL Y GIL, J. L. (Coord.) e DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009.

ICHINO, P.: “Il contratto di lavoro (III)”, in CICU, A., MESSINEO, F. MENGONI, L. e continuato da SCHLESINGER, P.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2003.

IGARTUA MIRÓ, M<sup>a</sup>. T.: “Despido improcedente: ejecución de la sentencia. Incidente de no readmisión”, in GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004.

LASSANDARI, A.: “Il licenziamento discriminatorio”, in BESSONE, M.: *Trattato di Diritto Privato*, Volume XXIV, in CARINCI, F. (a cura di) e MAINARDI, S. (Coord.): *Il lavoro subordinato. Tomo III. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, Torino, G. Giappichelli, 2007.

LASSANDARI, A.: “Fattispecie dai confini incerti e tentazioni creative nei licenziamenti per ragioni organizzative”, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, num. 3, 2009.

## BIBLIOGRAFIA

- LASSANDARI, A.: *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, Padova, Cedam, 2010.
- LASSANDARI, A.: “L’ingiustificatezza qualificata del licenziamento”, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, num. 1, 2012.
- LASSANDARI, A.: “L’ordinamento perduto”, in *Lavoro e Diritto*, num.1, 2015.
- LASSANDARI, A.: “La riforma del lavoro del Governo Renzi ed il sistema di relazioni sindacali”, in *Questione Giustizia*, num. 3, 2015.
- LASSANDARI, A.: “La riforma del lavoro del Governo Renzi: il disegno e la realizzazione”, in *il Corriere giuridico*, num. 6, 2015.
- LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1956.
- LÓPEZ INSUA, B. M.: *El principio de igualdad de género en el derecho social del trabajo*, Murcia, Laborum, 2017.
- MAINARDI, S.: “Contestazione e diritto di accesso ai documenti connessi agli addebiti disciplinari”, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, num. 2, 2001.
- MAINARDI, S.: “Il procedimento disciplinare”, in MAINARDI, S.: *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, in SCHLESINGER, P. e BUSNELLI, F.: *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2002.
- MAINARDI, S.: *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, Milano, Giuffrè, 2002.
- MAINARDI, S.: “I limiti sostanziali all’esercizio del potere: proporzionalità e reciprocità”, in MAINARDI, S.: *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, in SCHLESINGER, P. e BUSNELLI, F.: *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2002.
- MAINARDI, S.: “La definizione delle norme disciplinari”, in MAINARDI, S.: *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, in SCHLESINGER, P. e BUSNELLI, F.: *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2002.
- MAINARDI, S.: “Il fondamento giuridico del potere disciplinare nell’evoluzione delle fonti di regolazione del lavoro privato e pubblico”, in MAINARDI, S.: *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, in SCHLESINGER, P. e BUSNELLI, F.: *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2002.
- MAINARDI, S.: “Rapporto di impiego dei magistrati ed obblighi di correttezza e buona fede”, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, num. 3, 2003.



- MAINARDI, S.: “L’estinzione del rapporto nella sistematica del Codice Civile. Dimissioni e risoluzione consensuale”, in BESSONE, M.: *Trattato di Diritto Privato*, Volume XXIV, in CARINCI, F. (a cura di) e MAINARDI, S. (Coord.): *Il lavoro subordinato. Tomo III. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, Torino, G. Giappichelli, 2007.
- MAINARDI, S.: “Il "dovere" del dirigente di sanzionare il demerito: il procedimento disciplinare”, in *Giurisprudenza italiana*, num. 12, 2010.
- MAINARDI, S.: “Introduzione”, in MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Torino, Utet, 2012.
- MAINARDI, S.: “Le sanzioni disciplinari conservative del rapporto di lavoro”, in MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Torino, Utet, 2012.
- MAINARDI, S.: “Prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore tra vecchi e nuovi concetti di stabilità del rapporto di lavoro”, in *Giurisprudenza italiana*, num. 4, 2013.
- MAINARDI, S.: “Il campo di applicazione del D. LGS. N. 23/2015. Licenziamenti illegittimi, tutele crescenti”, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, num. 1, 2015.
- MAINARDI, S.: “Il licenziamento disciplinare per falsa attestazione di presenza in servizio”, in *Giornale di diritto amministrativo*, num. 5, 2016.
- MALO OCAÑA, M. Á.: “La evolución institucional del despido en España: una interpretación en términos de un accidente histórico”, in *Revista de Historia Económica - Journal of Iberian and Latin American Economic History*, num. 1, 2005.
- MANCINI, G. F.: *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1957.
- MANCINI, G. F.: *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Il recesso straordinario*, Milano, Giuffrè, 1965.
- MARIA CREMADES, B.: *La sanción disciplinaria en la empresa*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1969.
- MARÍN ALONSO, I.: “Despido nulo: supuestos y efectos”, in GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004.

