

La estabilidad en el empleo. Reflexiones sobre su alcance como objeto de protección del art. 499 bis CP

(A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1987)

MIREN ORTUBAY FUENTES

Becaria del Departamento de Educación del Gobierno Vasco.
Departamento de Derecho Penal. Facultad de Derecho. Universidad de Deusto

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—1.1. *Antecedentes de Hecho.*—1.2. *Algunas cuestiones que plantea la sentencia.*—2. EL ART. 499 BIS NUM. 2 DEL CÓDIGO PENAL.—2.2. *La estabilidad en el empleo como objeto de protección en el art. 499 bis 2.º CP.*—2.1.1) El despido como ataque a la estabilidad en el empleo.—2.1.2) Vigencia del principio de estabilidad en el empleo.—2.1.3) Aproximación al objeto de protección del art. 499 bis 2.º: mecanismos compensatorios del debilitamiento de la estabilidad en el empleo.—2.1.4) Conclusión.—2.2. *La conducta típica del art. 499 bis 2.º en relación a los despidos disciplinarios.*—2.2.1) Las mendacidades en la comunicación del despido.—2.2.2) Conclusión.

1. INTRODUCCION

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1987 condena al procesado, entre otros delitos, por uno contra la libertad y seguridad en el trabajo del art. 499 bis CP. En este comentario voy a tratar únicamente de dos aspectos del tipo descrito en el número 2 del primer párrafo de dicho artículo: el principio de estabilidad en el empleo, su vigencia y significado como objeto de protección de la citada norma penal y, en segundo lugar, la posible afectación de ese bien protegido en los supuestos de despido disciplinario.

A modo de Anexo, se reproducen al final de este comentario los hechos que dieron origen a la resolución citada. La sentencia del Tribunal Supremo en que se basan las siguientes reflexiones; sin embargo, resulta conveniente relatar, siquiera someramente, los hechos que dieron origen a la resolución citada.

1.1. Antecedentes de Hecho

El día 15 de marzo de 1981 salió del puerto de Cádiz un buque de la Compañía Naviera V. M. N., S. A., en el que prestaba sus servicios como marinero F. M. I. Al llegar al puerto de Amberes, el día 5 de abril siguiente, la Compañía ordenó desembarcar al citado marinero, sin que hasta ese momento el Capitán del buque hubiese tenido noticia alguna sobre la conducta laboral de aquél.

Con fecha de 8 de abril, el procesado J. A. M. V., Jefe de Personal de la Compañía Naviera, remitió al marinero F. M. I. carta de despido en la que se hacía constar como causas de la sanción laboral la falta de interés profesional y de responsabilidad del trabajador así como la nulidad de su rendimiento en el trabajo. También constaba en la comunicación que el despido había sido motivado por los informes remitidos al Departamento de Personal y por «las anotaciones que constan en el Diario de Navegación del buque "V. del C.", legalizadas convenientemente ante Notario».

F. M. I. no aceptó el despido y recurrió frente al mismo, promoviendo Acto de Conciliación ante el I.M.A.C. de Vizcaya que se celebró el 11 de mayo. En el mismo, la empresa reconoció la improcedencia del despido y ofreció una indemnización al representante del trabajador que éste aceptó, procediéndose a la resolución del contrato de trabajo y renunciando el trabajador a acudir a Magistratura de Trabajo en solicitud de la readmisión o de una mayor indemnización. La razón por la que el trabajador aceptó el acuerdo fue la afirmación que constaba en la carta de despido sobre las anotaciones que se recogían en el Diario de Navegación del buque.

El día 24 de abril, es decir, con posterioridad al envío de la comunicación del despido, el procesado remitió un télex al Capitán del buque «V. del C.», que había llegado a Venezuela, señalándole que debía realizar una anotación en el Diario de Navegación en la que constase que el marinero F. M. I. observaba una disminución voluntaria en el rendimiento de su trabajo. Dicha anotación debía encuadrarse entre los días 16 de marzo a 4 de abril y, posteriormente, legalizarla ante el Consulado de España, remitiendo una copia a la empresa. El Capitán del buque contestó también por télex negándose a realizar las anotaciones si no le obligaban expresamente; como no recibió más noticias, no llegó a efectuarlas.

La Audiencia de instancia estimó que los indicados hechos probados constituían un delito de falsedad en documento oficial del art. 303 en relación con el art. 302.4 en grado de provocación, de un delito de falsedad en documento privado del art. 306 en relación con el 302.4 y 5 en grado de consumación, unidos en concurso ideal con un delito contra la libertad y seguridad en el trabajo, previsto y penado en el art. 499 bis, párrafo 2.º, de los que era responsable el procesado, en concepto de autor.

El Tribunal Supremo en la sentencia comentada estimó el recurso interpuesto por el procesado, casando la sentencia de instancia y dictando otra por la que condenaba a éste como autor de un delito de falsificación de documento mercantil en grado de provocación y de otro contra la libertad y seguridad en el trabajo y le absolvía del delito de falsificación de documento privado.

1.2. Algunas cuestiones que plantea la sentencia

La resolución analizada aborda una pluralidad de cuestiones jurídicas, algunas de las cuales serían merecedoras por sí solas de un estudio detallado. Sin embargo, y como ya he advertido, las características de este trabajo me obligan a centrarme en un sólo tema. No voy a referirme, por tanto, a la cuestionable calificación de «provocación» para la inducción no eficaz (1) ni voy a analizar, aunque llama la atención, la conclusión a la que llega el Tribunal Supremo al argumentar en la sentencia el motivo por el que las inveracidades en la carta de despido no pueden ser constitutivas de un delito de falsedad en documento privado; el Tribunal considera que la carta no es documento a efectos del art. 306 CP (2).

(1) La sentencia en este punto sigue la línea jurisprudencial tradicional, mantenida por CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal*, I, 17.^a edic. revisada y puesta al día por CAMARGO, Barcelona, 1975, p. 640. En la actualidad se oponen a la punición de la inducción no seguida de ejecución, COBO/VIVES, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1984, p. 636; QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1986, p. 546, RODRÍGUEZ MORULLO, G., *Comentarios al Código Penal* I, Barcelona, 1972, p. 182, como ya apuntara ATÓN, J., *Derecho Penal* 2.^a edic. puesta al día por HERNÁNDEZ/BENEY-TEZ, Madrid, 1986, p. 472.

A favor de considerarla como «proposición», MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1985, p. 287 y BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal Español. Parte General*, Barcelona, 1984, p. 311.

(2) El quinto Fundamento de Derecho de la Sentencia analizada afirma que la carta de despido «no es propiamente documento puesto que no tiene una finalidad de preconstitución probatoria, sin que, con ella se acredite o intente acreditar otra cosa que su propia existencia y la voluntad de extinción de la relación laboral que anima al empresario o patrono, careciendo de transcendencia, por lo tanto, que las razones invocadas para la cesación dicha, sean auténticas, o, por el contrario, mendaces o inveraces, máxime cuando, ya se ha dicho, que su finalidad no es acreditar hechos ni la existencia de ellos».

Sin embargo, una carta de despido contiene la voluntad del empresario de dar por extinguida la relación laboral, es creada con fines de preconstitución probatoria y está destinada a surtir en el tráfico los efectos jurídicos que le atribuye el art. 55 del Estatuto de los trabajadores, en cuanto que de no existir tal comunicación escrita el despido sería nulo; por lo tanto parece evidente que la citada carta responde al concepto de documento expresado en el Fundamento de Derecho cuarto de la propia sentencia. Buena prueba de este carácter sería que, si el trabajador falsificase la fecha de la carta para, por ejemplo, incrementar los salarios de tramitación, se consideraría indudablemente documento. No se puede por tanto compartir la afirmación de que en una carta de despido no es documento a efectos del art. 306 C.P.

Otra cuestión diferente es que los motivos alegados para proceder al despido sean veraces o inveraces, ya que ciertamente este extermo carece de relevancia a efectos probatorios.

Respecto al art. 499 bis CP, hay algunos puntos cuyo análisis resultaría interesante, pero que no son abordados por la referida sentencia del Tribunal Supremo y, por ello, también serán obviados en este comentario. Es el caso del problema sobre la posibilidad o imposibilidad de apreciar la existencia de un concurso del delito de falsedad en documento privado (art. 306 CP) con el delito contra la libertad y seguridad en el trabajo (art. 499 bis CP). Contra la sentencia de instancia que castigaba por ambos delitos, el recurrente alegaba la infracción del art. 68 CP por entender que, en todo caso, se trataría de un concurso de leyes, debiéndose sancionar sólo el delito más gravemente penado.

El Tribunal Supremo no entra en la cuestión puesto que, al considerar que no se dan todos los elementos típicos del delito de falsedad en documento privado, desaparece el problema concursal. De cualquier modo, una reciente sentencia del mismo Alto Tribunal parece haber zanjado el tema reconociendo la diversidad de los bienes jurídicos protegidos por ambas normas penales (3).

Tampoco realiza el Tribunal Supremo en la sentencia analizada ninguna consideración sobre el sujeto activo del art. 499 bis, aunque, a mi entender, este punto no queda suficientemente aclarado. En efecto, según consta en la relación de hechos de la sentencia, el procesado J. A. M. V. a la sazón Jefe de Personal, es el que realiza todos los actos que culminan con el despido del trabajador F. M. I. Sin embargo, la que realmente despide y pone fin al contrato laboral es la empresa C. V. M. N., S. A., única titular de la relación laboral establecida con el marinero.

Es evidente que el procesado está actuando en nombre de la empresa, pero es curioso que esta circunstancia no se haga constar expresamente en los hechos probados y que en la fundamentación jurídica no se aluda en ningún momento al último párrafo del art. 499 bis CP o, en su defecto, a la norma genérica del art. 15 bis CP (4).

(3) Respecto a la posibilidad de admitir concurso entre el delito de falsedad en documento privado y el delito que tratamos, la jurisprudencia ha sido vacilante: la sentencia del T.S. de 23-3-76 negó la posibilidad de apreciar ambos delitos, afirmando que se trataba de un concurso de leyes. Posteriormente varias sentencias han estimado el concurso de delitos y la última sentencia del T.S. de que tengo conocimiento (S. de 21 de Dic. 87) zanja el tema afirmando que «al proteger uno y otro precepto bienes jurídicos distintos, se dará un concurso de delitos a resolver por el art. 71 C.P., tal como entendió la S. 13 Abril 1976 rectificando atinadamente la de 23 de Marzo del mismo año que aplicó el art. 68 C.P. como concurso de normas, doctrina la contenida en la primera de dichas sentencias que debe prevalecer, de acuerdo con el apoyo de la doctrina más especializada».

(4) Sobre este tema ver la excelentes monografías de GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal. Teoría General*, Zaragoza, 1985 y *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1986.

En los apartados que siguen voy a hacer algunas consideraciones sobre el delito tipificado en el n.º 2 del art. 499 bis CP y fundamentalmente sobre los concretos derechos de los trabajadores que se protegen en el mismo.

