

LA CONSTRUCCIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO TÁCITO

Raquel Poquet Catalá

Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

EXTRACTO

En este trabajo se estudia desde un punto de vista de la doctrina judicial la construcción que ha realizado la misma en torno al despido tácito. Así se diferencia en primer lugar de otras figuras afines como son la resolución del contrato por parte del trabajador, o el abandono, para pasar a analizar las diferentes situaciones y supuestos considerados como despido tácito, siendo el caso típico la falta de ocupación efectiva y de salario con todas sus variaciones.

PALABRAS CLAVE

Despido tácito

Falta de ocupación efectiva

Falta de salario

Resolución

Trabajador

THE JUDICIAL CONSTRUCTION OF THE TACIT DISMISSAL

ABSTRACT

In this work it is studied from a point of view of the judicial doctrine the construction it has realized concerning the tacit dismissal. In the first place, it is distinguished from other similar figures, such as the resolution of the contract by the worker and the abandon. After that, it is analysed the different situations and suppositions that are considered as tacit dismissal. The typical case is the lack of effective occupation and of wage with all their variations.

KEY WORDS

Tacit dismissal

Lack of effective occupation

Lack of wage

Resolution

Worker

SUMARIO

1.-INTRODUCCIÓN. 2.- DIFERENCIACIÓN DE OTRAS FIGURAS. 2.1.- Extinción del contrato vía art. 50.1 ET. 2.2.- Abandono. 3.- MANIFESTACIONES DEL DESPIDO TÁCITO. 3.1.- Ausencia de ocupación efectiva. 3.2.- Falta de pago del salario. 3.3.- Concurrencia con un expediente de regulación de empleo. 3.4.- Concurrencia con la declaración de concurso. 3.5.- Concurrencia con situación de suspensión del contrato de trabajo. 3.6.- Despido tácito en el caso de trabajadores fijos-discontinuos. 3.7.- Otros supuestos. 3.8.- Supuestos no considerados como despido tácito. 4.- BIBLIOGRAFÍA.

1.INTRODUCCIÓN

La institución del despido tácito ha sido muy poco tratada por la doctrina, a pesar de su uso en el ámbito judicial. De hecho, recientemente, la doctrina judicial¹ ha vuelto a conceptualizar esta figura y darle contenido.

Antes de abordar el despido tácito, cabe hacer referencia al despido en general, pues éste, en sentido amplio, es una institución que comprende toda extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario, es decir, todo acto voluntario del empleador que conlleve la desaparición de la relación laboral. Según parte de la doctrina² el despido es aquella decisión empresarial basada en justa causa que debe cumplir ciertas formalidades. Como es sabido, tanto en el despido disciplinario, como en el objetivo o en el colectivo, la decisión debe efectuarse de manera escrita y en los dos primeros se exige que figuren los hechos que lo originan y la fecha en que ha de tener efecto. Así pues, frente a la posición restrictiva³ de circunscribir el despido únicamente al disciplinario, la doctrina mayoritaria⁴ lo considera como una institución genérica, que comprende cualquier extinción del contrato que se deba a una voluntad unilateral del empresario.

Asimismo, frente al despido que se manifiesta de forma escrita o frente al despido verbal, en cuyo caso el empresario comunica su decisión extintiva de palabra, en el despido

¹ STSJ Cataluña, de 17 de junio de 2014, rec. núm. 2612/2014, que enjuicia el caso de una empresa que no ha dado trabajo efectivo a sus trabajadores desde hace varios meses, presenta solicitud de concurso voluntario de acreedores y después los trabajadores interponen demanda de despido.

² ALONSO OLEA, M., CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas, 2002. p. 428.

³ SUÁREZ GONZÁLEZ, F., *La terminación del contrato de trabajo*, Madrid: Bolonia, 1967. p. 57; GARCÍA LÓPEZ, R., “Consideraciones en torno a la figura del despido”, en *RPS*, núm. 143, 1984. p. 52.

⁴ ALONSO OLEA, M., CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo... op. cit.* p. 418; ALONSO OLEA, M., *El despido (un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario)*, Madrid: IEP, 1957. p. 9; MONTROYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos, 1992. p. 460.

tácito la voluntad extintiva se deduce de hechos concluyentes del empresario, lo cual obliga a indagar acerca de las circunstancias concurrentes a fin de colegir de forma inequívoca que el despido se ha producido⁵.

Es decir, el despido tácito surge al existir por parte del empresario la voluntad de extinguir el contrato de trabajo aunque no lo materialice a través de una declaración escrita, sino de hechos concluyentes que revelen la intención inequívoca del empleador⁶. Así, la jurisprudencia⁷ ha señalado que, “por regla general, el dejar de satisfacer el salario y no dar efectivamente trabajo puede ser estimado como despido (...) la doctrina admite que el despido pueda producirse de forma expresa o tácita”. De la misma forma, se aprecia el despido al existir de manera efectiva y por voluntad del empresario la no aplicabilidad de las prestaciones esenciales del contrato de trabajo, como es la falta de ocupación efectiva y el abono de salario sin causa jurídica que lo justifique⁸. Y lo que no es concebible es que una empresa pretenda mantener en vigor un contrato de trabajo cuando no está dispuesta, más allá de las puras formalidades documentales y administrativas, a dar cumplimiento de lo que son los elementos prestacionales esenciales del mismo, como son el trabajo y la retribución, sin causa alguna que justifique una suspensión⁹.

Sin embargo, dicha calificación no afecta tanto a la existencia misma del despido como a la posibilidad de anular sus efectos, puesto que es eficaz desde que se manifiesta mediante la voluntad del empleador pudiendo enervarse si el trabajador lo impugnase dentro de los veinte días a que hace referencia al art. 59.3 ET. Partiendo de ello, hay que asentar las bases del

⁵ STS de 1 de junio de 2004, rec. núm. 3693/2003, señala que “es también doctrina de esta Sala, no por más antigua menos vigente según la cual sólo puede apreciarse la existencia de un despido tácito a partir de hechos suficientemente concluyentes a partir de los cuales pueda establecerse la voluntad extintiva del empresario –SSTS de 24 de abril y 17 de julio de 1986, 4 de diciembre de 1989, o 20 de febrero de 1991–, y es a partir de esta apreciación jurisprudencial desde donde alcanzan la relevancia de extinguir la relación laboral en el caso de la sentencia de contraste dado que fue el empresario quien por su propia voluntad cerró la empresa, y estaba cerrada desde hacía ya dos años cuando el trabajador presentó su papeleta de demanda. Por el contrario en el caso de la sentencia que se recurre la circunstancia de que el cierre no se produjo por voluntad directa del empresario y el hecho de que la demanda se presentara a los pocos meses avalan la posibilidad de entender que el trabajador no se sintió despedido hasta que presentó la demanda e incluso permiten pensar en la posibilidad de que el empresario –que según los autos estaba en la cárcel– no solo no le hubiera manifestado al actor su voluntad de extinguir el contrato sino su esperanza de reanudar la actividad empresarial y la relación laboral entre ambos”.

⁶ SSTS de 4 de octubre de 1983; de 27 de febrero de 1985.

⁷ SSTS de 18 de noviembre de 1988; de 22 de diciembre de 1988; de 4 de diciembre de 1989; de 26 de febrero de 1989; de 14 de junio de 1990; de 11 de octubre de 1990.