## BIBLIOGRAFIA

- MARTÍN VALVERDE, M.: “Estudio preliminar. La formación de derecho del trabajo en España”, in AA. VV.: *La legislación social en la historia de España: de la revolución liberal a 1936*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987.
- MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “La participación en huelga como causa de despido disciplinario: marco regulador”, in AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: “La buena fe y el abuso del derecho. Su respectiva caracterización como límites en el ejercicio del Derecho”, in *Revista de Derecho Privado*, num. 63, 1979.
- MARTINUCCI, G.: “Licenziamento per scarso rendimento: una nuova pronuncia della Cassazione”, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, num. 2, 1997.
- MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2009.
- MAZZIOTTI, F.: *I licenziamenti dopo la legge 11 maggio 1990, n.º 108*, Torino, Utet, 1991.
- MAZZIOTTI, F.: “Inefficacia del licenziamento e risarcimento del danno”, in AA. VV.: *Scritti in onore di G. Suppiej*, Padova, Cedam, 2005.
- MAZZONI, G.: *La conquista della libertà sindacale*, Roma, Edizioni Leonardo, 1947.
- MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 1999.
- MENGONI, L.: “La stabilità dell’impiego nel diritto italiano”, in AA. VV.: *La stabilità dell’impiego nel diritto dei Paesi membri della C.E.C.A.*, Lussemburgo, Edito dal servizio pubblicazioni delle Comunità Europee, 1958.
- MENGONI, L.: “Per una dogmatica dei diritti fondamentali”, in AA. VV.: *Giornate in onore di Angelo Falzea*, Milano, Giuffrè, 1993.
- MOLERO MANGLANO, C.: “El incidente de no readmisión”, in AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Hacia una revisión constitucional de la buena fe contractual en las relaciones jurídico-aborales”, in *Relaciones Laborales*, num. 1, 1992.

- MOLINA NAVARRETE, C.: “La recalificación judicial del despido en fraude de ley: una nueva Edad Media en el derecho del trabajo post-moderno”, in CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Presente y futuro de la Regulación del Despido*, Navarra, Aranzadi, 1997.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Civitas, 1994.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “La regulación comunitaria de la reestructuración de empresas como elemento necesario de la reforma del mercado de trabajo: la normativa sobre despidos colectivos”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.) *et al: La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Granada, Universidad de Granada, 1996.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “Para una crítica de las “soluciones” iusliberales a la crisis económica en el Derecho del Trabajo”, in *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, num. 20-21, 2009.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, in *Temas Laborales*, num. 115, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “Protección en caso de despido injustificado (art. 30)”, in MONEREO ATIENZA, C. (Dir. e coord.) e MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. e coord.) *et al: La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, in *Temas Laborales*, num. 125, 2014.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “El despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Granada, Comares, 2014.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “El despido colectivo en la jurisprudencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho interno”, in *Temas Laborales*, num. 130, 2015.
- MONEREO PÉREZ, J. L. e FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El Despido Colectivo en el Derecho Español: estudio de su Régimen Jurídico*, Pamplona, Aranzadi, 1997.