2. EL ART. 499 BIS N.º 2 DEL CÓDIGO PENAL

En el apartado segundo del primer párrafo del art. 499 bis C.P. se sanciona con pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 600.000 pesetas al que «por cesión de mano de obra, simulación de contrato, sustitución o falseamiento de empresa o *de cualquier otra forma maliciosa suprima o restrinja los beneficios de la estabilidad en el empleo* y demás condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores por disposiciones legales».

Es evidente que los hechos en que se ha basado la sentencia que analizo no pueden encuadrarse en ninguna de las tres primeras conductas citadas en la norma transcrita por lo que, si el T.S. ha estimado la existencia del delito, es que considera que el comportamiento del procesado se incluye en la fórmula genérica de *cualquier forma maliciosa* que ataca *los beneficios de la estabilidad en el empleo*. Sin embargo, el significado de ese «interés protegido» dista de ser claro.

2.1. La estabilidad en el empleo como objeto de protección en el art. 499 bis 2.º C.P.

La sentencia comentada dedica su Fundamento de Derecho 7.º a un pormenorizado análisis del art. 499 bis C.P. Refiriéndose en primer lugar a la doctrina científica (5), afirma que los estudios más rigurosos han llegado a la conclusión de que en el tipo citado se protegen una pluralidad de bienes jurídicos —dada la diversidad de com-

(5) Aunque por la redacción del séptimo Fundamento de Derecho de la Sentencia parece que el T.S. tiene en su ánimo aludir a todas las elaboraciones doctrinales sobre el art. 499 bis, o al menos a todas las tendencias, no menciona la opinión de un importante sector doctrinal que estima que el bien jurídico protegido en dicho artículo es un bien colectivo y no individual. Por todos se pueden citar a ARROYO ZAPATERO, L., que estima que se protege «El interés del Estado a que se respeten las condiciones mínimas de vida profesional de los trabajadores por cuenta ajena» («Los delitos contra los derechos de los trabajadores. Especial consideración del art. 499 bis C.P.» en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 15, Jul-Sept. 83, p. 358) y a BAJO FERNÁNDEZ, M., para quien el bien jurídico colectivo es «los intereses del trabajador considerado como parte del contrato de trabajo», «como miembro de una clase social» (*Derecho Penal económico*, Ed. Civitas, Madrid 1978, p. 517). En otro sentido, aunque también considerándolo como bien colectivo, BUSTOS RAMÍREZ, J., estima que se trata de un bien jurídico institucional y lo incluye entre los delitos contra el ejercicio de los derechos (*Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Ariel Derecho, Barcelona, 1986, p. 396).

portamientos previstos— y, en concreto, en el n.º 2 el objeto de protección es la «seguridad y estabilidad» del trabajo.

Tras enumerar las sentencias del T.S. que se han ocupado del tema, manifiesta que, según la jurisprudencia, el bien jurídico es la «seguridad jurídica del trabajador en el mantenimiento del empleo y demás condiciones de trabajo». La reforma que introduce en el Código Penal estos «delitos de explotación» trataba de «tutelar el conjunto de expectativas y beneficios derivados del contrato de trabajo» entre los que se encuentra «la permanencia en la actividad deseada», por ello —estima el T.S.— se incrimina la conducta encaminada a «suprimir o restringir, maliciosamente, los beneficios de estabilidad en el empleo».

En realidad, aunque se mencionan vario intereses como bienes jurídicos tutelados en esta norma penal —así «la humana y social dignidad del trabajador» o la «realidad y fijeza de las condiciones pactadas de trabajo»—, parece que el núcleo o el bien prevalente protegido en el art. 499 bis es la estabilidad en el empleo. Según el T.S. todo el artículo gira en torno a ese principio y el n.º 2 especialmente.

Consecuentemente con esta apreciación, cuando en el Fundamento de Derecho décimo la Sentencia entra en la valoración del caso concreto, establece que el procesado, de modo malicioso, «logró suprimir los beneficios de la estabilidad en el trabajo de un asalariado» ya que, mediante determinadas maniobras, trató de lograr un aparentemente justificado despido disciplinario del trabajador, «suprimiendo su estabilidad en el trabajo» y, posteriormente, consiguió que el propio trabajador renunciase a «la estabilidad de su empleo» en el acto de conciliación donde se reconoció, por ambas partes, la existencia de un despido improcedente. Por todo ello concluye la sentencia que procede estimar la comisión de un delito del art. 499 bis 2.º del C.P.

Sin embargo, esta aseveración según la cual la existencia de un ataque malicioso a la estabilidad en el empleo da lugar a la apreciación de un delito contra la libertad y la seguridad en el trabajo, plantea la cuestión de cómo ha de interpretarse ese pretendido derecho del trabajador o, dicho de otro modo, de si es realmente la estabilidad en el empleo el bien protegido en aquel artículo.

La argumentación de la sentencia analizada puede resumirse del siguiente modo: el hecho de que el trabajador pierda su puesto de trabajo es un ataque a la estabilidad en el empleo y tanto las inveracidades contenidas en la carta de despido como las actuaciones anteriores tendentes a lograr una falsificación del Diario de Navegación son maniobras maliciosas encaminadas a conseguirlo, por lo tanto se dan todos los elementos típicos requeridos por el art. 499 bis n.º 2.

El problema es, en cuanto al primer aspecto, que la sentencia no profundiza en las razones por las que se considera vulnerada la estabilidad en el empleo, cuestión importante y necesitada de clarificación

pues la línea jurisprudencial mayoritaria (dentro de la escasez de sentencias al respecto) parece no considerar suficiente el mero ataque a la estabilidad para poder incluir la conducta irregular de despido en el art. 499 bis 2.º De hecho, la sentencia del T.S. que comento está tomando en consideración las circunstancias en que se decide la indemnización por despido —claramente desfavorables al trabajador— para concluir que se ha dado la conducta típica del citado artículo

2.1.1. *El despido como ataque a la estabilidad en el empleo*

Entre las escasas sentencias del T.S. que versan sobre el art. 499 bis C.P., hay varias que tratan casos de despidos o de rescisiones «irregulares» de la relación laboral. Por ejemplo, las sentencias de 19-2-79, 22-6-79, 27-1-82 y 7-7-84 contemplan supuestos en los que tiene lugar una rescisión colectiva de contratos de trabajo. Se trata de situaciones de crisis empresarial, fundamentalmente por causas económicas, en las que se procede al despido colectivo de todos los trabajadores de la plantilla mediante el cierre de la empresa y en las que se ignora de modo absoluto el procedimiento legalmente establecido para tales casos.

En las citadas resoluciones, puesto que se dan coyunturas de crisis, el Tribunal analiza la posible concurrencia de la figura típica del párrafo segundo del art. 499 bis C.P. (conocida como «alzamiento laboral de bienes») que protege fundamentalmente, según opina la doctrina mayoritaria, los derechos económicos de los trabajadores (6), pero en las argumentaciones de las sentencias no se alude a la circunstancia de que los trabajadores pierden su empleo de un modo cuando menos irregular.

El T.S. absuelve a los procesados en todos los casos por estimar que la «crisis» no se ha producido de modo fraudulento, y en ningún momento entrar a valorar la posible existencia del delito descrito en el n.º 2 del mismo 499 bis C.P., pese a quedar meridianamente claro en los Hechos Probados que las rescisiones de contratos se habían llevado a cabo sin la preceptiva autorización del organismo laboral competente. Pese a ser evidente que los operarios pierden sus puestos

(6) El art. 499 bis en su párrafo segundo establece: «El que en caso de crisis de una empresa hiciere ineficaces maliciosamente los derechos de los trabajadores incurrirá en las penas previstas en el art. 519 de este Código».

La alusión que hace esta norma al delito de alzamiento de bienes lleva a la conclusión de que se está tipificando una situación de insolvencia que perjudique los derechos de crédito de los trabajadores; en este sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, 1983, p. 341, sin embargo otros autores estiman que este tipo no protege únicamente derechos económicos sino también laborales; en este sentido, ARROYO ZAPATERO, L., «Los delitos...» ob. cit. p. 373.

de trabajo tras el cierre de las fábricas, el Tribunal pasa por alto totalmente la vulneración de la estabilidad en el empleo.

Por todo ello, creo que resulta necesario buscar cuáles son los criterios que implícitamente se están utilizando para aplicar o no la sanción penal a los comportamientos lesivos de los derechos de los trabajadores, porque, como se ha expuesto, muchas de las resoluciones del T.S. sobre este delito no tienen en cuenta la ruptura irregular de la relación laboral. Si el objeto fundamental de protección es la estabilidad en el empleo, parece que las sentencias debieran entrar a considerar la afectación a ese bien para luego enjuiciar la posible concurrencia además de «formas maliciosas», antes de proceder a la absolución cuando éstas no se den, operación que normalmente no se realiza. A mi juicio, ello está relacionado con la crisis del principio de estabilidad en el empleo y con las transformaciones que la misma ha provocado en el ámbito laboral.

Volviendo a la argumentación contenida en la sentencia que constituye el objeto de este comentario, hay que reconocer que, objetivamente considerado, cualquier despido (7) vulnera la estabilidad en el empleo en cuanto que es una forma de finalización de la relación laboral basada en la voluntad unilateral de empleador. Exceptuando el despido declarado procedente (en el que la decisión del empresario se basa en un incumplimiento grave y culpable del trabajador, así acreditado por el primero), en los despidos improcedentes o nulos (8) tiene lugar una pérdida injustificada del puesto de trabajo, con tintes de ilegalidad.

La cuestión es, sin embargo, que este ataque objetivo a la estabilidad en el empleo es, en cierto modo, admitido por la propia ley laboral, ya que esta normativa, al regular la «sanción» para los despidos injustificados, no establece la readmisión del trabajador, sino que se-

(7) Según ALONSO OLEA (*Derecho del Trabajo*, Pub. Universidad Complutense Madrid, 7.ª ed. revisada, 1981, p. 306) se entiende por despido «la resolución del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario». En sentido más restringido SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., (*La terminación del contrato de trabajo*, Pub. del Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980, p. 152) estima que, después del Estatuto de los Trabajadores, por despido debe entenderse solamente «la extinción del contrato de trabajo por decisión del empresario, basada en un incumplimiento grave y culpable del trabajador», es decir, debe remitirse el concepto de despido al conocido como despido disciplinario.

(8) El art. 55 E.T. establece; «1.- El despido regulado en el artículo anterior deberá ser notificado por escrito, en el que han de figurar los hechos de que lo motivan y la fecha en que tendrá efecto.

2.- El despido podrá ser calificado como procedente, improcedente o nulo.

3.- El despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. En caso contrario será improcedente.

Será nulo el despido cuando el empresario no cumpliera los requisitos establecidos en el número 1 de este artículo. El posterior cumplimiento por el empresario de dichos requisitos no constituirá nunca subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo despido, que surtirá efectos desde su fecha.