⁸ STS de 12 de mayo de 1988. La doctrina científica lo ha definido como aquellos actos que constituyen “signo aparente de la voluntad empresarial dirigido a la extinción del vínculo contractual” (AGUINAGA TELLERÍA, A., *Derecho del Trabajo*. Madrid: Gráficas González, 1952. p. 482), o como “aquellos finales de contrato en lo que la voluntad de la empresa de producirlos ha de deducirse de su conducta, más que de una clara y concreta manifestación en tal sentido” (HERNAIZ MÁRQUEZ, M., “La carta de despido y sus problemas”, en *RDP*, 1962. p. 605).

⁹ STSJ Cantabria, de 30 de julio de 2004, rec. núm. 755/2004.

despido tácito¹⁰. Como ya se ha señalado, la decisión extintiva empresarial debe derivarse de hechos concluyentes reveladores de la intención inequívoca de la empresa de poner fin a la relación jurídico-laboral, “tratándose en definitiva de situar claramente en el tiempo la decisión resolutoria de la empresa y, en su caso, la inactividad impugnatoria del trabajador a fin de evitar situaciones de inseguridad jurídica”¹¹. Esta inseguridad nunca debe favorecer a las partes que la hayan provocado¹².

En definitiva, el despido tácito es una creación de la jurisprudencia, pues no está recogido en el ET y dicha figura se da cuando, de una manera clara y por voluntad empresarial, dejan de producirse sin causa jurídica alguna que lo ampare las prestaciones esenciales de la relación laboral, o bien cuando el cumplimiento de las obligaciones inherentes a la prestación laboral se ven obstaculizadas por la actuación empresarial, tal como acontece cuando no se da ocupación efectiva a los trabajadores, no se abonan los salarios en tiempo prolongado o cuando los trabajadores acuden al trabajo se encuentran con la empresa cerrada¹³. Los elementos configuradores del despido tácito son su no formalidad, su modo de materializarse y la falta de causa. En relación con este último elemento, cabe señalar que no lo es tanto en su fuero interno, pues la noción de dicho despido no es incompatible con la existencia de una causa disciplinaria u objetiva, sino por la abstracción de la misma, que, en función de la informalidad del despido, pierde relevancia. De hecho, la jurisprudencia analiza con cierto recelo esta institución “por contrariar los principios de buena fe, básicos en las relaciones contractuales y generar situaciones de inseguridad al trabajador, que nunca deben beneficiar a quien las ha provocado, su realidad y operatividad no deben excluirse, cuando existan hechos que revelen inequívocamente la voluntad empresarial de poner fin a la relación contractual”¹⁴.

De cualquier forma, la justificación de esta institución se halla en, por un lado, el hecho de que las relaciones contractuales han de desenvolverse dentro de un marco de seguridad jurídica, pues ante las situaciones más típicas de despido tácito anteriormente comentadas, el contrato del trabajador decae en un estado de indefinición y ambigüedad que ha de superarse considerando que ha mediado una extinción contractual y, por otro lado, en la necesidad de que el trabajador accione por despido ante las circunstancias en las que se encuentra, ya que, mediando una voluntad de despedir por parte del empresario, un cese de hecho y una interrupción en el pago del salario, sería anómalo que el trabajador careciera de tal acción.

¹⁰ KAHALE CARRILLO, D. T., “Algunas consideraciones relativas al despido tácito”, en AS, núm. 11, 2006 (versión on line)

¹¹ SSTs de 21 de abril de 1986; de 10 de junio de 1986; de 5 de mayo de 1988; de 23 de febrero de 1990; de 3 de octubre de 1990, rec. núm. 337/1989.

¹² SSTSJ Andalucía, de 2 de septiembre de 1992, rec. núm. 264/1992; Galicia, de 5 de febrero de 1993, rec. núm. 5004/1992; Galicia, de 13 de febrero de 1993, rec. núm. 276/1993.

¹³ SSTSJ Cataluña, de 17 de junio de 2014, rec. núm. 2612/2014; Asturias, de 26 de octubre de 2012, rec. núm. 2047/2012; Asturias, de 26 de octubre de 2012, rec. núm. 2056/2012.

¹⁴ STS de 4 de diciembre de 1989.

Parece más lógico, por el contrario, que, siendo extintiva la voluntad de la empresa, dicho trabajador acuda a esta vía procesal¹⁵.

Por tanto, para que exista el despido tácito se exige que el propósito del empresario de dar por zanjada la relación laboral se deduzca de actos propios de inequívoca interpretación que reflejen manifiesta y claramente su voluntad. Es aquella conducta empresarial obstaculizadora del cumplimiento propio de las obligaciones inherentes a la condición profesional del trabajador¹⁶. Por tanto, el despido tácito no debe excluirse cuando existan hechos que revelen inequívocamente la voluntad empresarial de poner fin a la relación contractual, ya que, en caso contrario, se llegaría a la paradoja de quien de hecho ha sido cesado y no recibe el salario estipulado jamás podría accionar por despido¹⁷.

2. DIFERENCIACIÓN DE OTRAS FIGURAS

2.1. Extinción del contrato vía art. 50.1 ET

En primer lugar, y aunque parezca obvio, cabe señalar que la extinción del contrato por voluntad del trabajador tiene su origen en la iniciativa del trabajador, mientras que en el despido tácito es por voluntad del empresario. No obstante, esta primera diferencia puede dar lugar a confusiones ya que los incumplimientos que pueden constituir una extinción del contrato de trabajo por manifestación del trabajador pareja a la del despido tácito, en relación con la segunda y tercera causa del art. 50.1 ET, son resultados, en realidad, de la conducta del empresario. Por ello, es mejor señalar que existe despido tácito cuando las omisiones del empleador provengan de una voluntad extintiva y de incumplimiento.

De ahí que quepa entender que el despido tácito existe cuando se constate el incumplimiento empresarial de la segunda y tercera causa del art. 50.1 ET¹⁸, y en el supuesto de que existan dudas sobre la voluntad extintiva del empleador, se debe considerar extinción del contrato de trabajo a solicitud del trabajador y no pensar que el contrato de trabajo se encontraba extinguido, ya que la interpretación contraria situaría a los trabajadores en una situación imprecisa, en relación a la pervivencia o no del vínculo laboral y sobre el momento en que podría pensarse extinguido trayendo como consecuencia un despido por sorpresa¹⁹.

¹⁵ CABEZA PEREIRO, J., “El despido tácito”, en *REDT*, núm. 64, 1994. p. 300.

¹⁶ STSJ Galicia, de 21 de julio de 2014, rec. núm. 1802/2014.

¹⁷ SSTSJ Galicia, de 21 de julio de 2014, rec. núm. 1802/2014; Galicia, de 19 de julio de 2011, rec. núm. 1669/2011; Galicia, de 15 de diciembre de 2010, rec. núm. 4631/2010.

¹⁸ Parte de la doctrina considera que deben darse ambos requisitos simultáneamente. Concretamente, KAHALE CARRILLO, D. T., “Algunas consideraciones relativas al... *op. cit.*”

¹⁹ STSJ Galicia, de 8 de enero de 1992.

Una segunda diferencia es que el despido tácito lo decide el empresario, mientras que la extinción del contrato por voluntad del trabajador lo declara el juez a través de una sentencia. Por último, si el plazo para impugnar el despido tácito no ha caducado, se decretará la nulidad del despido por defectos formales, lo que conlleva la readmisión inmediata del trabajador, mientras que si el plazo ya ha caducado la acción para impugnar y existe causa resolutoria del contrato, se extinguirá la relación laboral con el abono de la indemnización del despido improcedente. En definitiva, el despido tácito persigue la pervivencia del contrato de trabajo, a diferencia de la extinción del contrato por voluntad del trabajador que busca como fin la extinción del mismo.