- MONEREO PÉREZ, J. L. e FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas”, in CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Presente y futuro de la Regulación del Despido*, Navarra, Aranzadi, 1997.
- MONEREO PÉREZ, J. L. e FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Extinción contractual en las diversas modalidades de contratación objeto de la reforma laboral”, in MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. e TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Dirr. e Coordd.) *et al: La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Granada, Comares, 2011.
- MONEREO PÉREZ, J. L. e FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “La reforma laboral: sentido político-jurídico y técnico”, in MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. e TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Dirr. e Coordd.) *et al: La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Granada, Comares, 2011.
- MONEREO PÉREZ, J. L. e FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Artículo 183. Indemnizaciones”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M<sup>a</sup>. (Coord.) e TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada, Comares, 2013.
- MONEREO PÉREZ, J. L. e MOLINA NAVARRETE, C.: “El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), MOLINA NAVARRETE, C. (Dir.) e MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N. (Dir.) *et al: Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. e MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. e MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J. L. e MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: “Forma y procedimientos del despido disciplinario (ET: arts. 55 y concordantes. Estudio especial del despido nulo)”, in BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.) *et al: La reforma del Estatuto de los Trabajadores. El despido. Tomo II*, Madrid, Edersa, 1994.
- MONEREO PÉREZ, J. L. e MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: “Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 1998.

- MONEREO PÉREZ, J. L. e MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: “Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) e SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J. L. e MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: “Despido nulo”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Granada, Comares, 2014.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N. e GARCÍA VALVERDE, M<sup>a</sup>. D.: “Artículo 103. Presentación de la demanda por despido”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M<sup>a</sup>. (Coord.) e TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada, Comares, 2013.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N. e GARCÍA VALVERDE, M<sup>a</sup>. D.: “Artículo 104. Requisitos de la demanda por despido”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M<sup>a</sup>. (Coord.) e TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada, Comares, 2013.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N. e GARCÍA VALVERDE, M<sup>a</sup>. D.: “Artículo 106. Garantías del proceso”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M<sup>a</sup>. (Coord.) e TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada, Comares, 2013.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N. e GARCÍA VALVERDE, M<sup>a</sup>. D.: “Artículo 107. Hechos probados”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M<sup>a</sup>. (Coord.) e TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada, Comares, 2013.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N. e GARCÍA VALVERDE, M<sup>a</sup>. D.: “Artículo 109. Efectos del despido procedente”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M<sup>a</sup>. (Coord.) e TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada, Comares, 2013.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N. e GARCÍA VALVERDE, M<sup>a</sup>. D.: “Artículo 110. Efectos del despido improcedente”, in MONEREO PÉREZ, J. L.

## BIBLIOGRAFIA

- (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M<sup>a</sup>. (Coord.) e TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al*: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada, Comares, 2013.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N., MÁRQUEZ PRIETO, A., ALMENDROS GONZÁLEZ, M. Á., DÍAZ AZNARTE, M<sup>a</sup>. T., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. e SALAS PORRAS, M<sup>a</sup>.: *Manual de teoría de las relaciones laborales*, Madrid, Tecnos, 2011.
- MONEREO PÉREZ, J. L. e ORTEGA LOZANO, P. G.: “La libre circulación de trabajadores nacionales de los Estados miembros: discriminación por razón de nacionalidad e igualdad de condiciones laborales”, in *La Ley Unión Europea*, num. 51, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J. L. e ORTEGA LOZANO, P. G.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y su cómputo para el despido colectivo en caso de posterior extinción contractual (Sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 2017, asunto C-429/16: Ciupa y otros y, C-149/16: Socha y otros)”, in *La Ley Unión Europea*, num. 54, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J. L. e ORTEGA LOZANO, P. G.: “Derecho a un proceso justo o equitativo a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial incidencia en las condenas a España”, in *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, num. 34, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J. L. e ORTEGA LOZANO, P. G.: “Derecho a un proceso equitativo”, in MONEREO ATIENZA, C. e MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirr. e Coordd.) *et al*: *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa*, Comares, Granada, 2017.
- MONTOYA MELGAR, A.: “La protección constitucional de los derechos laborales”, in AA. VV.: *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, CEF, 1980.
- MONTOYA MELGAR, A.: “Dirección y control de la actividad laboral”, in BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.) *et al*: *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Edersa, 1985.
- MONTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, in AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992.
- MONTOYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2001.