4.- ...»

ñala ésta como una simple opción del empleador, que en la práctica totalidad de los casos se sustituye por el pago de la indemnización legal (9).

Por lo tanto, la afirmación contenida en la sentencia respecto a que el hecho de que el trabajador pierda su puesto de trabajo supone la supresión de los beneficios de la estabilidad en el empleo, es algo que, por ser obvio, no aporta nada a la interpretación del tipo o, por el contrario, puede significar una amplitud tal del ámbito del injusto que obligue a los Magistrados de Trabajo a pasar el tanto de culpa al Fiscal cada vez que detecten la realización de maquinaciones dolosamente dirigidas a conseguir un despido injustificado.

La Resolución que comentamos establece que la existencia de una lesión de la estabilidad en el empleo es una condición necesaria pero no suficiente, ya que para la perfección del tipo debe concurrir la realización de maniobras maliciosas. Apreciación perfectamente congruente con la configuración típica del art. 499 bis 2.º, que requiere no sólo el correspondiente desvalor de resultado —lesión o peligro para el bien jurídicamente protegido— sino un desvalor de acción construido sobre las «formas maliciosas» idóneas para afectar al bien jurídico. Los aspectos de la conducta típica, en cuanto qué se entiende por «forma maliciosa», serán tratados brevemente más adelante. Veamos en primer lugar la cuestión nuclear relativa al objeto de protección de esta norma penal.

A mi entender, la ambigüedad de la argumentación mantenida por el T.S. se debe a que, si bien todo el razonamiento se construye sobre la supresión de la estabilidad en el empleo, implícitamente el Tribunal está teniendo en cuenta la circunstancia de que, a causa de las falsedades que constan en la carta de despido, el trabajador ha aceptado una indemnización menor de la que legalmente le hubiese correspondido. Parece que es este perjuicio concreto (o la potencialidad de causarlo que encerraba la conducta) y no el mero ataque a la estabilidad en el empleo, la base de la estimación de la existencia del delito. Por lo tanto, la siguiente cuestión que se plantea es la virtualidad de la estabilidad en el empleo como objeto susceptible de protección penal.

2.1.2. Vigencia del principio de estabilidad en el empleo.

El art. 499 bis 2.º C.P. castiga a los que, de forma maliciosa, supriman o restrinjan los beneficios de la estabilidad en el empleo. De la Exposición de Motivos de la Ley de 15 de Noviembre de 1971, introductora del delito contra la libertad y seguridad en el trabajo,

(9) Ver notas 25 y 26 posteriores.

se deduce que la protección penal de la estabilidad es, junto con la de las condiciones de trabajo y seguridad social, el principal objetivo de la reforma, al menos nominalmente (10).

También la Jurisprudencia es unánime al considerar que el bien jurídico protegido es la seguridad jurídica del trabajador, entendiendo por tal fundamentalmente el mantenimiento en el empleo. Respecto a los autores que han tratado el tema, aunque con importantes diferencias sobre el bien jurídico protegido por el llamado «delito social» (11), al analizar el tipo del 499 bis 2.º aceptan que se trata de reprimir las conductas que lesionen la estabilidad en el trabajo (12). Si embargo, llama la atención que, cuando especialistas en derecho laboral examinan esta incursión del derecho penal en su materia, generalmente recalcan que no tiene sentido proteger la estabilidad en el empleo como derecho de los trabajadores porque es, cuando menos, cuestionable su significado en el ámbito laboral (13).

Y esta es la razón que obliga a indagar sobre la vigencia del principio de estabilidad en el empleo y consecuentemente su virtualidad como objeto de protección penal.

Palomeque duda que el meritado principio haya tenido vigencia efectiva en el derecho español ya que, «lejos de haber dispuesto nun-

(10) Es necesaria la matización porque gran parte de la doctrina opina que en el momento histórico en que surge la norma en cuestión, la intención del legislador no era crear un mecanismo eficaz de protección de los derechos de los trabajadores sino, principalmente, acallar los conflictos sociales que se venían produciendo por las condiciones escandalosas en que se desarrollaba la actividad de los trabajadores y, sobre todo, compensar (!) con esta «superprotección» penal la falta de reconocimiento de los derechos colectivos de los trabajadores. Ver, por todos, ARROYO ZAPATERO, L., *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Servicio Social de Higiene y Seguridad en el Trabajo, Madrid, 1981, p. 29.

(11) Ver nota 5. Respecto al bien jurídico protegido en el art. 499 bis C.P., las principales divergencias se encuentran entre el sector doctrinal que estima que se trata de un bien jurídico colectivo (por todos, ver ARROYO ZAPATERO, L., *los delitos...*, ob. cit.) y el que opina que es un bien individual (por todos ver RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal...*, ob. cit. p. 326 y ss.). En cualquier caso es necesario aclarar que, dada la complejidad del tema y las limitaciones del presente comentario, las consideraciones que siguen no versan sobre el bien jurídico protegido en el art. 499 bis C.P. sino específicamente sobre el aspecto concreto de ese bien jurídico que se recoge en el n.º 2 del citado artículo.

(12) ARROYO ZAPATERO, L., *Los delitos...*, ob. cit., p. 367, hace una matización al referirse a la estabilidad en el empleo diciendo que, actualmente «no es un derecho absoluto, sino relativizado por otros intereses». También QUERALT, J. J., *Derecho penal Español. Parte Especial*, Vol. I, Librería Bosch, Barcelona 1986, p. 472, reconoce que la estabilidad es relativa, «pero la "inestabilidad" sólo es aceptable en la medida que está regulada por la ley».

(13) Así se manifiesta MOLERO MANGLANO, C., en «El delito social» en *Revista de Política Social*, oct.-dic. 1973, p. 7, también ZORRILLA RUIZ, M., «Modernidad del art. 499 bis del Código Penal» en *Protección Penal de los Derechos de los Trabajadores*, Univ. de Santiago de Compostela, 1985, p. 160 y PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., «Los delitos laborales en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal» en *La Reforma Penal: delitos socioeconómicos*, ed. de Barbaero Santos, Fac. de Derecho Univ. Complutense, Madrid 1985, p. 350.

ca de la cobertura legislativa de derecho subjetivo, no ha pasado de ser un principio doctrinal, que no concordaba con los numerosos instrumentos habilitados por el propio ordenamiento jurídico» (14).

Por su parte Sagardoy estima que el principio de estabilidad en el empleo es coherente con una política social en épocas de prosperidad socioeconómica, pero quiebra en períodos de crisis (15). En 1971, cuando por primera vez se introduce en el Código Penal un tipo que protege los derechos de los trabajadores, todavía no había estallado la crisis económica cuyos efectos sigue padeciendo el mundo occidental y, en España, perduraba la ilusión desarrollista de los sesenta.

Esa puede ser una explicación de la formulación que el legislador plasmó entonces en el art. 499 bis 2.º C.P., pero probablemente tuviese más influencia la circunstancia que Sagardoy observa al hablar de la estabilidad en el empleo: «En España, y debido a la negación de los derechos colectivos que consagró el Fuero del Trabajo, se produjo a nivel legislativo una protección del puesto de trabajo marcadamente superior al marco europeo, aun cuando pudiera tener fisuras a nivel fáctico» (16).

En 1976 y a pesar del cambio en el panorama socio-económico, la Ley de Relaciones Laborales (L.R.L., 8 de abril de 1976) sigue manteniendo como principio básico la estabilidad en el empleo: el trabajo temporal se considera una excepción a la regla general del contrato laboral por tiempo indefinido y se establece la reincorporación al puesto de trabajo de los arbitrariamente despedidos.

Sin embargo, la L.R.L. había nacido «con su ataúd bajo el brazo» (17) y sus disposiciones respecto al despido iban a durar muy poco (18). Unos meses después de su entrada en vigor, el Dto.-Ley de oct. de 1976 suspendía el derecho del trabajador a la reincorpora-

(14) PALOMEQUE, M. C., «Los delitos laborales...», ob. cit., p. 350.

(15) SAGARDOY, J. A., *La terminación...*, ob. cit., p. 17.

(16) SAGARDOY, J. A., *La terminación...*, ob. cit., p. 22.

(17) OJEDA AVILÉS, A., «El final de un principio (la estabilidad en el empleo)», en *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*. A.A.V.V., Ed. Tecnos, Madrid 1980, p. 468. El autor afirma que la citada ley era «expresión de un fascismo arrinconado y ávido de hacer méritos ante una democracia que parecía incontestable» y surgió «mirada con fastidio desde todos los ángulos, y su desmoronamiento empezó aún antes de ser promulgada».

(18) Tradicionalmente se consideran como antagonistas de la estabilidad en el empleo tanto la flexibilidad en la contratación (contratos temporales) como la flexibilidad en la extinción de la relación laboral (disminución de las garantías del trabajador frente al despido). En este comentario solo me voy a referir a este último aspecto ya que la Sentencia que me sirve de base trata un supuesto de despido, sin embargo, la evolución hacia la generalización de la contratación temporal ha sido mucho más radical que la flexibilización en la terminación de contrato. Existe abundante bibliografía sobre el tema, pero dado el carácter de este comentario podemos remitirnos, por todos, a DURÁN LÓPEZ, F., *El trabajo temporal. La duración del contrato de trabajo*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid 1980 y OJEDA AVILÉS, A., *Programas contra el paro y la restauración empresarial*, I.E.L.S.S., Madrid 1985, y bibliografía citada en ambos.

ción a su puesto de trabajo tras la declaración de improcedencia del despido. Esta que había sido la principal garantía de la estabilidad en el empleo frente al despido arbitrario fue eliminada definitivamente por el Dto.-Ley de Relaciones de Trabajo (de 4 de marzo del 77) que modificó la regulación del despido, admitiendo, aunque no expresamente, la posibilidad del empresario de optar por una indemnización en lugar de la readmisión del trabajador.

Por otra parte, esta última norma introdujo por primera vez el llamado «despido por circunstancias objetivas» que, sin basarse en un incumplimiento imputable al trabajador, permite la extinción de la relación laboral por voluntad unilateral del empleador cuando concurren causas objetivas «fundadas en la capacidad profesional del trabajador o necesidades de funcionamiento de la empresa» (19). Los efectos de este despido son muy similares a los del despido disciplinario, cabiendo también la opción del empleador por la no readmisión en caso de que la rescisión del contrato no sea procedente (20).