En este sentido cabe resaltar que la jurisprudencia²⁰ tiene declarado que el éxito de la acción vía art. 50 ET exige que el contrato de trabajo esté vivo en el momento de dictarse la sentencia, esto es, que en la resolución del contrato por voluntad del trabajador es requisito indispensable la continuidad en la prestación de sus servicios para que tenga éxito su pretensión, puesto que no puede declarar el juzgador la extinción de una relación laboral ya fenecida. En el fondo, se trata de que el trabajador no puede constituirse en definidor de su propio derecho, salvo supuestos excepcionales que atenten gravemente a la dignidad o la integridad física del trabajador. El fin del art. 50 ET es otorgar al trabajador la facultad de reaccionar frente a las conductas del empresario que buscan que la prestación del trabajo sea intolerable o ilusoria²¹, evitando que de manera indirecta se coaccione al trabajador a abandonar el trabajo²², o, en el caso contrario, que sea el propio trabajador quien decida entre la resolución del contrato o la exigencia de su cumplimiento de conformidad con el art. 1124 CC.

De hecho, el parentesco del art. 50 ET con el art. 1124 CC ha llevado a considerar²³ que el incumplimiento a que se alude en la norma laboral debe ser semejante al que se contempla en la norma civil, concretamente, que, al igual que la civil, se debe derivar de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento. No obstante, cabe entender que en el art. 50 ET no se alude directamente a la culpa del empresario. La única alusión a la culpa del empresario es indirecta cuando, en la letra c), hace referencia a la fuerza mayor para excluir la resolución cuando es causa del incumplimiento empresarial, lo que supone objetivar la responsabilidad por caso fortuito.

²⁰ SSTS de 13 de mayo de 1986; de 21 de mayo de 1986; de 18 de junio de 1986.

²¹ STS de 16 de enero de 1991, que señala que “estas declaraciones judiciales hacen de la resolución causal una especie de último recurso para la defensa de los derechos e intereses del trabajador. De ahí que los tribunales hayan subrayado en ocasiones que el uso de esta vía de resolución del contrato está reservado para aquellos casos en que los derechos del trabajador no puedan quedar razonablemente atendidos mediante la simple exigencia del cumplimiento de las obligaciones correspondientes”.

²² STS de 14 de octubre de 1982.

²³ PENDÁS DÍAZ, B., *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Madrid: Acarl, 1992. p. 54.

2.2. Abandono

El abandono, como es sabido, puede definirse como aquel acto voluntario y unilateral del trabajador por el que extingue el contrato de trabajo, esto es, aquella conducta reveladora del propósito de dar por terminada de un modo unilateral la relación contractual.

Aunque en un plano teórico, el despido tácito y el abandono son figuras totalmente diferentes, ya que en el despido tácito la voluntad extintiva procede del empresario, mientras que en el abandono del trabajador, lo cierto es que en la práctica no siempre es tarea sencilla determinar la causa resolutoria que realmente concurre. La clave se halla en determinar quién resuelve el contrato, de tal forma, que si la inasistencia del trabajador se debe a su propia voluntad, habrá que apreciar abandono, mientras que si la voluntad empresarial obedece a la causa disciplinaria del art. 54.2 a) ET, se apreciará un despido tácito.

De hecho, en la práctica la doctrina judicial ha analizado un gran número de supuestos en que la empresa argumenta abandono del trabajador frente a la pretensión de despido del trabajador. En general, la doctrina judicial²⁴ considera el despido tácito como una figura residual del abandono, es decir, que se ha de estimar cuando éste no consta a partir de los hechos concluyentes y de la conducta inequívoca del trabajador, no mediando despido expreso por el empresario.

3. MANIFESTACIONES DEL DESPIDO TÁCITO

Los supuestos típicos del despido tácito son aquéllos en que no se da ocupación efectiva al trabajador o el empresario no retribuye al trabajador, y más comúnmente cuando se dan ambas situaciones conjuntamente²⁵ o de forma sucesiva²⁶, pues puede entenderse que cuando el

²⁴ Así, por ejemplo, la STSJ Comunidad Valenciana, de 23 de junio de 1992, rec. núm. 2155/1991, aprecia la existencia de despido tácito en el caso de una trabajadora que había causado baja en la empresa después de no haber acudido al trabajo durante dos semanas, pues “las faltas de asistencia al trabajo no tiene el valor de actos concluyentes, ni constituyen una conducta inequívoca reveladora del propósito deliberado de romper la relación laboral (...) máxime cuando se había solicitado por ésta la situación de excedencia por el período de un año”. En términos similares, STSJ Andalucía, de 1 de diciembre de 1992, rec. núm. 2957/1992, que no aprecia abandono en la conducta de un trabajador que tardó menos de un mes en reincorporarse al trabajo tras habersele denegado la invalidez permanente y después de haber estado en situación de invalidez provisional, considerando que la empresa lo había despedido tácitamente al haber cerrado sus puertas previamente al intento de reincorporación.

²⁵ SSTSJ Madrid, de 23 de julio de 2014, rec. núm. 425/2014; Asturias, de 26 de octubre de 2012, rec. núm. 2047/2012; Asturias, de 26 de octubre de 2012, rec. núm. 2056/2012; Madrid, de 11 de octubre de 2011, rec. núm. 2386/2011; Madrid, de 10 de febrero de 2011, rec. núm. 3356/2010; Cantabria, de 30 de julio de 2004, rec. núm. 755/2004; SSTCT de 27 de mayo de 1983; de 14 de mayo de 1985; de 27 de enero de 1987.

²⁶ STSJ Madrid, de 21 de julio de 2014, rec. núm. 452/2012, que enjuicia el caso de un trabajador que desde el mes de abril deja de percibir su salario y desde agosto ya no se le da ocupación efectiva. En

empresario incumple estas obligaciones está exteriorizando su intención de dar por terminada la relación laboral²⁷. No obstante, parte de la doctrina²⁸ considera que aceptar esta proposición como despido tácito genera inseguridad jurídica.

3.1. Ausencia de ocupación efectiva

El contrato de trabajo conlleva una relación sinalagmática generadora de derechos y obligaciones entre las partes. Concretamente, el trabajador se obliga a realizar una prestación laboral determinada según las indicaciones del empresario. Por su parte, el empresario ha de garantizar el pago puntual del salario y además ha de proporcionar una ocupación efectiva al trabajador haciendo posible su normal desenvolvimiento, pues en caso contrario faltaría uno de los presupuestos sobre los que bascula el contrato de trabajo²⁹.

La carencia de actividad por parte del trabajador rompe la estructura interna de la relación laboral y desequilibra absolutamente sus postulados, ya que es paradójico que se exija legalmente la realización del trabajo convenido o la prestación de servicios al trabajador y que el empresario mantenga deliberadamente inactivo al trabajador. No cabe duda que la situación en que se puede encontrar un trabajador que se halla a disposición del empresario durante todo el tiempo convenido sin ninguna actividad laboral ha de implicar, pese al pago del salario, la posibilidad de dotarle de los instrumentos jurídicos para su corrección o compensación por el perjuicio irrogado.

De hecho, el derecho a la ocupación efectiva se trata de un derecho reconocido en el art. 4 ET, pero sin desarrollo en el resto del articulado del ET. No obstante, ello no significa que se esté en presencia de un derecho de contenido programático, esto es, de una norma carente de operatividad jurídica. Ciertamente, podría pensarse en un primer momento que al no desarrollar el ET este derecho, éste tiene una inconcreción tal que llevaría a la inexigibilidad jurídica de su

términos similares, SSTSJ Madrid, de 6 de abril de 2009, rec. núm. 918/2009; Galicia, de 25 de octubre de 2005, rec. núm. 4217/2005.