- MONTOYA MELGAR, A.: “Estabilidad en el empleo, globalización económica y «flexiseguridad»”, in GIL Y GIL, J. L. (Coord.) e DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009.
- MONTUSCHI, L.: *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1973.
- MONTUSCHI, L.: “Comentario all’art. 7”, in GHEZZI, G., MANCINI, G. F., MONTUSCHI, L. e ROMAGNOLI, U. (a cura di) *et al: Commentario allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1979.
- MONTUSCHI, L.: “Potere disciplinare e rapporto di lavoro privato”, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, num. 9, 1991.
- MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: “El debate sobre la flexiseguridad en Europa”, in AA. VV.: *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa: XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2010.
- MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: “La flexiseguridad en la ordenación de las políticas de empleo”, in GOERLICH PESET, J. M<sup>a</sup>. e BLASCO PELLICER, Á. A. (Coord.): *Trabajo, contrato y libertad: estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol*, Valencia, Universidad de Valencia, 2010.
- MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: “Despido de alto directivo. Derecho al honor y a la propia imagen y transgresión de la buena fe contractual: SJS n°4 Alicante 15 Marzo 2012 (AS 2012, 216)”, in *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, num. 4, 2012.
- MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: “Medidas de flexibilización del mercado de trabajo: la “flexiseguridad” en el ordenamiento europeo e interno”, in MONEREO PÉREZ, J. L. e MÁRQUEZ PRIETO, A.: *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, Sevilla, CARL, 2016.
- MUGGIA, S.: “Brevi note sul licenziamento per scarso rendimento e Cass. 22 giugno 2000 n. 8515”, in *Notiziario di giurisprudenza del lavoro*, 2000.
- MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General*, Madrid, Civitas, 2004.
- MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, Granada, Comares, 2014.

## BIBLIOGRAFIA

- NANNIPIERI, L.: “Termini e forme della scelta del lavoratore per l'indennità sostitutiva della reintegrazione”, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, num. 2, 1998.
- NAVILLI, M.: “Problemi aperti in tema di posizioni organizzative: diritto all'attribuzione dell'incarico e irriducibilità della retribuzione”, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, num. 1, 2004.
- NAVILLI, M.: “Il licenziamento dei lettori di lingua straniera prima della direttiva 20 luglio 1998 98/59/CE”, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, num. 2, 2006.
- NAVILLI, M.: “Il periodo di prova nel pubblico impiego privatizzato e l'obbligo di indicare per iscritto le mansioni da espletare”, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, num. 6, 2006.
- NAPOLI, M.: *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, Franco Angeli, 1979.
- NOGLER, L.: *La regulación de los despidos individuales en la época de equilibrio entre los “principios” constitucionales: estudio a la luz del ordenamiento italiano*, A Coruña, Netbiblo, 2010.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo: una singular manifestación del deber de buena fe contractual*, Pamplona, Aranzadi, 1997.
- NORES TORRES, L. E.: “La embriaguez y la toxicomanía como causas de despido disciplinario”, in *Revista española de drogodependencias*, num. 3 e 4, 2004.
- NÚÑEZ SAMPER, A.: “El nuevo régimen de despido y la jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo”, in *RT*, num. 23, 1954.
- NÚÑEZ SAMPER, A.: “Evolución histórico-legislativa del despido sin causa”, in AA.VV.: *Estudios dedicados al profesor García Oviedo con motivo de su jubilación*, vol. II, Sevilla, 1954.
- OFFEDDU, M.: “Attualità di una ricerca storica: probiviri industriali e licenziamenti”, in *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1981.
- OJEDA AVILÉS, A.: “El final de un principio: la estabilidad en el empleo”, in AA.VV.: *Estudios de derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, Tecnos, 1980.
- OJEDA AVILÉS, A.: “El despido por bajo rendimiento: un análisis comparado”, in *Revista Laboral*, num. 1, 1993.