La Constitución de 1978 establece en su art. 35.1 el derecho de todos los españoles al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio y a una remuneración suficiente. Durante la gestación de esta norma, y concretamente en el Pleno del Congreso, se presentó una enmienda, dirigida a introducir una referencia a la garantía de la seguridad en el empleo, que no se aprobó (21). De la redacción definitiva del citado artículo ha de concluirse que la Constitución no recono-

(19) El art. 39 del Dto.-Ley de 4-3-77 establece:

«Art. 39. 1. Por circunstancias objetivas, fundadas en la capacidad profesional del trabajador o en las necesidades de funcionamiento de la empresa, constituyen causa suficiente para el despido las siguientes:

- a) La ineptitud del trabajador; originaria o sobrevinida.
- b) La falta de adaptación del mismo a las modificaciones tecnológicas del puesto de trabajo que viniera desempeñando, siempre que fuese adecuado a su categoría profesional.
- c) La necesidad de amortizar individualmente un puesto de trabajo cuando no proceda utilizar al trabajador afectado en otras tareas.
- d) Las faltas, aún justificadas, de asistencia al trabajo, cuando fueren intermitentes, superen en un año, el 30 por 100 de las jornadas y no respondan a accidente o enfermedad que produzcan incapacidad continuada de larga duración.

2. Cuando la amortización del puesto de trabajo prevista como causa suficiente en el ap. c) del párrafo anterior afecte a un conjunto de trabajadores, habrá de seguirse el procedimiento de regulación de empleo conforme a las normas específicas del mismo».

(20) El art. 42 del Dto.-Ley de 4-3-77 señala que contra el despido por causas objetivas se puede recurrir como si se tratase de despido disciplinario y en el art. 44 establece que la calificación realizada por el Magistrado de la nulidad o improcedencia de la extinción producirá los mismos efectos que los señalados para el despido disciplinario, con pequeñas modificaciones.

(21) Ver el estudio realizado por VIDA SORIA, J., «Génesis de las normas laborales en la Constitución española de 1978» en *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, A.A.V.V., Ed. Tecnos, Madrid 1980, p. 259.

ce expresamente un derecho individual a la estabilidad en el empleo (22).

Respecto al Estatuto de los Trabajadores (E.T.), norma básica del derecho laboral vigente, Sagardoy estima que «ha optado por la flexibilidad en la contratación más que en la terminación» de la relación laboral (23). Efectivamente, la crisis del principio de la estabilidad en el empleo se ha traducido en una notable ampliación de las posibilidades de contratación temporal que ha sido exuberantemente desarrollada por la normativa posterior (24). Sin embargo, no puede afirmarse que el E.T. ha eliminado la flexibilidad en el momento de la extinción del contrato laboral, simplemente ha continuado la línea de evolución iniciada por los textos legales anteriores.

En el aspecto que vengo tratando —el despido disciplinario— el E.T. no defiende la continuidad en el puesto de trabajo: si el despido es declarado improcedente, expresamente se establece que el empresario puede optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización, ahora determinada legalmente (25). Como efecto del despido nulo el art. 55.4 ordenaba la readmisión inmediata del trabajador, pero es necesario utilizar el verbo en pasado porque la Ley de Procedimiento Laboral, promulgaba tres meses después del E.T., establece en la ejecución de las sentencias de despido un «incidente de no readmisión» para el caso en que el empresario no proceda a ésta en los despidos declarados nulos. La consecuencia del incumplimiento por parte del empleador se reduce a una indemnización igual a la establecida para el despido improcedente, que únicamente

(22) El art. 40 C.E. —situado en el Capítulo III «De los principios rectores de la política social y económica»— señala en el último inciso de su apartado 1 la obligación de los poderes públicos de realizar, de manera especial, una política orientada hacia el pleno empleo. Se puede entender que la norma citada recoge el principio de estabilidad en el empleo, no como derecho individual sino en su acepción amplia de política de empleo; sin embargo creo que es más correcto interpretar que el Legislador opta por sacrificar las garantías individuales de mantenimiento del puesto en aras de un mejor reparto del trabajo.

(23) SAGARDYO, J. A., *La terminación...* ob. cit. p. 23.

(24) Ver n. 18 anterior.

(25) El art. 56 del E.T. establece:

«Art. 56. Despido improcedente. -1. Cuando el despido sea aclarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de las siguientes percepciones económicas, que deberán ser fijadas en aquélla:

a) En todo caso, a una indemnización, cifrada en 45 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades.

b) A una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifique la sentencia de la jurisdicción competente o hasta que se haya encontrado otro empleo si tal colocación es anterior a dicha sentencia y se pruebe por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación...».

se verá incrementada por la mayor cuantía de los salarios de tramitación (26).

La panorámica hasta aquí esbozada sobre la vigencia del principio de estabilidad en el empleo debe ser contemplada actualmente desde una nueva perspectiva, la creada por el fenómeno de la reconversión industrial y la política de empleo que conlleva.

Como señala Ojeda Avilés —citando a Sagardoy— las reconversiones industriales no son sino «la punta del iceberg que supone la transformación del Derecho de Trabajo desde un derecho de protección al empleado, a un derecho de contención del desempleo» (27). Para aquel autor, los planes de reconversión no tienden a la creación de empleo, de hecho se están utilizando los mecanismos de jubilación anticipada, despidos y expedientes de regulación de empleo para suprimir puestos de trabajo y, junto a la contratación temporal, «han echado por tierra toda la protección del trabajador contra la aleatoriedad en los empleos» (28).

El fenómeno no es privativo de nuestro país. Ghezzi, al analizar la legislación italiana sobre la reconversión, llega a la conclusión de que el interés por mantener el nivel de empleo prevalece incluso sobre la garantía de conservación de derechos adquiridos por los trabajadores individuales (29).

En conclusión puede afirmarse que, en las actuales circunstancias, resulta casi irónico hablar de la protección penal de la estabilidad en el empleo, cuando la política laboral avalada o permitida por el Estado legislador es claramente antagónica del citado principio. Por esta razón es parentorio redefinir el objeto de protección del art. 499 bis C.P. y especialmente de su 2.º apartado.

Lo dicho anteriormente no significa que la protección penal de los derechos de los trabajadores sea supérflua o excesiva, por el contrario, la vocación del Derecho Penal como *ultima ratio* es compatible con la firme defensa de los derechos básicos de los trabajadores,

(26) El art. 55. 4 del E.T. señala que «El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir. El nuevo despido podrá efectuarse en un plazo de siete días siguientes a la declaración de nulidad de despido». En los arts. 208 y ss. de la L.P.L. se establece que, cuando el empresario no procediere a la readmisión del trabajador —o la readmisión fuese irregular—, éste podrá solicitar la ejecución del fallo ante la Magistratura de Trabajo. Tras una serie de trámites el Magistrado declarará extinguida la relación laboral, acordando que se abone al trabajador una indemnización cifrada en 45 días de salario por año de servicio, con un máximo de 42 mensualidades y computándose como tiempo de servicios el transcurrido hasta la fecha del auto que resuelve el incidente.

La única excepción legal a esta conversión de la obligación específica de readmitir en el deber del empleador de abonar una indemnización se contempla para los representates legales de los trabajadores, para los que únicamente cabe el cumplimiento «in natura» de la sentencia.

(27) OJEDA AVILÉS, A., *Programas contra el paro...* ob. cit., p. 35.

(28) *Ibidem*, p. 36.

(29) GHEZZI, G., «La reconversión industrial en Italia» en *Relaciones laborales*, N.º 0, Nov. 84, p. 48.

más necesaria si cabe en un momento histórico en que resultan ser ellos los que fundamentalmente están padeciendo los efectos de la crisis del sistema económico.

2.1.3. *Aproximación al objeto de protección del art. 499 bis 2.º: mecanismos compensatorios del debilitamiento de la estabilidad en el empleo.*

De la exposición anterior se concluye que resulta necesaria una reformulación del principio de estabilidad en el empleo de forma que se dote al mismo —y en consecuencia al tipo penal que analizamos— de un contenido material.

Zorrilla Ruiz, en un comentario sobre el art. 499 bis C.P. donde analiza la adecuación de esta norma preconstitucional a la legalidad vigente, sugiere que, al igual que ha sucedido en el Derecho del Trabajo, también en el ámbito penal ha de entenderse que el principio de estabilidad en el empleo ha sido sustituido por el de «continuidad en el empleo» (30).

En este sentido Sagardoy cita a una comisión de expertos de la CEE que ya denunciaba la necesidad del cambio de orientación en la política laboral, «de modo que el objetivo principal sea crear las condiciones necesarias para que cuando no pueda ser evitada la extinción de una relación laboral, se produzca un trasvase rápido y garantizado a una relación nueva de trabajo de nivel equivalente» (31). Evidentemente este planteamiento presupone, como mínimo, la existencia de una prestación de desempleo que mantenga un cierto nivel de ingresos hasta que no se inicie la nueva relación laboral.

El principio de «continuidad» que así se perfila constituye un enfoque realista en cuanto que significa admitir lo inevitable, pero intentando suavizar los efectos mediante la sustitución de los contratos de trabajo que se extinguen o, al menos, garantizando el subsidio económico mientras se prolongue el desempleo.

Aún arriesgándome a emitir apreciaciones sobre materias que no son de mi especialidad, me atrevería a afirmar que el concepto de «continuidad en el empleo» no está todavía suficientemente elaborado. Evidentemente el desarrollo de dicho principio y el estudio de su aplicabilidad y consecuencias son competencia exclusiva de los especialistas en derecho laboral; sin embargo el operador de la ley penal

(30) ZORRILLA RUIZ, M., «Modernidad...» ob. cit., p. 160.

(31) SAGARDOY, J. A., *La terminación...*, ob. cit., p. 19. Hay que señalar que para referirse a un mismo concepto, este autor no emplea la misma terminología que Zorrilla Ruiz. De cualquier modo, en adelante hablaré de «continuidad», entre comillas, queriendo indicar que, más que un principio con entidad concreta se trata de constatar la inexistencia de la estabilidad en el empleo.

no puede permanecer pasivamente a la espera. Si el evanescente principio de la estabilidad en el empleo no tiene una existencia real, es necesario determinar qué derechos concretos han sustituido a aquél.

Actualmente, el ordenamiento español no recoge un «derecho a la continuidad en el empleo» en el sentido expuesto y, por ejemplo, no garantiza la cobertura completa del desempleo sino que la prestación sólo se concede durante un período de tiempo determinado. Sin embargo, el citado principio se traduce en una serie de derechos concretos del trabajador que integrarían el objeto de protección del artículo 499 bis 2.º, en la interpretación que se propone.

El primero de esos derechos debe ser el de permanencia en el empleo en aquellos supuestos en los que, a pesar del amplio margen de maniobra que la ley concede al empleador, está claramente prohibido rescindir unilateralmente la relación laboral. Es lo que sucede respecto a los despidos injustificados de los representantes de los trabajadores (32) o en los despidos atentatorios contra derechos fundamentales (33). En estos casos la ley laboral —o la interpretación jurisprudencial— ha establecido la continuidad del vínculo laboral, sin permitir al empleador otra opción diferente. La finalidad perseguida por el empleador con estas sanciones es la elusión del respeto a los derechos fundamentales y por tanto lesiona la estabilidad en el empleo en cuanto que ésta supone un mecanismo de protección del ejercicio o reconocimiento de aquellos derechos constitucionales en el ámbito de la relación laboral. Por ello aquí no cabe sustituir la estabilidad en sentido estricto por otras prestaciones complementarias y la extinción unilateral y maliciosa del contrato de trabajo constituye

(32) El art. 56 E.T. que trata de los efectos del despido improcedente establece en su apartado tercero:

«3. En el supuesto de despido de representantes legales de los trabajadores, la opción corresponderá siempre a los mismos, siendo obligada la readmisión si el trabajador optase por esta».