²⁷ STCT de 27 de mayo de 1993, que señala que es “constituyente de un despido toda situación en la que por voluntad de la empresa el trabajador se encuentre durante mucho tiempo y sin explicación satisfactoria por parte de aquélla, absolutamente inactivo y sin percibir retribución alguna”. En términos similares, SSTCT de 12 de mayo de 1988; de 19 de abril de 1998; de 10 de febrero de 1988; de 17 de febrero de 1988; de 19 de enero de 1988; de 28 de octubre de 1987; de 29 de octubre de 1987; de 7 de septiembre de 1987; de 24 de febrero de 1987; de 7 de enero de 1987; de 16 de diciembre de 1986; de 1 de abril de 1986; de 2 de abril de 1986; de 14 de enero de 1986; de 14 de mayo de 1985; de 12 de noviembre de 1985. También el TS ha manifestado (STS de 24 de abril de 1986) que “dejó la empresa de darle trabajo efectivo (...) a lo que se añade en la demanda que también dejó de abonarle el empresario, y este conjunto de medidas son reveladoras de un implícito despido”.

²⁸ DE MIGUEL LORENZO, A., *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Madrid: Civitas, 1993. p. 110; MATÍA PRIM, J., “Consideraciones sobre el derecho a la ocupación efectiva”, en AA.VV., *Libro homenaje a los profesores Bayón Chacón y del Peso y Calvo*. Madrid: Universidad Complutense, 1980. p. 152; GONZÁLEZ ORTEGA, S., “El despido tácito y su impugnación”, en *RPS*, núm. 129, 1981. p. 294.

²⁹ STCT de 15 de junio de 1982.

cumplimiento. Pero ello no es así, dado que se encuentran en el ordenamiento jurídico instrumentos que palián dichas ausencias y confieren al derecho en cuestión plenos efectos jurídicos. Por consiguiente, ni la falta de un explícito desarrollo posterior en el articulado estatutario, ni la circunstancia de que la ocupación efectiva constituya un derecho en la relación de trabajo y no uno de los derechos básicos de los trabajadores contenidos en el art. 4.1 ET pueden, bajo ningún momento, menoscabar el alcance jurídico de aquél, pues, si todos los demás derechos del art. 4 tienen una concreción ulterior, debe efectuarse una labor integrativa a fin de evitar la mera consideración programática o formal del mencionado derecho.

Así es cierto que el ET contiene un específico mecanismo para hacer frente a las eventuales violaciones del derecho de ocupación efectiva, como el del art. 50. De esta forma, la regulación estatutaria resuelve parcialmente el problema suscitado con ocasión de la conculcación empresarial del derecho a la ocupación efectiva del trabajador, si bien ello no supone que éste no pueda exigir el cumplimiento de tal derecho aplicando el propio art. 1124 CC, tal y como se manifiesta al señalar que la facultad resolutoria concedida al trabajador ha de entenderse otorgada “junto a las medidas y acciones legales encaminadas a lograr el cumplimiento de las omitidas”³⁰. Ello significa que el trabajador, además de la vía de la resolución contractual, tiene también la posibilidad de exigir su cumplimiento con la eventual reclamación por los daños y perjuicios ocasionados. De ahí que no quepa entender que la resolución contractual es la única vía para afrontar el incumplimiento contractual, pues no sólo la teoría de la conservación del negocio jurídico, como las dificultades de encontrar un nuevo empleo en una situación de crisis económica aconsejan intentar conseguir, en primer término, la ocupación efectiva y, sólo si tras el pronunciamiento judicial favorable, existen obstáculos para su logro por la persistencia de la actitud empresarial, debería recurrirse a la resolución contractual.

Para que estemos ante un supuesto de falta de ocupación efectiva se requiere que, al igual que el art. 50.1 exige que la falta de pago o los retrasos sean continuados, que dicha ausencia de ocupación no sea meramente ocasional o esporádica, sino, de una duración tal que origine al trabajador consecuencias perjudiciales de entidad suficiente. Así no se ha considerado que se conculca este derecho cuando la no ocupación efectiva se limita a un día medio de no trabajo³¹ o a tres días por razón de obras³² o incluso a más días pero que obedece a una expectativa de despido por dificultad debida a inexistencia de obras que da lugar a una situación transitoria u ocasional³³. Por el contrario, dicho principio quiebra cuando la inactividad alcanza un período significativo quedando “patente la voluntad deliberadamente rebelde al

³⁰ STCT de 10 de noviembre de 1980.

³¹ STCT de 30 de mayo de 1979.

³² STCT de 30 de mayo de 1973.

³³ STCT de 21 de febrero de 1978.

cumplimiento de lo convenido”³⁴, como puede ser el hecho de no proporcionar trabajo durante dos años tras una readmisión subsiguiente a un despido improcedente, pese a la realización ocasional de trabajos de categoría inferior³⁵. Además, se exige que ello redunde en perjuicio de la dignidad o formación profesional del trabajador, de tal forma que se menosprecie al trabajador en su doble vertiente personal o profesional, esto es, que se produzca un tratamiento vejatorio. De hecho, ya con anterioridad al ET, la jurisprudencia había mantenido ya reiteradamente que la no ocupación efectiva implica una situación vejatoria al suspender el normal desenvolvimiento de la actividad laboral³⁶, que conlleva un claro agravio y menosprecio³⁷. Asimismo, se ha señalado que la dignidad del trabajador no se trata meramente de un derecho programático sino de un principio esencial que no puede reducirse a un simple reconocimiento formal.

Efectivamente, nadie duda que existe una clara relación directa entre el incumplimiento del derecho de ocupación efectiva y el menoscabo tanto de la dignidad como de la profesionalidad del trabajador, pues con esta forma de actuar del empresario se deduce el natural deseo de superar y mejorar y se ocasiona un perjuicio psíquico y profesional al trabajador, ya que ofensivo es claramente recibir un salario sin trabajar y sin que en ello exista una razonable justificación, pues se atenta contra facetas esenciales de la contraparte del contrato al incurrir en violación de las dos categorías recogidas en el art. 50.1 ET, cuando bastaría la conculcación de una de ellas para que derivaran los efectos resolutorios. La no asignación de tareas durante un período significativo es causa suficiente para invadir el área de dignidad personal que el ordenamiento ha de proteger y para quebrar la tutela de la profesionalidad que todo trabajo conlleva.

3.2. Falta de pago del salario

En relación con la falta de retribución, cabe preguntarse si basta con que el incumplimiento del empresario sea un simple retraso o si la falta de pago tiene que ser total o incluso que sea una parte del salario. Al respecto, cabe entender que el despido tácito existe cuando el incumplimiento del pago del salario sea total y grave, puesto que el pago ocasional o parcial y los retrasos no pueden ser considerados como una intención de dar por terminada la relación laboral, sino que constituyen, más bien, un incumplimiento de las obligaciones del empresario.

³⁴ DIEZ-PICAZO PONCÉ DE LEÓN, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, Vol. II, 1984, p. 331.

³⁵ STCT de 16 de diciembre de 1982.

³⁶ STS de 9 de julio de 1971.

³⁷ STCT de 18 de mayo de 1978.