- ORTEGA LOZANO, P. G.: “El despido disciplinario por indisciplina o desobediencia en el trabajo: artículo 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores”, in *Derecho de las relaciones laborales*, num. 8, 2016.
- ORTEGA LOZANO, P. G.: “La regulación comunitaria de los despidos colectivos como garantía de efectividad de la libre circulación de trabajadores”, in GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión: XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Huelva, CARL, 2017.
- ORTEGA LOZANO, P. G.: “El despido colectivo en el ordenamiento interno y comunitario. Interpretación valorativa y discrecional en el juicio de razonabilidad: los conceptos jurídicos indeterminados”, in *Derecho de las Relaciones Laborales*, num. 7, 2017.
- ORTEGA LOZANO, P. G.: “El empleo durante la situación de baja por incapacidad temporal: finalización de la relación laboral por actuaciones que fragmentan la confianza deontológica”, in AA. VV.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017.
- ORTEGA LOZANO, P. G.: “La mediación en el acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales (ASAC)”, in CABRERA MERCADO, R. (Dir.) e QUESADA LÓPEZ, P. M. (Coord.) *et al: La mediación como método para la resolución de conflictos*, Madrid, Dykinson, 2017.
- ORTEGA LOZANO, P. G.: “El sistema extintivo dependiente de los costes empresariales: hacia un derecho de la economía laboral”, in *Revista del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Granada*, num. 24, 2017.
- ORTEGA LOZANO, P. G.: “Configuración jurídica de la relación especial del personal de alta dirección: reforma del derecho de sociedades. Efectos de la transmisión de la empresa o del cambio de titularidad en el personal directivo”, in PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L. (Dir.), VALENZUELA GARACH, J. (Coord.) e PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, F. J. (Coord.) *et al: Reformas en Derecho de sociedades*, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- ORTEGA LOZANO, P. G.: “Las políticas ocupacionales en el mercado de trabajo europeo y español: Análisis jurídico de las medidas de contratación y emprendimiento para el ingreso de los jóvenes en el mercado de trabajo / Le politiche occupazionali nel mercato del lavoro europeo e spagnolo: Analisi giuridico delle misure di assunzione e imprenditoria per l'Inserimento dei giovani nel mercato del lavoro”, in ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. (Dir.) y VILA TIerno, F. (Coord.) *et al: Las políticas de empleo en el ámbito local: Especial*

*atención a colectivos desfavorecidos: Jóvenes, mayores y discapacitados*, Málaga, Ameis, 2017.

- ORTEGA LOZANO, P. G. e NAVARRO CONTRERAS, C. C.: “Extinción del contrato de trabajo del personal de alta dirección por voluntad del empresario: Despido disciplinario y cláusulas de blindaje”, in *Economist & Jurist*, num. 198, 2016.
- ORTEGA LOZANO, P. G. e MOLINA SERRANO, P.: “La responsabilidad objetiva en el derecho sanitario a la luz de jurisprudencia: Lex Artis y doctrina del daño desproporcionado o resultado clamoroso”, in *Economist & Jurist*, num. 24, 2016.
- ORTIZ LALLANA, M<sup>a</sup>. C.: “Causas, forma y efecto del despido disciplinario”, in *Revista Española de Derecho del Trabajo*, num. 100, 2, 2000.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “La indisciplina o desobediencia en el trabajo”, in AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992.
- PENSABENE LIONTI, G.: “El artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores italiano a la luz de las últimas reformas laborales”, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, num. 3, 2015.
- PERA, G.: “Commento all’art. 7”, in ASSANTI, C. e PERA, G. (a cura di) *et al: Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, Cedam, 1972.
- PERA, G.: “Licenziamenti: I”, in AA. VV.: *Enciclopedia giuridica*, Volume XIX Libertà - Memoria, Tomo I Libertà - Luogotenenza, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, Fondata da Giovanni Treccani, 1988.
- PERA, G.: “Postilla di aggiornamento. Licenziamenti: I”, in AA. VV.: *Enciclopedia giuridica*, Volume XIX Libertà - Memoria, Tomo I Libertà - Luogotenenza, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, Fondata da Giovanni Treccani, 1988.
- PERELMAN, C. e VAN DER ELST, R.: *Les notions à contenu variable en droit*, Bruselas, Bruylant, 1984.
- PÉREZ-BENEYTO ABAD, J. J.: “Despido improcedente: supuestos y efectos. Especial referencia a los salarios de tramitación”, in GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004.
- PERSIANI, M.: “La tutela dell’interesse del lavoratore alla conservazione del posto”, in RIVA SANSEVERINO, L. e MAZZONI, G. (Dirr.) *et al: Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Padova, Cedam, 1971.