Hemos señalado anteriormente (nota 26) que en el caso de despido nulo de un representante de los trabajadores, la L.P.L. no permite la sustitución de la readmisión por una indemnización. Por el contrario los arts. 212 y ss. del citado texto legal establecen una serie de medidas para evitar la extinción de la relación laboral, asegurando que «en cualquier caso, perciba el trabajador su salario y se mantenga la situación de alta en la Seguridad Social».

(33) La jurisprudencia laboral ha creado la figura del despido «radicalmente nulo», añadiéndola a los tres tipos configurados por la ley de despido procedente, improcedente y nulo. La nulidad radical se refiere a las decisiones empresariales violadoras de derechos constitucionales del trabajador (normalmente son vulneraciones del art. 14 C.E., aunque se ha constatado la lesión de otros derechos) y en el caso de despido, supone la obligación de readmisión con una aplicación analógica de los arts. 212 y 213 L.P.L. (Ver nota anterior), para solucionar los problemas que puedan surgir en la ejecución.

Este nuevo tipo de despido fue creado por los Tribunales laborales, pero ha recibido un importante apoyo al ser asumido por el Tribunal Constitucional a partir de la sentencia de 23 de Nov. 1981. Ver DURÁN LÓPEZ, F., *El derecho del trabajo en la Jurisprudencia constitucional*, Ed. I.E.L.S.S., Ministerio de Trab. y Seg. Soc., Madrid, 1985, p. 122.

un ataque al interés protegido en el art. 499 bis 2.º, con independencia de que también pueda lesionar otros bienes jurídicos (34).

En el resto de los supuestos, el principio de continuidad supone la sustitución del derecho a la estabilidad en el empleo por el derecho a percibir la indemnización establecida legalmente. El empleador lesionaría este bien cada vez que maniobrara para eludir esta obligación, pero también sería antijurídica su conducta cuando falsease datos sobre el salario o la antigüedad reales con el fin de pagar una indemnización menor que la correspondiente al trabajador. Los llamados «salarios de tramitación» tendrían a estos efectos la misma consideración que la indemnización (35).

Otro derecho sustitutivo de la estabilidad en el empleo, quizás el más importante, es el de percepción de las prestaciones por desempleo, pero su relevancia a efectos de la protección penal es menor en cuanto que difícilmente el empleador puede lesionar el derecho del trabajador. La legislación laboral —en concreto la L.G.S.S. (36)— establece en materia de desempleo lo que la doctrina laboralista ha llamado «principio de automaticidad de las prestaciones» que consiste, básicamente, en que una vez demostrada la realidad de un trabajo por cuenta ajena, la percepción económica se reconoce al trabajador con independencia de que el empresario haya incumplido sus obligaciones para con la Seguridad Social.

En todo caso, la posible lesión del derecho del trabajador —concretada en un retraso en la percepción del desempleo— únicamente podría provenir de que el empleador no hubiese dado de alta al trabajador en la Seguridad Social o de que no hubiese cotizado debidamente, pero en cualquiera de los dos casos parece que la conducta

(34) Muchos de los despidos aludidos (de representantes de los trabajadores o vulneradores de derechos fundamentales) reflejan o son motivados por conductas antisindicales del empresario o actos de éste contrarios a otros derechos colectivos de los trabajadores (derecho de huelga, por ejemplo) por lo que en algunos casos lesionarían el bien jurídico protegido en el art. 177 bis C.P.: el ejercicio de la libertad sindical y del derecho de huelga. Siendo este bien jurídico disitivo del que se protege en el art. 499 bis C.P., que se refiere a los derechos que surgen en relación individual de trabajo, podría, en determinados casos, apreciarse el concurso entre ambas normas. En este sentido, ver el interesante estudio sobre el art. 177 bis C.P. de BAYLOS GRAU, A., y TERRADILLOS BASOCO, J., «Protección jurídico-penal de la libertad sindical y del derecho de huelga», en *Relaciones laborales*, n.º 1, 1986, pp. 30-54.

(35) Ver art. 56.1 E.T., transcrito en nota 25.

(36) El art. 95 de la Ley General de la Seguridad Social establece en su n.º 3 que «Los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de éste régimen general se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque su empresario hubiere incumplido sus obligaciones».

La automaticidad de las prestaciones deriva del juego combinado de este precepto con el apartado 2 del art. 95 de la Ley de Seguridad Social de 21 de Abril de 1966 (transitoriamente en vigor en este aspecto, según reiterada jurisprudencia) que asegura la percepción de las prestaciones económicas, de forma directa a cargo del organismo competente, sin perjuicio de su posibilidad de repercutir contra el empresario incumplidor.

de áquel tendría mejor encaje en la descripción típica del n.º 1 del art. 499 bis C.P. (37).

En la actualidad son los derechos enumerados los que básicamente integran el derecho genérico a la «continuidad en el empleo» o, dicho de otro modo, los sustitutivos de la estabilidad en el empleo. Probablemente en un futuro próximo estos derechos de los trabajadores podrían ampliarse en la línea expuesta, tal como indican los expertos de la CEE. En este sentido y refiriéndose a Francia, Lyon-Caen remarca cómo una política de empleo coherente y orientada a abordar las consecuencias sociales de la reconversión industrial, conllevaría un derecho de los trabajadores a la formación o a la readaptación profesional que posibilite su recolocación (38). Este derecho supondrá en muchos casos, una obligación correlativa para la propia empresa afectada por la reconversión y podría convertirse así en otro sustitutivo de la estabilidad en el empleo.

Si hemos planteado la redefinición de la estabilidad en el empleo como continuidad y ésta se entiende como la posibilidad real de paso de una relación de trabajo a otra equivalente, puede plantearse que esa «opción a un nuevo puesto laboral» sea también un interés protegido por la norma que estudiamos y sería una conducta lesiva de dicho interés, por ejemplo, la del empleador que da unas referencias falsas sobre un antiguo trabajador suyo con el fin de que no acceda a un nuevo puesto de trabajo.

La interpretación que se propone respecto al objeto de protección del art. 499 bis 2.º no es contraria a los principios generales de Derecho penal. Por una parte, es acorde con el texto constitucional (arts. 35 y 41 C.E.) y con la legislación laboral y es la más adecuada al

(37) Art. 499 bis. -«Será castigado con pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 600.000 pesetas: 1.º El que usando de maquinaciones o procedimientos maliciosos imponga a los trabajadores a sus servicio condiciones laborales o de seguridad social que perjudiquen los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales o convenios colectivos sindicales».

Son imaginables supuestos en los que el incumplimiento de la obligación de cotizar sea posterior a la toma por parte del empresario de la decisión del despido e incluso que áquel responda a la intención específica de perjudicar el derecho del trabajador al subsidio de desempleo, pero estos supuestos no son muy verosímiles y si se diesen vendrían a demostrar que las figuras descritas en los números 1.º y 2.º del 499 bis se superponen frecuentemente, perjudicando la protección real de los derechos de los trabajadores.

Otra cuestión diferente es que el impago de cotizaciones, con independencia de que pueda tipificarse en determinados casos en el art. 499 bis 1.º cuando perjudique los derechos de los trabajadores, siempre constituye una lesión de intereses generales y, en este sentido, la Propuesta de Anteproyecto de C.P. de 1983 incluye aquella conducta siempre que se emplee ardid fraudulento y que la deuda sea igual o superior a dos millones de pesetas entre los delitos contra el sistema de la seguridad social (Art. 291 P.A.N.C.P.).

(38) LYON-CAEN, A., «Derecho del trabajo y reconversiones industriales. Algunas reflexiones a partir del ejemplo francés», en *Relaciones laborales*, n.º 0, nov. 1984, pp. 27-42.

contexto social en que la norma va a ser aplicada (art. 3.1 C.C.) (39). Por otra parte, la redefinición de la estabilidad en el empleo no significa una ampliación del ámbito del injusto por vía interpretativa; al contrario, la concreción de los derechos protegidos reducen la ambigüedad del tipo y, en cierto modo, restringe el elenco de conductas penalmente relevantes, aunque, de hecho, siguen siendo numerosas las conductas ilícitas que encajan en esta reformulación.

De acuerdo con lo expuesto, la conducta de un empresario que injustificadamente vulnera el derecho a la estabilidad en el empleo de un trabajador puede no ser relevante penalmente si respeta los derechos «sustitutivos». Esta conclusión puede ser ciertamente lamentable, pero la realidad impone sus límites y la protección penal de los derechos de los trabajadores no puede ser incongruente, no puede ir más allá que la propia normativa laboral.

2.1.4. Conclusión

La alusión que hace el Código Penal a los «beneficios de la estabilidad en el empleo» no puede interpretarse actualmente como una rígida protección penal del mantenimiento del puesto de trabajo.

Los citados «beneficios» se concretan en unos «derechos sustitutivos» como son la indemnización y las prestaciones por desempleo. Probablemente, en el futuro surgirán nuevos derechos y garantías de los trabajadores ante la pérdida del puesto de trabajo pero, desgraciadamente parece imposible recuperar (si alguna vez ha existido) el derecho al mantenimiento en el empleo.

Esta regla general tiene excepciones para los casos en los que la estabilidad representa una garantía del ejercicio de derechos fundamentales del trabajador. En estos supuestos no caben los sustitutivos y ha de protegerse la conservación de la relación laboral.

En conclusión, se propone una interpretación restrictiva del tipo penal del n.º 2 del art. 499 bis C.P. y en concreto de la expresión «beneficios de la estabilidad del empleo». Es una exégesis condicionada por la realidad social y por la evolución experimentada por las relaciones laborales, pero no debe significar una relajación de la protección penal de los derechos de los trabajadores sino, por el contrario, una clarificación del tipo y una mayor operatividad en la persecución de las conductas lesivas de tales derechos.

(39) Este criterio sociológico de interpretación se está ya utilizando al aplicar el art. 499 bis C.P., así, por ejemplo, ningún autor pone en duda que la expresión «convenios colectivos sindicales» del n.º 1 del citado artículo ha de entenderse referida a los actuales convenios colectivos, regulados por el E.T. y —a diferencia de los convenios existentes en el régimen anterior— expresión de la autonomía de las partes. Por todos ver ZORRILLA RUIZ, «La Modernidad...», ob. cit., p. 151.