A modo de síntesis, se puede señalar que no existen unos criterios claros y absolutos, sino que prima una rica casuística judicial. El TS no se ha pronunciado de manera expresa en orden a establecer cuál pudiera considerarse el límite admisible con carácter general para valorar el impago de salarios, seguramente debido al carácter fuertemente casuístico de esta materia, fuera del criterio relativo a que el incumplimiento debe ser grave, continuado y persistente³⁸. No obstante, como regla general se puede señalar que para poder apreciar un incumplimiento empresarial, que no despido tácito, cuando se trata de la falta de pago, según los principios de integridad e identidad que rigen el cumplimiento de las obligaciones sinalagmáticas, el incumplimiento empresarial se producirá cuando no exista satisfacción íntegra de la deuda salarial y, en consecuencia, tanto en los supuestos de impago total como parcial, siempre que se trate de un impago persistente o duradero en el tiempo, siendo, pues, requisito sine qua non esa continuidad en el tiempo, al igual que cuando se trata de retrasos en el abono del salario, los cuales han de revestir una cierta gravedad, utilizándose como parámetros para valorarla la cuantía del salario, el distanciamiento temporal entre la fecha de pago y la del vencimiento de la deuda y la reiteración, abarcando tanto los retrasos consecutivos como los intermitentes, y quedando fuera de la calificación como incumplimiento, únicamente, los retrasos esporádicos u ocasionales³⁹. La falta de pago o los retrasos continuados en el pago salarial pactado, como causa justa para que el trabajador pueda solicitar la extinción de la relación laboral ex art. 50.1 b) ET por considerarse incumplimiento empresarial, exige que esa infracción tenga gravedad suficiente, entendiéndose por tal que no sea un mero retraso esporádico sino un comportamiento continuado y persistente en el tiempo, es decir, que tenga verdadera trascendencia por constituir un incumplimiento grave de las obligaciones contractuales del empresario, con independencia de que puedan deberse a dificultades económicas de la empresa, cuyo incumplimiento ha de valorarse exclusivamente partiendo de un criterio objetivo y cuantitativo⁴⁰. El criterio objetivo de exigir reiteración y persistencia en el impago ha llevado a entender que existe reiteración cuando, con independencia de cualesquiera otras circunstancias de incumplimiento del empresario, el retraso alcanza a cuatro mensualidades, es decir, a algo más que tres meses y una extra, siempre y cuando no haya existido pacto entre las partes debido a especiales circunstancias de la empresa⁴¹, hasta tal punto de que se ha declarado que “el requisito de la gravedad del comportamiento es el que modela y perfila en cada caso la

³⁸ SSTSJ Castilla-La Mancha, de 1 de febrero de 2013, rec. núm. 1448/2012; Castilla-La Mancha, de 12 de diciembre de 2012, rec. núm. 1449/2012; Galicia, de 12 de marzo de 2009, rec. núm. 5347/2008.

³⁹ STSJ Castilla y León, de 11 de octubre de 1993, rec. núm. 1885/1993.

⁴⁰ STSJ Galicia, de 16 de febrero de 2007, rec. núm. 6386/2006.

⁴¹ STSJ Comunidad Valenciana, de 29 de abril 2003, rec. núm. 178/2003.

conurrencia del incumplimiento empresarial (...) y ni siquiera la culpabilidad es requisito para generarlo⁴².

3.3. Concurrencia con un expediente de regulación de empleo

En el caso de que la falta de ocupación efectiva y de salario concorra con la tramitación de un expediente de regulación de empleo, parte de la doctrina judicial⁴³ estima que cuando se insta un expediente de regulación de empleo se descarta toda intención de extinguir las relaciones laborales, es decir, no existe una voluntad por parte del empleador de incumplir sus obligaciones, sino que se trata de un caso de fuerza mayor. De ahí que hayan de ponderarse todos los datos concurrentes para evaluar si se ha producido un despido tácito, esto es, si en la situación concreta, tal incumplimiento obligacional adquiere dicha categoría, o todo lo contrario. Por ello, se consideran⁴⁴ como extinciones de hecho las omisiones empresariales de pagar salario y dar trabajo efectivo durante la tramitación del expediente de regulación de empleo y, por extinción analógica, las que suceden durante una suspensión cautelar de empleo y sueldo, pero no cuando se procede a la suspensión de empleo, pero no de sueldo, durante la tramitación de expediente disciplinario⁴⁵. La jurisprudencia⁴⁶ ha declarado la existencia de despido tácito por falta de ocupación y pago de salarios como consecuencia de no readmisión tras ser anulada por sentencia del orden contencioso-administrativo firme la resolución administrativa que aprobó un expediente de regulación de empleo.

3.4. Concurrencia con la declaración de concurso

Cuando la empresa ha sido declarada en concurso, la figura del despido tácito se relativiza y en estos casos si sólo han estado dos días sin ocupación efectiva y después se presenta la solicitud del concurso no puede hablarse de un despido tácito⁴⁷, pues la empresa queda acogida al régimen jurídico de la Ley Concursal y el impago de los salarios y la eventual falta de ocupación efectiva no son demostrativas de la voluntad tácita del empresario de dar por extinguida la relación laboral con sus trabajadores, sino tan sólo de la imposibilidad de mantener en funcionamiento la actividad empresarial por causas ajenas a la voluntad del

⁴² STS de 28 de septiembre de 1998, rec. núm. 930/1998. En términos similares, STSJ Murcia, de 9 de abril de 2012, rec. núm. 939/2011.

⁴³ STSJ Galicia, de 11 de marzo de 2004, rec. núm. 229/2004.

⁴⁴ STSJ Murcia, de 1 de febrero de 2001, rec. núm. 1272/2000.

⁴⁵ STSJ Comunidad Valenciana, de 28 de septiembre de 2010, rec. núm. 1939/2010.

⁴⁶ STS de 9 de octubre de 2009, rec. núm. 3255/2008.

⁴⁷ STSJ Cataluña, de 17 de junio de 2014, rec. núm. 2612/2014.

empleador⁴⁸. Del mismo modo, tampoco se aprecia el despido tácito cuando los trabajadores al volver de sus vacaciones estivales se encuentran con que la empresa no tiene materias primas ni hay actividad para continuar y está presentando una solicitud de concurso voluntario⁴⁹, ni cuando el trabajador es dado de baja en la Seguridad Social por unos días, dejando la empresa sin efecto inmediatamente dicha baja⁵⁰. Por tanto, cuando la empresa ha instado la declaración de concurso y se limita simplemente a dejar de pagar los salarios y dar ocupación a sus trabajadores sin comunicación alguna a sus trabajadores sobre una posible extinción de la relación laboral la empresa queda acogida al régimen jurídico de la Ley Concursal⁵¹ y la eventual falta de ocupación efectiva, no es demostrativa de la voluntad tácita del empresario de dar por extinguida la relación laboral con sus trabajadores, sino tan sólo de la imposibilidad de mantener en funcionamiento la actividad empresarial por causas ajenas a la voluntad del empleador⁵². Y, aun cuando pudiera haber ciertos incumplimientos como la falta de ocupación efectiva derivada de una situación de crisis, si ello no va acompañado de algo más no parece atendible, por no tener la entidad y gravedad suficiente como para alterar el cauce ordinario de la crisis de empresa y eludir las consecuencias normales de tal tipo de situación⁵³. No obstante, en otros casos sí se aprecia el despido tácito cuando no se paga el salario, no se da ocupación efectiva y se conceden vacaciones indefinidas⁵⁴.

3.5. Concurrencia con situación de suspensión del contrato de trabajo

Son también frecuentes las situaciones relacionadas con los períodos de suspensión del contrato de trabajo, cuando tras su fin el empresario se opone a la reincorporación del trabajador, entendiéndose la doctrina⁵⁵ que el trabajador puede optar por accionar por el proceso de despido, pues se estima que la actitud de la empresa de no contestar a un trabajador que

⁴⁸ STSJ Galicia, de 23 de julio de 2013, rec. núm. 5224/2012, que señala que “los argumentos a favor de esta doctrina judicial son asimismo que el legislador concursal ha querido que sea el juez del concurso el que conozca de las extinciones colectivas de contrato de trabajo de la empresa concursada (argumento no válido para las extinciones y/o despidos individuales), y no puede eludirse esta norma con el argumento de que la empresa ha incurrido previamente en despido tácito al dejar de dar ocupación efectiva y pagar el salario a los trabajadores en los días o semanas inmediatamente anteriores a la presentación del escrito de extinción colectiva de contratos de trabajo ante el juez del concurso”.