- PISANI, C.: “Le fattispecie: giusta causa e giustificato motivo di licenziamento”, in BESSONE, M.: *Trattato di Diritto Privato*, Volume XXIV, in CARINCI, F. (a cura di) e MAINARDI, S. (Coord.): *Il lavoro subordinato. Tomo III. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, Torino, G. Giappichelli, 2007.
- POQUET CATALÁ, R.: “Los salarios de tramitación en concurrencia con otras rentas”, in *Actualidad Laboral*, num. 18, 2009.
- POQUET CATALÁ, R.: “El límite de la desobediencia a las órdenes de empresario”, in *Iuslabor*, num. 3, 2014.
- RABANAL CARBAJO, P. F.: “La prescripción de las faltas laborales en la última jurisprudencia”, in GIL Y GIL, J. L. (Coord.) e DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) et al: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: “Regulación del despido, protección de la estabilidad y políticas de empleo en los países de la CEE y en España”, in AA. VV.: *Hacia un modelo democrático de relaciones laborales*, Zaragoza, Instituto de Relaciones Laborales de la Universidad de Zaragoza, 1980.
- REGLERO CAMPOS, F.: *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Navarra, Aranzadi, 2002.
- RIVERO LAMAS, J. e MONEREO PÉREZ, J. L.: “Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) e SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) et al: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012.
- RIVERSO, R.: “Alla ricerca del fatto nel licenziamento disciplinare”, in AA. VV.: *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, Catania, CSDLE Massimo D’Antona, 2012.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El régimen jurídico del despido y el real decreto de 22 de julio de 1928”, in *Revista de Política Social*, num. 74, 1967.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Derecho, Trabajo y Despido”, in CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) et al: *Presente y futuro de la Regulación del Despido*, Navarra, Aranzadi, 1997.

- RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido”, in MONTOYA MELGAR, A. (Coord.), MARTÍN VALVERDE, A. (Coord.) e RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid, MTSS (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), 1990.
- ROMAGNOLI, U.: “Piccole imprese e grandi traumi”, in *Lavoro e Diritto*, num. 4, 1990.
- ROMAGNOLI, U.: *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Bologna, Il Mulino, 1995.
- ROMÁN DE LA TORRE, M. D.: *El poder de dirección y contrato de trabajo*, Valladolid, Grapheus, 1992.
- RUBIO DE MEDINA, M<sup>a</sup>. D.: *El despido disciplinario*, Barcelona, Bosch, 2000.
- SAGARDOY DE SIMÓN, I.: “La forma del despido disciplinario”, in GIL Y GIL, J. L. (Coord.) e DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009.
- SALCEDO BELTRÁN, M<sup>a</sup>. C. e GARCÍA GONZÁLEZ, G.: “Extinción del contrato por despido disciplinario: aspectos sustantivos y procesales”, in ALFONSO MELLADO, C. L., RODRÍGUEZ PASTOR, G. E. e SALCEDO BELTRÁN, M<sup>a</sup>. C. (Coord.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, Madrid, La Ley, 2010.
- SANTORO-PASSARELLI, F.: “Lavoro (Contrato di)”, in AZARA, A. e EULA, E. *et al: Novissimo Digesto Italiano*, IX, Torino, Utet, 1957.
- SARAZÁ GRANADOS, J.: *La transgresión de la Buena Fe Contractual y Figuras Afines*, Navarra, Aranzadi, 2014.
- SASTRE IBARRECHE, R.: “Artículo 54. Despido disciplinario”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) e SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012.
- SMURAGLIA, C.: *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1967.

- SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: *La terminación del contrato de trabajo*, Bologna, Real Colegio de España, 1967.
- TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, Pamplona, DAPP, 2010.
- TREMOLADA, M.: *Il licenziamento disciplinare*, Padova, Cedam, 1993.
- TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “El despido disciplinario”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Granada, Comares, 2014.
- TRINONI, G.: *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1982.
- TUDELA CAMBRONERO, G.: “Horario flexible: reflexiones críticas sobre su concepto y posibilidades de implantación”, in *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid, ACARL, 1991.
- TULLINI, P.: *Contributo alla teoría del licenziamento per giusta causa*, Milano, Giuffrè, 1994.
- TULLINI, P. e LUNARDON, F.: “Giusta causa e giustificato motivo di licenziamento”, in CARINCI, F. (a cura di MISCIONE, M.) *et al: Diritto del lavoro. Commentario*, Torino, Utet, 1998.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Itinerarios circulares del Derecho del Trabajo: del despido libre al despido indemnizado”, in *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, num. 1, 2001.
- VALDÉS DAL RÉ, F.: “El Derecho del Trabajo en la segunda República”, in *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, num. 1, 2006.
- VALDÉS DAL RÉ, F.: “Artículo 80. Forma y contenido de la demanda”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M<sup>a</sup>. (Coord.) e TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada, Comares, 2013.
- VALDÉS DAL RÉ, F. e GARCÍA QUIÑONES, J. C.: “Artículo 81. Admisión de la demanda”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M<sup>a</sup>. (Coord.) e TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada, Comares, 2013.