En este punto debe observarse que la, en principio, extensa protección de la estabilidad en el empleo se ha traducido en una casi absoluta ignorancia de la norma penal, que ha sido muy escasamente aplicada (40). La inconcreción del interés protegido da lugar a la aparición de figuras delictivas elásticas, que según Pedrazzi, acaban por «hacer recaer sobre los hombros del juez la función de delimitar (*ja posteriori!*) los confines del ilícito» (41). Este defecto de construcción legal que en otra clase de delitos pudiera provocar una descriminalización excesiva (42), tratándose de delincuencia socio-económica supone una descriminalización fáctica.

Aunque muy diversos factores inciden en la vigencia práctica de una norma penal —en este caso es determinante la reacción de los sindicatos y de los propios trabajadores afectados— es de esperar que los esfuerzos encaminados a la determinación de los concretos derechos de los trabajadores protegidos penalmente favorezcan una persecución más eficaz de los delitos laborales.

En el caso concreto enjuiciado en la sentencia analizada, las dolosas maniobras del empleador van dirigidas fundamentalmente a evitar el pago de la indemnización legal, persuadiendo al trabajador de que no acuda a la Magistratura de Trabajo, por lo que pone en peligro claramente el derecho del operario a percibir la indemnización legalmente establecida en caso de despido injustificado. Por ello, según la interpretación propuesta, la conducta es idónea para afectar a los «beneficios de la estabilidad en el empleo» en cuanto que afecta directamente a la prestación sustitutiva.

2.2. La conducta típica del art. 499 bis 2.º en relación a los despidos disciplinarios.

A la luz de las ideas esbozadas sobre el objeto de protección voy a referirme brevemente a la conducta típica y, en concreto, a la acción del empresario que, manifestada en el despido de un trabajador, pueda recibir aquel calificativo por resultar adecuada para lesionar el bien jurídico.

El debilitamiento del principio de estabilidad ha significado en la práctica un enorme incremento de despidos injustificados que, en principio, podrían entrar en el marco del art. 499 bis C.P., en una interpretación literal de esta norma. Pero las razones aludidas, derivadas

(40) Desde Noviembre de 1971 en que se introdujo el art. 499 bis en el Código Penal hasta hoy, el T.S. sólo ha conocido 23 casos del citado delito.

(41) PEDRAZZI, C., «El bien jurídico en los delitos económicos» en *La Reforma Penal: Delitos socio-económicos*, Ed. de Barbero Santos, Pub. de la Facultad de Derecho, Univ. Complutense de Madrid, 1985, p. 288.

(42) BUENO ARUS, F., «Los aspectos criminógenos de la Ley penal», *La Ley*, Tomo 1, 1984, p. 1076.

de la propia evolución socio-laboral y de la crisis económica, imponen una lectura en el sentido apuntado sobre los derechos que se protegen. Respecto a la conducta típica, prácticamente en todos los despidos injustificados se detectan procedimientos maliciosos, pero la cuestión es delimitar cuáles de esas maniobras o «formas maliciosas» son idóneas para afectar al abjeto de protección apuntado.

Como ya he señalado, el n.º 2 del art. 499 bis C.P. enumera una serie de conductas típicas capaces de suprimir o restringir los beneficios de la estabilidad en el empleo, estableciendo finalmente una fórmula abierta que castiga al que «de cualquier otra forma maliciosa» ataque al bien jurídico protegido.

Sería de gran interés realizar un estudio exhaustivo de las conductas tipificadas en la norma citada pero, dado que la sentencia que ha originado este comentario se refiere a un supuesto despido disciplinario, voy a limitar el análisis a las posibles actuaciones punibles del empleador dirigidas a rescindir la relación laboral en base a un supuesto incumplimiento del trabajador. Las conclusiones que se obtengan pueden extenderse a los casos en que el empresario alega la finalización del contrato por expiración del tiempo convenido (contratos temporales en los que el trabajador estime que ha habido fraude en la contratación o en el cómputo del plazo) y a los supuestos de extinción de la relación laboral por causas objetivas (el llamado «despido objetivo») ya que en ambos casos los efectos de la calificación judicial de la extinción —procedente, improcedente o nula— son similares a los previstos para el despido disciplinario.

2.2.1. Las mendacidades en la comunicación del despido.

En la resolución que se comenta el Alto Tribunal estima que el intento del procesado de lograr unos asientos apócrifos en el Diario de Navegación del buque en que había prestado sus servicios el trabajador, así como las mendacidades que constaban en la carta de despido remitida al mismo, constituyen «netas maquinaciones torticeras y maliciosas para suprimir los beneficios de la estabilidad en el trabajo»; sin embargo, a pesar de la clara diferencia entre los dos momentos fácticos, no se realiza un estudio separado de la significación de cada uno.

Respecto a las inveracidades que aparecen en la carta de despido la sentencia estima que, aunque no constituyen un delito falsario por no ser aquella documento (43), denotan una conducta especialmente reprochable. Para proceder sistemáticamente voy a repasar distintos supuestos de inveracidad en carta de despido, procurando exponer

(43) Como se ha expuesto en el apartado 1. 2 del texto y en nota 2.

el distinto grado de desvalor de la conducta y su capacidad para afectar al aspecto concreto del bien jurídico que se protege en esta figura típica del art. 499 bis C.P.

a) Inveracidad en carta de despido sin mala fé del empleador.

Hay que hacer referencia en primer lugar al caso del empresario que, creyendo de buena fé que el trabajador a su servicio incumple gravemente sus obligaciones contractuales, procede a su despido mediante la correspondiente carta. Los efectos serían idénticos tanto en la hipótesis de que el incumplimiento fuese real pero el empleador fuese incapaz de probarlo, como en el supuesto de que no hubiese existido causa alguna de sanción. En ambos casos el despido sería declarado improcedente pero la conducta del empresario no tendría ninguna relevancia penal por no ser maliciosa.

A la misma conclusión ha de llegarse en el supuesto del empleador que por error fácilmente vencible cree que el trabajador ha incurrido en motivo de despido o, del mismo modo negligente, valora equivocadamente la gravedad del incumplimiento del trabajador, cometiendo objetivamente una falsedad en la carta de despido. En puridad podría afirmarse que se ha dado una lesión injustificada de la estabilidad en el empleo, pero no existe aquí la malicia, el dolo requerido por el tipo penal, por lo que la conducta no sería típica por grave que fuese la omisión de cuidados del empleador. Por otra parte, esta conducta no afecta, por sí sola a los derechos protegidos, en la interpretación de los mismos que se propugna.

Similar a estos casos sería el del jefe de empresa que, sin actuar de mala fé, despidiese al trabajador verbalmente, sin que medie carta de despido, aunque, a diferencia de las anteriores, esta rescisión de la relación laboral sería declarada nula.

Pudiera pensarse que las hipótesis planteadas son inverosímiles en cuanto que difícilmente un empleador va a despedir injustificadamente a un trabajador y hacerlo de buena fe o negligentemente y, si así ocurriese, podría optar por readmitir al operario al apercibirse de su error. Pero, en la actual situación económica, no es extraño el supuesto de un empresario que, interesado en reducir la plantilla laboral, «aproveche» la menor oportunidad para rescindir una relación de trabajo. La actuación empresarial no es loable pero tampoco puede ser punible si ha de mantenerse una coherencia entre la normativa penal y la laboral.

b) Inveracidad dolosa en carta de despido

Diferente de las expuestas e indudablemente más reprochable es la conducta del empleador que, conocedor de la inexistencia de causas de despido, procede a éste enviando al trabajador una comunicación en la que hace constar motivos totalmente irreales. No puede alegarse en este caso la ausencia de dolo, pero no basta con ese elemento subjetivo para que el desvalor de la conducta sea susceptible

de reproche penal; es necesario que la acción sea idónea para afectar al bien jurídico protegido.

En este sentido hay que plantearse que, tal como manifiesta la sentencia analizada, la carta de despido carece de cualquier valor probatorio, siendo su única finalidad evitar la indefensión del trabajador y fijar los términos de la *litis* (44). Si la única maniobra maliciosa del empleador consiste en declarar como cierta una falta del trabajador realmente inexistente, habrá que concluir que su actuación no es punible porque la maquinación empleada no es en sí misma suficiente para lesionar los derechos del trabajador protegidos en la norma penal. Evidentemente el trabajador pierde su empleo pero no su derecho a percibir una indemnización y, como he intentado demostrar anteriormente, este es realmente el derecho que se salvaguarda en el art. 499 bis 2.º

Hay otra razón que, sin constituir una argumentación jurídica sino, en todo caso, de política-criminal, aconseja la impunidad de las conductas descritas: Los abogados laboristas saben que una gran parte de las cartas de despido que tienen como efecto rescindir una relación laboral contienen una relación de causas totalmente inexistentes, siendo la carta únicamente un formalismo exigido por la ley para evitar la declaración de nulidad (y el mayor coste que ello puede suponer al empresario por incremento de los salarios de tramitación).

Evidentemente esta conducta no es acorde con la ley e incluso muchas veces es defraudatoria de la misma en cuanto que se utiliza con una finalidad distinta de la prevista (por ejemplo, se evita la tramitación de un expediente de regulación de empleo mediante el recurso a despidos disciplinarios individuales). Sin embargo, dada la extensión numérica de esta práctica, su aceptación implícita por las partes en conflicto (45) y su falta de prohibición expresa por el E.T.—que no diferencia entre la inexistencia de causas de despido y su falta de prueba—, parece absurdo hablar de su punibilidad.

(44) El art. 100 L.P.L. establece que «no se admitirán al demandado otros motivos de oposición a la demanda para justificar el despido que los relativos a los hechos imputados en la comunicación escrita a la que se refiere el número 1 del art. 55 del E.T.».

(45) Hay que constatar que muy raramente los trabajadores o los sindicatos denuncian las prácticas descritas ante la jurisdicción penal. Los motivos hay que buscarlos, en parte, en la lentitud de estos procedimientos y en su relativa ineficacia para solucionar los problemas reales del trabajador y, por otra parte, porque los efectos previstos para el despido improcedente pueden ser un «mal menor» para el trabajador (piénsese en el supuesto de que, ante la posibilidad de que pueda prosperar un Expediente de Regulación de empleo propuesto por la empresa, en el que el trabajador percibiría una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, éste acepte la simulación de un despido improcedente con una indemnización superior). Se dan incluso casos en los que el trabajador que quiere causar baja en la relación laboral voluntariamente, propone al empleador la ficción de un despido disciplinario para acceder así a las prestaciones por desempleo.

Por supuesto, estoy refiriéndome a casos en los que el empleador no realiza ninguna otra maniobra dirigida a la privación o disminución de la indemnización legal que corresponde al trabajador.

También habría que exceptuar de la no punición los despidos que, bajo la apariencia de una sanción disciplinaria, ocultan un ataque a derechos fundamentales del trabajador. En estos despidos que la jurisprudencia laboral ha sancionado con la llamada «nulidad radical», el desvalor de la conducta se origina no tanto por la inveracidad en la carta de despido (causas inexistentes) como por el ataque subyacente a derechos básicos realizado mediante la rescisión del contrato de trabajo (despidos discriminatorios que vulneran la prohibición genérica recogida en el art. 14 C.E., o despidos antisindicales que lesionan el ejercicio del derecho reconocido en el art. 28 C.E.). Los tribunales de lo social, mostrando una fina sensibilidad hacia el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales, vienen considerando que en los citados supuestos no cabe prestación sustitutiva de la estabilidad en el empleo en sentido estricto, es decir, del mantenimiento en el puesto de trabajo. La estabilidad constituye un mecanismo de salvaguarda de aquellos derechos fundamentales.