⁴⁹ STSJ Murcia, de 26 de junio de 2006, rec. núm. 402/2006.

⁵⁰ STSJ Galicia, de 13 de noviembre de 2012, rec. núm. 3853/2012.

⁵¹ SSTSJ Cataluña, de 17 de junio de 2014, rec. núm. 2612/2014; Cataluña, de 3 de febrero de 2010, rec. núm. 6889/2009; Galicia, de 30 de abril de 2012, rec. núm. 511/2012. Esta última señala que “no se desprende tal voluntad de extinguir la relación laboral, cuando la propia empresa solicita, de forma efectiva, tal extinción colectiva de los contratos de trabajo con posterioridad a la presentación de la demanda que ahora nos ocupa”. En términos similares, STSJ Galicia, de 14 de junio de 2013, rec. núm. 5224/2012.

⁵² STSJ Galicia, de 15 de octubre de 2012, rec. núm. 3079/2012.

⁵³ STSJ Galicia, de 14 de junio de 2013, rec. núm. 5224/2012.

⁵⁴ STSJ Asturias, de 26 de octubre de 2012, rec. núm. 2056/2012.

⁵⁵ GARCÍA MURCIA, J., *Acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Madrid: Civitas, 1991. p. 203.

pretende reincorporarse equivale a un despido⁵⁶, como aquellos casos donde se manifiesta una actitud inequívoca de la empresa tras la solicitud de una excedencia voluntaria del trabajador⁵⁷ o simplemente el silencio de la empresa ante dicha solicitud⁵⁸, o cuando el trabajador tras mostrar su intención de reincorporarse tras una suspensión legal del contrato de trabajo se encuentra la empresa cerrada⁵⁹. No obstante, otro sector considera que en los casos de silencio ante las solicitudes de reincorporación tras excedencia voluntaria no ha de apreciarse la concurrencia de despido, pues la empresa, con su silencio, ha sembrado una duda razonable en el trabajador sobre si la conducta patronal obedece a una intención de despedir o a la inexistencia de vacantes⁶⁰. Por tanto, lo importante será verificar la efectiva intención empresarial de poner o no término de un modo definitivo al contrato de trabajo, verificación que dependerá en gran medida de si existe sin lugar a dudas una vacante, pues pueden existir situaciones con zonas grises y de difícil calificación. Del mismo modo, en el caso de suspensiones cautelares de funciones, mientras se realizan averiguaciones en relación a ciertas irregularidades o anomalías, no se aprecia un despido tácito⁶¹.

Concretamente, para los casos de baja por incapacidad temporal hay diversidad de situaciones, pues en unos casos se aprecia una voluntad unilateral de extinguir el contrato cuando un trabajador que está de baja por incapacidad temporal a punto de agotar la duración máxima de la misma, la empresa procede a darlo de baja a la Seguridad Social antes de que se dicte la resolución del INSS sobre una posible incapacidad permanente o alta en su caso⁶², o se conceden primero unas vacaciones, luego se responde con evasivas para que el trabajador no se incorpore y por último se le da de baja de la Seguridad Social sin conocimiento ni consentimiento del trabajador⁶³. No obstante, en otros casos, no se aprecia el despido tácito cuando la empresa se niega a aceptar los partes de baja y dejar de abonar la prestación de incapacidad temporal después de hacerlo durante catorce meses sin que conste ninguna otra manifestación de la empresa ni ningún otro hecho conocido por el trabajador del que pudiera deducirse el fin de la relación laboral⁶⁴.

3.6. Despido tácito en el caso de trabajadores fijos discontinuos

⁵⁶ STSJ Madrid, de 29 de septiembre de 1992.

⁵⁷ STS de 23 de marzo de 1983.

⁵⁸ SSTSJ Comunidad Valenciana, de 19 de junio de 2007, rec. núm. 1509/2007; Comunidad Valenciana, de 20 de enero de 2000, rec. núm. 734/1997.

⁵⁹ STCT de 11 de noviembre de 1982.

⁶⁰ STSJ Aragón, de 8 de noviembre de 1992.

⁶¹ STSJ Galicia, de 14 de enero de 2000, rec. núm. 5249/1999.

⁶² STSJ Madrid, de 20 de junio de 2014, rec. núm. 94/2014.

⁶³ STSJ Madrid, de 20 de mayo de 2011, rec. núm. 1010/2011.

⁶⁴ STSJ Madrid, de 20 de enero de 2000, rec. núm. 5433/1999.

En relación con los trabajadores fijos discontinuos, se han estimado como supuestos interpretables de despido tácito el caso de trabajadores indefinidos discontinuos cuya empresa procede al cierre, el no llamamiento de trabajadores fijos discontinuos al haber procedido a externalizar el servicio docente, esto es, que otros docentes ajenos a la empleadora imparten cursos de dicha familia⁶⁵, el no llamamiento de una trabajadora embarazada⁶⁶, la falta de llamamiento al inicio del curso escolar de las cocineras adscritas al servicio de comedor de un colegio público gestionado por concesión administrativa⁶⁷ o supuestos en que la empresa ponga en peligro por falta absoluta de llamamiento la propia subsistencia del contrato⁶⁸.

Sin embargo, no se considera despido tácito cuando la empresa comunica el fin de campaña a trabajadores fijos discontinuos que da lugar al período de inactividad propio de estos trabajadores que desempeñan trabajos cíclicos y periódicos que no se repiten en fechas ciertas⁶⁹.

3.7. Otros supuestos

Existen otras situaciones caracterizadas porque el empresario no ocupa al trabajador en ninguna función ni lo retribuye salarialmente, pero justifica de algún modo tal conducta, como aquella actitud del empresario que, ante la imposibilidad de proporcionar trabajo a sus empleados, optó por otorgarles un permiso retribuido indefinido, sin que desde entonces constara que la empresa volviese a retribuirlos, ni que hubiese incoado expediente de regulación de empleo⁷⁰. Asimismo, ello puede tener un matiz en cierta forma sancionador, como aquellos permisos otorgados ante la comisión de un incumplimiento contractual por parte del trabajador, de los que se sigue un impago de salarios y una abstención de reincorporarlo⁷¹. Similar es aquella situación en la que el empresario subrogado en una empresa no mantiene la relación laboral al no ocupar al trabajador ni abonarle el salario correspondiente⁷² o en el caso de una sucesión de contratas⁷³. Peor es el trabajador que no percibe salario alguno, ni tiene una ocupación efectiva, pero es obligado a acudir diariamente a su puesto de trabajo, en cuyo caso se estima que, a pesar de que se mantenga el alta en la Seguridad Social, ello no significa que no

⁶⁵ STSJ Galicia, de 21 de septiembre de 2013, rec. núm. 4914/2012.

⁶⁶ STSJ Cantabria, de 27 de agosto de 2008, rec. núm. 742/2008.

⁶⁷ SSTs de 3 de junio de 1988; de 23 de junio de 1998.

⁶⁸ STCT de 10 de junio de 1986.

⁶⁹ STSJ Comunidad Valenciana, de 15 de julio de 2014, rec. núm. 1495/2014.

⁷⁰ STCT de 27 de febrero de 1985.