## BIBLIOGRAFIA

- VALDÉS DAL RÉ, F. e GARCÍA QUIÑONES, J. C.: “Conciliación y juicio”, in MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M<sup>a</sup>. (Coord.) e TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada, Comares, 2013.
- VALLEBONA, A.: *L'onere della prova nel diritto de lavoro*, Padova, Cedam, 1988.
- VALLEBONA, A.: *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, Padova, Cedam, 2012.
- VALVERDE ASENCIO, A. J.: “Faltas repetidas e injustificadas”, in GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004.
- VIDA SORIA, J.: “Suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, in BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.) *et al: La reforma del Estatuto de los Trabajadores. El despido. Tomo II*, Madrid, Edersa, 1994.
- VISCONTI, A.: *Note sulla condizione degli operai agli albori della industria libera in Lombardia nel sec. XVIII*, Ferrara, SAIG, 1946.
- ZANGARI, G.: *Potere disciplinare e licenziamento*, Milano, Giuffrè, 1971.
- ZOLI, C.: “Note sul giustificato motivo obiettivo di licenziamento”, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, num. 2, 1982.
- ZOLI, C.: “Sulla nozione di licenziamento disciplinare”, in *Giustizia Civile*, num. 9, 1984.
- ZOLI, C.: “Arresto del lavoratore, impossibilità della prestazione e licenziamento”, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, num. 2, 1986.
- ZOLI, C.: *La tutela delle posizioni “strumentali” del lavoratore*, Milano, Giuffrè, 1988.
- ZOLI, C.: “Revoca del licenziamento e libertà del lavoratore di optare immediatamente per l'indennità sostitutiva della reintegrazione”, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, num. 2, 1998.
- ZOLI, C.: “Il mobbing: brevi osservazioni in tema di fattispecie ed effetti”, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, num. 4, 2003.
- ZOLI, C.: “Mobbing e rapporto di lavoro tra possibili soluzioni e problemi aperti”, in IZZO, U. (a cura di) *et al: Dialoghi sul danno alla persona*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2006.

- ZOLI, C.: “I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale”, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, num. 1, 2008.
- ZOLI, C.: “Fidelizzazione del lavoratore”, in PEDRAZZOLI, M. (a cura di) *et al: Lessico Giuslavoristico*, Bologna, Bononia University Press, 2010.
- ZOLI, C.: “Licenziamenti collettivi e gruppi di imprese: la procedura di informazione e consultazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia”, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, num. 2, 2010.
- ZOLI, C.: “La legge n. 183/2010: le novità in materia di licenziamento”, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, num. 4-5, 2011.
- ZOLI, C.: “La legge n. 183/2010: le novità in materia di licenziamento”, in AA. VV.: *Libertà, lavoro e sicurezza sociale in memoria ed onore della Prof.ssa Giuliana Ciocca*, Macerata, Working Papers, num. 2, 2011.
- ZOLI, C.: “Clausole di fidelizzazione e rapporto di lavoro”, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, num. 5, 2013.
- ZOLI, C.: “Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegra e tutela indennitaria”, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, num. 3, 2013.
- ZOLI, C.: “Il controllo giudiziario e gli atti di esercizio del potere direttivo: il trasferimento del lavoratore e il mutamento delle mansioni”, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, num. 3, 2014.
- ZOLI, C.: “I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al d.lgs. n. 23 del 2015”, in FERRARO, G. (a cura di) *et al: I licenziamenti nel contratto “a tutela crescenti”*, Padova, Cedam, 2015.
- ZOLI, C.: “L'esercizio del potere disciplinare: profili procedurali e processuali”, in *Azienditalia. Il personale*, num. 12, 2015.