Trasladando este criterio al ámbito jurídico-penal, parece congruente interpretar que, en estos despidos, la vulneración de la estabilidad da lugar al contenido material del tipo del injusto del 499 bis 2.º

Otra cuestión es que, puesto que la jurisprudencia laboral ya ha establecido la sanción eficaz para esas conductas —la readmisión inmediata e «in natura» del trabajador—, la práctica haya conducido a que no se acuda a la vía penal porque la laboral resulta más ágil y eficaz. En mi opinión y en base al principio de *ultima ratio*, quizás la pena sea innecesaria en estos casos.

Un tema similar se plantea con los llamados despidos «en fraude de ley» (46), en los que la conducta del jefe de empresa constituye, en unos casos, un flagrante abuso de las posibilidades que la normativa laboral ofrece para rescindir el contrato de trabajo y, en otros, la defraudación de la norma que debía ser aplicada. La jurisprudencia laboral también ha establecido la obligación de readmisión en estos supuestos, haciendo gala de lo que Ojeda Avilés denomina «virtu-

(46) Al igual que la «nulidad radical», el despido fraudulento es una creación jurisprudencial. Los tribunales aplican la doctrina del fraude cuando constatan el uso de una vía normativa distinta de la apropiada, con un resultado favorable a quien lo emplea, así por ejemplo cuando se produce un despido disciplinario dirigido a miras distintas de las de castigar un incumplimiento del trabajador. Aunque las alegaciones de fraude en despidos disciplinarios eran antiguas, no han encontrado acogida hasta la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 11 de Mayo de 1982. Respecto a los efectos de este tipo de despidos, al principio la jurisprudencia se limitaba a declarar su nulidad, pero el T.S. en sentencias de 9-5-86 y 8-7-86 declaró la nulidad radical de los despidos fraudulentos, con la consecuencia de la readmisión ineludible del trabajador, sin embargo esta doctrina no ha cristalizado todavía. OJEDA AVILÉS, A., «Los despidos radicalmente nulos por fraude de Ley», en *Relaciones laborales*, 1988, pp. 9 a 27.

des salomónicas» ya que, a pesar de que la conducta del empresario podría ser tipificada por el art. 499 bis 2.º, los jueces optan por «condenar por nulidad casos que quizá debieran ser calificados como improcedentes, pero al mismo tiempo no pasar el correspondiente tanto de culpa al Ministerio Fiscal por indicios de criminalidad» (47). No obstante, esta jurisprudencia es aún oscilante y refleja las dificultades de demarcación de los ilícitos en el ámbito laboral, dada la generalización de la flexibilidad en las relaciones laborales.

Hasta qué punto estas conductas maliciosas —consistentes objetivamente en una mendacidad en la carta de despido, pero donde la conducta del empleador es más reprobable por la especial estrategia fraudulenta desplegada— integran el tipo del 499 bis 2.º es cuestionable. Hay que decidir si también aquí han de interpretarse los «beneficios de la estabilidad en el empleo» en sentido estricto. Profundizar en este punto requeriría exponer con más detalle los despidos que pueden considerarse realizados en «fraude de ley»; baste por ahora señalar la problemática que presentan, sin poder dar una respuesta definitiva válida para todos los casos.

Otro supuesto punible podría darse cuando, por las circunstancias concurrentes, la manifestación inveraz tuviera potencialidad para lograr una renuncia del trabajador a la defensa de sus derechos. Pienso en el supuesto de que los incumplimientos alegados tuvieran relación con alguna conducta irregular del trabajador en el plano personal (por ejemplo, relativo a relaciones sexuales), de tal modo que su planteamiento en un juicio público podría suponer para el operario un perjuicio en su intimidad, por lo que preferiría renunciar a la acción. En estos casos el mero modo de plantear el despido sería una forma maliciosa idónea para afectar a los derechos del trabajador.

c) Inveracidad en la carta de despido junto con otras maniobras maliciosas.

Voy a contemplar en último lugar un tipo de conductas del empleador que constituiría el nivel más grave en esta especie de medición del desvalor de las posibles actuaciones del empresario referentes a las causas y modos del despido disciplinario. Me refiero a los supuestos en los que el empleador, además de ser consciente de que no existe justificación alguna para el despido —por lo que hace constar causas falsas en la carta—, realiza algún tipo de maniobra dirigida a perjudicar al trabajador, normalmente anulando las posibilidades de defensa de sus intereses, conductas todas ellas claramente encuadrables en el art. 499 bis 2.º C.P.

Los casos más frecuentes son los de falseamiento de pruebas y, entre estos la casuística es innumerable. Pueden pensarse supuestos

(47) OJEDA AVILÉS, A., «Los despidos...», ob. cit., p. 25.

de aportación de testigos falsos e incluso de peritos inveraces, pero las maniobras más comunes son las falsificaciones documentales. Entre estas últimas se encontrarían varias de las conductas contempladas en las escasas sentencias del Tribunal Supremo que tratan sobre este delito, así por ejemplo casos en los que se realiza un contrato de trabajo temporal simulando la firma del trabajador para intentar eludir el pago de indemnización —a la que el operario tendría derecho por despido y no por finalización de contrato temporal— (Sen. del T.S. de 21 de dic. 1987) o el supuesto de la sentencia que analizo, en el que el empleador intenta que se realicen unas anotaciones apócrifas en el Libro de Navegación para conseguir así una prueba falsa sobre la supuesta disminución en el rendimiento del trabajador, con lo que el despido, podría declararse procedente y, por tanto, sin indemnización.

También serían punibles —por los mismos argumentos señalados— los casos en los que el empleador falsifica los recibos de finiquito, aunque en esos supuestos normalmente la voluntad del empleador no va dirigida a conseguir fraudulentamente la declaración de procedencia del despido, sino a eludir el pago de la indemnización o los salarios atrasados que puedan corresponder al trabajador.

Las conductas referida supondrán en muchas ocasiones, ataques a bienes jurídicos diferentes del protegido por el art. 499 bis, por lo que necesariamente habrá de apreciarse un concurso de delitos (48).

Una última consideración sobre un tipo de conducta intermedio entre los recogidos en los apartados anteriores (inveracidad en carta de despido) y los que señalan en este apartado (inveracidad junto a otro tipo de maniobras): se trata de supuestos como el que se recoge en la resolución origen de este comentario en los que el empleador, además de hacer constar conscientemente en la comunicación de despido causas inexistentes, manifiesta que dispone de una prueba concreta para acreditarlo (en el caso de la sentencia el jefe de personal afirma que en las anotaciones del Diario de Navegación se había recogido su incumplimiento laboral).

Estimo que a estas conductas deben aplicarse los mismos razonamientos realizados respecto a las simples inveraciones en carta de despido y por tanto considerarlas atípicas por no constituir un ataque idóneo para reducir o frustrar los derechos sustitutivos de la estabilidad en el empleo ya que, como se ha visto, la comunicación de despido no es más que una manifestación de voluntad del empleador que no tiene valor probatorio, es un requisito formal que inicia el trámite de despido.

Respecto a la conducta del procesado recogida en la sentencia de referencia, puede afirmarse que la misma es típica en relación al artícu-

(48) Ver, como un ejemplo, lo expuesto respecto al concurso de delitos entre el art. 306 y el 499 bis en nota 3 anterior.

lo 499 bis 2.º C.P., pero no por la mutación de la verdad que se realiza en la carta de despido, sino por las maquinaciones y gestiones encaminadas a falsificar el Diario de Navegación, comportamiento éste idóneo para lesionar el derecho del trabajador a percibir la indemnización legalmente establecida. Si estas maniobras no hubiesen tenido lugar, el hecho de hacer constar en la carta de despido la existencia falsa de una supuesta prueba, no hubiese tenido trascendencia penal.

2.2.2. *Conclusión*

En la mayor parte de los despidos calificados como improcedentes o nulos se pueden detectar maniobras del empleador, concretadas en las mendacidades contenidas en la carta de despido, sin embargo, aunque estas sean maliciosas, hay que concluir que, por sí sola, no es una acción idónea para afectar al bien jurídico.

Siempre que el empleador no acredite los incumplimientos alegados como causa de la sanción el ordenamiento laboral prevee una serie de «derechos sustitutivos», de compensaciones por la pérdida del empleo. Por ello se dará la conducta típica únicamente cuando mediante otros procedimientos maliciosos, añadidos a la simple alegación mendaz, el empresario trate de convencer al juzgador de la realidad de los hechos. Sólo en ese caso el empleador pone medios adecuados para lesionar el derecho del trabajador a percibir la indemnización.

Dado que, como he expuesto, en algunos casos la estabilidad en el empleo en sentido propio no admite la sustitución, en cuanto que es garantía de otros derechos, excepcionalmente la simple inveracidad maliciosa en la carta de despido puede completar la conducta típica, porque tiene capacidad para lesionar —o al menos poner en peligro— el mantenimiento del puesto de trabajo. La postura de defensa de este derecho adoptada por la jurisprudencia laboral cuestiona la necesidad político-criminal de penar estas conductas.

A pesar de lo establecido como criterio general sobre la conducta típica en relación al despido y de la interpretación restrictiva que se propone respecto a los derechos protegidos, queda dentro del ámbito de lo punible un amplio elenco de prácticas de los empleadores que han de ser perseguidas con más rigor y empeño del demostrado hasta el momento, si se quiere que la protección penal de los derechos laborales sea una realidad. En este punto es determinante la reacción de los trabajadores afectados y de los sindicatos, quienes, por su proximidad a la práctica laboral; constituyen el medio más eficaz de percepción y control de las conductas lesivas de los derechos de los trabajadores.

También es decisivo el celo puesto por el Ministerio Fiscal en el desempeño de su función protectora o vigilante del cumplimiento de la legalidad en este ámbito. Considero preocupante la tendencia que se detecta actualmente de no mantener la acusación pública cuando el trabajador afectado, por haber llegado a un acuerdo con el empresario

respecto a la indemnización, retira la acusación particular. Forma ésta de proceder que muy raramente se obseva en la mayoría de los procesos por delitos llamados «convencionales».

La cuestión que subyace es —como señala Ojeda (49)— el uso anti-social y el abuso por parte de los empresarios de la normativa reguladora del despido y la dificultad de una reacción adecuada frente a este fenómeno. La práctica, lógicamente, apunta hacia el recurso a soluciones no penales, lo cual es perfectamente compatible con la concepción de una protección eficaz de los derechos de los trabajadores, utilizando la vía penal sólo como instrumento subsidiario —*ultima ratio*— restringida a la represión de los ataques más intolerables a tales derechos.