⁷¹ STCT de 10 de noviembre de 1982, que considera despido tácito aquella comunicación escrita del empresario al trabajador para que éste no se reincorporara al trabajo hasta nuevo aviso debido a su bajo rendimiento, acompañada de la circunstancia de que no le abona posteriormente los salarios ni le da ocupación efectiva.

⁷² STCT de 9 de junio de 1987, que aprecia despido tácito en el hecho de que el tercer adjudicatario en pública subasta de un centro de trabajo con todo su activo patrimonial no mantiene en ningún momento posterior relación de clase alguna con el actor y no admite nunca la existencia de vinculación laboral.

⁷³ STSJ Galicia, de 17 de octubre de 2000, rec. núm. 3370/1997.

se pueda hablar de un despido tácito, esto es, de un hecho concluyente revelador de la voluntad empresarial de dar por finalizada de forma unilateral la relación laboral que unía a ambas partes⁷⁴.

Por otro lado, es calificada de despido tácito aquella situación en que se cierre la empresa⁷⁵ y el trabajador se la encuentra desaparecida cuando va a aportar el parte de alta médica tras el período de baja por incapacidad temporal⁷⁶, o desaparece definitivamente conllevando la no ocupación efectiva y el impago de salario por la vía de hecho sin seguir el procedimiento previsto al efecto⁷⁷.

Por otro lado, la verificación de un despido tácito no se ve impedida por la adopción de ciertas conductas dirigidas a conservar el puesto por parte del trabajador, pues la realización de tareas tales como acudir esporádicamente al centro de trabajo no enerva la voluntad empresarial de despedir, que se manifiesta en el dato de no dar ocupación efectiva ni retribuir al trabajador, no en la constatación de ciertos actos de mantenimiento que carecen de relevancia⁷⁸. De la misma manera, son calificadas las declaraciones de la empresa de serle imposible pagar ciertos salarios pendientes acompañadas de una orden de abandonar el centro⁷⁹, la desocupación efectiva de un trabajador que había perdido un concurso en el que se discutía el puesto que hasta entonces había estado desempeñando⁸⁰, la alegación de inexistencia de contrato unida a la negativa a proporcionar trabajo a los afectados⁸¹, la negativa a ofrecer ocupación y pagar el salario basada en el incumplimiento empresarial del deber de recolocación del trabajador declarado en incapacidad total⁸², la falta de retribución acompañada de una denegación de los instrumentos necesarios para la producción⁸³, e incluso no sólo las materias o productos imprescindibles para la actividad, sino también la interrupción de los suministros de agua y luz y la carencia de dirección patronal alguna⁸⁴.

⁷⁴ STSJ Madrid, de 23 de julio de 2014, rec. núm. 415/2014, que añade que dicha decisión empresarial “si bien debería haberse formalizado por escrito no impide la existencia de otros despidos de corte irregular como el verbal o, en este caso, el tácito, el cual carece igualmente del necesario formalismo, pero trae causa de datos claramente significativos de la voluntad extintiva del empleador y, por tanto, produce los efectos jurídicos que le son propios”.

⁷⁵ STSJ Castilla y León, de 16 de julio de 2014, rec. núm. 753/2014; Madrid, de 14 de febrero de 2013, rec. núm. 6262/2012, que enjuicia el caso de una trabajadora que cuando se le da de alta de su situación de incapacidad temporal, no se le da ocupación efectiva ni se le abona salario, y al cabo de una semana se encuentra con que se procede al cierre de la empresa.

⁷⁶ STSJ Madrid, de 8 de julio de 2010, rec. núm. 1168/2010.

⁷⁷ SSTSJ Galicia, de 22 de diciembre de 2008, rec. núm. 4885/2008; Galicia, de 30 de septiembre de 2008, rec. núm. 3356/2008; Galicia, de 25 de octubre de 2005, rec. núm. 4217/2005.

⁷⁸ STCT de 17 de abril de 1985; de 28 de mayo de 1985.

⁷⁹ STCT de 10 de noviembre de 1988.

⁸⁰ STCT de 30 de abril de 1985.

⁸¹ STCT de 24 de mayo de 1983.

⁸² STSJ Cantabria, de 29 de julio de 2014, rec. núm. 524/2014.

⁸³ STSJ Canarias, de 31 de julio de 1992.

⁸⁴ STSJ Canarias, de 31 de julio de 2009, rec. núm. 148/2009, que enjuicia el caso de una empresa cuyo administrador fallece y no se produce una subrogación empresarial, quedando los trabajadores sin

Otras conductas del empresario que también dan a entender la intención de resolver el contrato de trabajo son aquellas que, por su especial evidencia, bastan por sí solas para apreciarlo, sin necesidad de que se constate la no retribución a los trabajadores afectados, pues el posterior impago ya se deduce necesariamente de semejante conducta. Esta especial relevancia de un comportamiento empresarial es importante porque adelanta el momento del despido a su concurrencia, sin necesidad de verificar en el futuro un impago salarial, pues éste se deduce con toda naturalidad, lo cual, produce consecuencias de gran calado por la actuación de la caducidad del plazo para impugnar el despido. Así, se pueden apreciar aquellas situaciones consistentes en cambiar la cerradura del centro de trabajo, sin avisar al trabajador no dejándole entrar a su puesto de trabajo⁸⁵ o cuando en un expediente para la extinción de ciertos contratos de trabajo se omite un trabajador⁸⁶.

3.8. Supuestos no considerados como despido tácito

Existen casos también en los que a pesar de concurrir los dos elementos típicos propios del despido tácito, esto es, falta de ocupación efectiva y de retribución, sin embargo, no se aprecia la existencia de despido tácito por hallar justificaciones para dicha situación, como la fuerza mayor que impide temporalmente al empresario cumplir sus obligaciones contractuales⁸⁷, cuando la autoridad laboral decreta el cierre de la empresa⁸⁸, o por cierre patronal, en cuyo caso queda enervada cualquier sospecha sobre la existencia de un posible despido tácito⁸⁹.

Tampoco se estima el despido tácito en aquellas situaciones en las que, a pesar de mediar una decisión empresarial de no ocupar al trabajador, sin embargo, no se deduce una voluntad de extinguir el contrato, sino una finalidad distinta, como cuando tras una decisión de la empresa de jubilar forzosamente a un trabajador en base al convenio y habiendo denegado con posterioridad el INSS la pensión de jubilación por no reunir el trabajador el período de carencia requerido, no puede luego la empresa argumentar para denegar la reincorporación del trabajador que ha mediado un despido tácito cuya impugnación ya ha caducado⁹⁰. Del mismo modo, no concurre el despido tácito en caso de cesión ilegal de trabajadores⁹¹, ni en una

posibilidad de continuar la actividad laboral por falta de productos, por falta de dirección patronal y por la interrupción de los suministros de agua y luz.

⁸⁵ STCT de 12 de abril de 1988.

⁸⁶ STCT de 7 de enero de 1987.

⁸⁷ STCT de 12 de diciembre de 1977.

⁸⁸ STS de 23 de febrero de 1990.

⁸⁹ STS de 11 de octubre de 1990.

⁹⁰ STS de 10 de junio de 1986.

⁹¹ SSTSJ Madrid, de 9 de marzo de 2012, rec. núm. 5895/2011; Castilla-La Mancha, de 30 de julio de 2004, rec. núm. 1138/2004. La primera de ellas considera que se estaría ante un prestamismo laboral, constitutivo de una cesión ilegal de mano de obra, y el hecho aislado de que no se permitiera al trabajador la entrada en su centro de trabajo, cuando pocos días antes la corporación que lo tenía contratado había rescindido el contrato de subarriendo con la empresa, más el hecho de que se inician una serie de

subrogación empresarial⁹², una orden de desplazamiento a otro país⁹³, o cuando en una invitación de la empresa a un empleado a que dejara de trabajar en tanto se tramitara una querrela criminal impuesta por la empresa por haber sustraído el demandante las nóminas de varios meses⁹⁴, ni cuando el trabajador, a sabiendas de que había sido trasladado a otro centro de trabajo, se presenta, tras una situación de baja, a su anterior centro⁹⁵, cuando se encuentra cerrada la empresa tras terminarse una suspensión por causas económicas autorizada, habiendo el empresario instado con anterioridad a la finalización del plazo una prórroga de la suspensión que le fue concedida días más tarde⁹⁶, ni en la excedencia de un trabajador decidida por la empresa en aplicación de la legislación sobre incompatibilidades⁹⁷, ni el silencio de la empresa ante la solicitud del trabajador de permanecer en situación de excedencia voluntaria especial al haber pasado a prestar servicios a otra empresa participada por la primera⁹⁸.

Del mismo modo, no se ha considerado que existe despido tácito cuando, aunque la empresa no ocupa efectivamente al trabajador, no interrumpe el abono del salario debido. En efecto, y sin excluir la posibilidad de que el trabajador demande la extinción del contrato vía art. 50 ET, la retribución revela inequívocamente la pervivencia del vínculo laboral. Esta afirmación genera en la práctica situaciones confusas, como aquella en que mediando una situación de impago salarial y una falta de ocupación si el trabajador reclama las cantidades adeudadas y el empresario reconoce su deuda, no podrá alegar con éxito la existencia de despido tácito⁹⁹. Asimismo, tampoco se aprecia la existencia del despido tácito cuando se da una desocupación efectiva junto con una pequeña mora del empresario en el pago del salario que es calificada de escasa relevancia. Otro caso en que se ha negado la existencia de despido tácito es cuando tras reincorporarse un trabajador tras una suspensión del contrato se le asignan unos trabajos absolutamente diferentes a los que había desempeñado con anterioridad¹⁰⁰, la prohibición de acceso a la empresa¹⁰¹ de un trabajador que ha sido declarado de incapacidad permanente total cuando dicha declaración es revocada inmediatamente por el propio INSS¹⁰², el de un profesor cuyo contrato laboral se extingue al no aceptar una situación administrativa que se le ofrece al

conversaciones con la subarrendataria y con la nueva adjudicataria para lograr que la empresa entrante se subrogase en los contratos de trabajo del personal laboral no puede conducir a entender que existe un despido tácito.

⁹² STSJ Galicia, de 22 de septiembre de 2014, rec. núm. 2242/2014.

⁹³ STSJ Madrid, de 27 de marzo de 2002, rec. núm. 6372/2001, que considera que no existen actos que demuestren la intención de dar por extinguida la relación laboral, sino que se aprecia una voluntad de mantener la vigencia del vínculo si bien bajo la orden de retorno a Brasil.

⁹⁴ STS de 3 de octubre de 1990, rec. núm. 337/1989.

⁹⁵ STSJ Andalucía, de 24 de julio de 2014, rec. núm. 1763/2013.

⁹⁶ STS de 5 de julio de 1976.

⁹⁷ STS de 27 de septiembre de 1989.

⁹⁸ STSJ Madrid, de 19 de octubre de 2012, rec. núm. 3833/2012.

⁹⁹ STS de 2 de junio de 1986.

¹⁰⁰ STSJ Madrid, de 18 de septiembre de 1990.

¹⁰¹ STSJ Cataluña, de 17 de noviembre de 2006, rec. núm. 5355/2006.

¹⁰² STSJ Extremadura, de 30 de noviembre de 2010, rec. núm. 505/2010.

integrarse la escuela universitaria en la que trabajaba en la universidad, según el decreto de integración¹⁰³ o cuando un trabajador es dado de baja en la Seguridad Social e inmediatamente se le vuelve a dar de alta con efectos del día siguiente al de la baja¹⁰⁴. Cabe mencionar también aquellos casos en los que la falta periódica de ocupación no será ordinariamente susceptible de considerarse despido tácito, como la desocupación durante un mes de un médico que prestaba servicios en un hospital en régimen de disponibilidad¹⁰⁵ o un representante de comercio que no recibe trabajo efectivo ni se le pagan ciertas comisiones, pues “dada la especial naturaleza de la relación del representante con la empresa (...) es necesario que su voluntad de poner fin al contrato se exteriorice de forma inequívoca”¹⁰⁶, resultando de la desocupación del representante y del impago de las comisiones una situación de inseguridad que no debía beneficiar a la empresa. Sin embargo, en algunas ocasiones, se ha considerado despido tácito situaciones similares como la de un representante de comercio en base a que la empresa, desde una fecha determinada, no había contestado a las cartas del demandante, ni atendido a sus pedidos, ni le había remitido muestrarios ni listas de precios¹⁰⁷, o el de un trabajador a domicilio que estuvo un largo lapso de tiempo sin recibir trabajo del empresario, o cuando habitualmente había trabajado de una manera regular y continuada¹⁰⁸.

En definitiva, la casuística lleva a concluir que existen una serie de casos en los que no se aprecia la existencia de despido tácito en los casos de falta de ocupación efectiva e impago de salarios cuando, a pesar de ello, la empresa mantiene a los trabajadores en alta en la Seguridad Social¹⁰⁹, ni cuando tras no abonarle durante un tiempo el salario, empieza a trabajar en otra empresa y luego se encuentra su anterior empresa cerrada¹¹⁰.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO OLEA, M., *El despido (un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario)*, Madrid: IEP, 1957.
- ALONSO OLEA, M., CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*. Madrid. Civitas, 2002.
- CABEZA PEREIRO, J., “El despido tácito”, en *REDT*, núm. 64, 1994.

¹⁰³ STS de 30 de mayo de 1988.

¹⁰⁴ STSJ Galicia, de 21 de julio de 2014, rec. núm. 1802/2014.

¹⁰⁵ STSJ Cantabria, de 19 de febrero de 1991.

¹⁰⁶ STS de 26 de noviembre de 1987.

¹⁰⁷ STSJ Andalucía, de 27 de abril de 1993.

¹⁰⁸ STCT de 28 de octubre de 1983.

¹⁰⁹ STSJ Murcia, de 15 de mayo de 2002, rec. núm. 582/2002.

¹¹⁰ STSJ Extremadura, de 24 de julio de 2014, rec. núm. 332/2014.

- DE MIGUEL LORENZO, A., *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Madrid: Civitas, 1993.
- DIEZ-PICAZO PONCÉ DE LEÓN, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, Vol. II, 1984.
- GARCÍA LÓPEZ, R., “Consideraciones en torno a la figura del despido”, en *RPS*, núm. 143, 1984.
- GARCÍA MURCÍA, J., *Acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Madrid: Civitas, 1991.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., “El despido tácito y su impugnación”, en *RPS*, núm. 129, 1981.
- KAHALE CARRILLO, D. T., “Algunas consideraciones relativas al despido tácito”, en *AS*, núm. 11, 2006 (versión on line)
- MATÍA PRIM, J., “Consideraciones sobre el derecho a la ocupación efectiva”, en AA.VV., *Libro homenaje a los profesores Bayón Chacón y del Peso y Calvo*. Madrid: Universidad Complutense, 1980.
- MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos, 1992.
- PENDÁS DÍAZ, B., *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Madrid: Acarl, 1992.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, F., *La terminación del contrato de trabajo*, Madrid: Bolonia, 1967.