ANEXO

Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, de 16 de noviembre de 1987.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. El juzgado de Instrucción núm. 1 de los de Bilbao, instruyó sumario con el n.º 99 de 1982, contra J.A.M.V., y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de dicha capital, que con fecha 13 de Octubre de 1984, dictó sentencia que contiene el siguiente hecho probado: «Primero: Resultando probado y así se declara: Que el querellante C.R.I., a la sazón capitán de buque en la plantilla de la Compañía Naviera M.N., S.A., con sede social en Bilbao se hizo cargo del buque «Valle del Cadagua» embarcando en el puerto de Cádiz el día 15 de Marzo de 1981 haciéndose a la mar siguiendo las instrucciones de la Compañía y llevando como marinero a bordo a F.M.I., también empleado de la indicada empresa. Al llegar al puerto de Amberes y en virtud de Orden de la Compañía desembarcó el indicado marinero el día 5 de Abril siguiente, desconociéndose el origen de tal Orden y conociendo en ese momento la identidad del marinero que llevaba a bordo, del que por lo expuesto no tenía ninguna referencia o informe adverso a la conducta mantenida en el buque desde que le tenía embarcado en el puerto de Cádiz. El buque continuó con su singladura, y al llegar al puerto de la Guardia —Venezuela— recibió a través del Consignatario con fecha 24 de abril de 1981 un télex remitido por el Jefe de Personal de la Empresa, el procesado J.A.M.V., mayor de edad penal y sin antecedente penales cuyo texto era el siguiente: «Asunto: *Departamento de Personal.*— Referente al caso del marinero D.F.M.I., que estuvo embarcado en este buque

(49) OJEDA AVILÉS, A., «Los despidos...», ob. cit., p.11.

durante el período 16-3 al 4-4, *deberá* hacer la siguiente anotación en el diario de navegación D.I.M.I.: durante su permanencia a bordo viene observando una disminución continuada y voluntaria en el trabajo; actualmente su rendimiento es prácticamente nulo, pese a las reiteradas advertencias verbales que se le han formulado». Conviene que esta anotación se encuadre dentro de las fechas apuntadas, es decir, 16 de marzo al 4 de abril. Sacará una fotocopia del folio en que se hace la anotación y después procederá a legalizar y legitimar ante el Consulado de España. La fotocopia deberá también estar legalizada como el original. No vale fotocopia de legalización, ojo. Finalmente, correo urgente y certificado. Sin otro particular, reciba nuestros cordiales saludos. V.M.N., S.A. Bilbao.» Horas más tarde y por idéntico conducto el procesado remitió un nuevo télex con el siguiente texto: «Tomé buena nota del mensaje de esta mañana referente al mariner Sr. M. I. Saludos». En igual fecha y tras la recepción de ambos télex, el querellante, Capitán C.R. remitió a la atención del Sr. L. Director de la Naviera un télex con el siguiente texto: «Respecto al télex recibido de la Compañía referente al caso del mariner F.M.I., siento muchísimo indicarle que mi conciencia y mi formación religiosa me prohíben en absoluto tal cosa, a no ser que me obliguen por escrito o télex, y ponga en el Diario de Navegación lo hago por orden de la Compañía. Saludos, Capitán Valle de Cadagua». Dicho télex fue recibido por el procesado quedándose él por ser asunto del Departamento de Personal del que era Jefe. El querellante no recibió más noticias en el sentido expresado y no efectuó la anotación que se le pedía en el libro de Navegación. Con fecha 8 de abril, y por lo tanto antes del envío de los télex a que se ha hecho referencia, el procesado J.A.M.V. remitió al mariner F.M.L. Carta de Despido de la Empresa del siguiente tenor literal: «Muy Sr. nuestro: De acuerdo con los informes remitidos a este departamento de Personal y las anotaciones que constan en el Diario de Navegación del Buque «Valle de Cadagua», legalizadas convenientemente ante Notario, observamos que su comportamiento deja mucho que desear, por lo que le enviamos el siguiente escrito: Según los referidos informes los incumplimientos contractuales cometidos por Vd. son los siguientes: Su interés profesional, sentido de la reponsabilidad y eficacia en el trabajo son pésimos. Prácticamente el rendimiento en el trabajo es nulo, pese a las continuas advertencias verbales que le han venido formulando los mandos del buque. Por todo lo expuesto, entendemos que ha incurrido usted en las causas B y E del artículo 54-2 del Estatuto de los Trabajadores que tipifica como incumplimiento grave y culpable del trabajador y por ello motivo de despido: «La indisciplina o desobediencia en el trabajo, así como la disminución continuada o voluntaria en el trabajo normal». Por todo lo cual, lamentamos comunicarle nuestra decisión de sancionarle con el Despido, que tendrá efecto a partir del día 8 de abril de 1981. Dicho despido no fue aceptado

por el interesado quién promovió acto de conciliación ante el IMAC de Vizcaya, el que se llevó a cabo el día 11 de mayo de 1981 con el resultado de que por ambas partes se reconocía la improcedencia del despido pero aceptando el letrado que representaba los intereses del marinero la extinción de la relación laboral previo pago de una indemnización de 370.000 pesetas a abonar por la naviera ante el contenido del texto que se decía constaba en el Diario de Navegación del «Valle de Cadagua», siendo esa la causa de que aceptara la conciliación y renuncia a acudir a la Magistratura en solicitud de la readmisión o de una mayor indemnización. Con fecha 1 de junio de 1981, se remitió Carta de Despido al Capitán querellante, de conformidad con el artículo 90-2.º y 34 de la Ordenanza Laboral de la Marina Mercante, despido que fue declarado procedente por sentencia de la Magistratura de Trabajo n.º 2 de Vizcaya de fecha 4 de agosto de 1981, confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de 19 de noviembre, denegándose el amparo ante el Tribunal Constitucional por sentencia de 5 de octubre de 1983. Tal despido fue motivado por la venta que entonces había efectuado la Naviera de dos barcos que constituían su flota; a la vista de la difícil situación económica que atravesaba lo que supuso la aparición de un superávit en la plantilla de capitanes resolviéndose la elección sobre el querellante en base a que si bien había otro capitán seis meses más moderno que aquél, éste tenía superiores cargas familiares concretadas en tres hijos. El querellante presentó la correspondiente querrela el día 18 de noviembre de 1981, la que fue turnada al juzgado n.º 1 de los de Instrucción de esta villa».

2. La audiencia de instancia estimó que los indicados hechos probados constituían un delito de falsedad en documento oficial del artículo 303 en relación con el artículo 302-4.º en grado de provocación. De un delito de falsedad en documento privado del artículo 306 en relación con el artículo 302-4.º y 5.º en grado de consumación unidos en concurso ideal con un delito contra la libertad y seguridad en el trabajo, previsto y penado en el art. 499 bis párrafo segundo, de los que es criminalmente responsable, en concepto de autor, el procesado citado sin la concurrencia de circunstancias modificadas de la responsabilidad criminal, y dictó el siguiente pronunciamiento: «Fallamos: Que debemos condenar y condenamos al procesado J.A.M.V., mayor de edad penal y sin antecedentes penales como autor responsable de delito de *falsedad en documento oficial en grado de provocación, un delito de falsedad en documento privado consumado, en concurso ideal sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de multa de 30.000 pesetas y otra multa de 15.000 pesetas por el primer delito; seis meses y un día de prisión menor por el segundo y dos meses de arresto mayor y multa de 50.000 pesetas por el tercero, con un arresto sustitutorio*

de un día por cada dos mil pesetas que dejara de abonar en caso de insolvencia respecto de las penas de multa que se le imponen, a las accesorias de suspensión de todo cargo público y del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales con inclusión de las correspondientes a la acusación particular, así como que abone a C.R.I. la cantidad de cien mil pesetas, como indemnización de perjuicios. Declaramos la solvencia de dicho procesado aprobando el auto que a este fin dictó el Juzgado instructor. Y para el cumplimiento de la pena principal y responsabilidad subsidiaria que se impone le abonamos tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa».

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

SÉPTIMO. La reforma penal de 15 de noviembre de 1971, introdujo en el Código Penal, concretamente en el Título XII del libro II, un nuevo Capítulo, el VIII, con el epígrafe, «De los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo», dedicándole un solo artículo, el 499 bis, el cual consta de tres números, subdividido, el último, en tres párrafos. Esta reforma tiene su antecedente penal en el Decreto de 15 de febrero de 1952, el que consideraba delito a la cesión ilegal de mano de obra, y su precedente administrativo, en el artículo 1 del Decreto de 17 de diciembre de 1970, corroborado y ratificado, con posterioridad a la introducción del artículo 499 bis, en el artículo 19 de la Ley de 8 de abril de 1976; siendo la «ratio legis» de la novedad, según el último párrafo del apartado 5 de la Exposición de Motivos de la Ley de 15 de noviembre de 1971, la protección penal de las condiciones de trabajo, seguridad social y estabilidad en el empleo, frente a las defraudaciones de que, con frecuencia, son objeto aconsejando la experiencia, la elevación del rango de la naturaleza de la infracción, y, con ello, la energía del castigo; por su parte, la doctrina científica, coetánea a la reforma, después de augurar la ineficacia de la novedad legislativa gracias a la ambigüedad e indecisión de los términos legales y de asegurar que sería más eficaz, para la tutela de los intereses de los trabajadores, la libertad sindical y la existencia de unos poderosos sindicatos no verticales —logros conseguidos posteriormente— dedicados a la promoción y protección de los dichos intereses, estima, en una primera opinión, que el bien jurídico protegido, es la *seguridad jurídica* de los trabajadores, garantizando el respeto a las condiciones establecidas en el contrato de trabajo, con sus secuelas de seguros sociales, mientras que, con mayor rigor y firmeza, dicha doctrina científica, termina asegurando que lo que protege el artículo 499 bis es una pluralidad de bienes jurídicos, en el núm. 1.º la *libertad* de trabajo, en el 2.º la *seguridad* y estabilidad del mismo, en el núm. 3.º las *disposiciones*

administrativas sobre tráfico de mano de obra, en el párrafo segundo de dicho número los *derechos de crédito* de los trabajadores, y, finalmente en el párrafo tercero del antedicho núm. 3.º, se trata de obviar el óbice que supone el principio «societas delinquere non potest», centrando o polarizando la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en los *administradores o encargados* del servicio que hubieran cometido los hechos antes previstos; y, por último, la jurisprudencia, que se ha ocupado del tema, en sentencias del 13 de junio de 1975, 24 de febrero, 23 de marzo y 13 de abril de 1976 y 20 de mayo y 28 de junio de 1977, 22 de junio de 1979, 2 de febrero y 30 de abril de 1980, 18 de mayo de 1981, 14 de octubre de 1982 y 14 de marzo de 1985, bautiza, a las infracciones estudiadas, con la denominación de delitos de explotación —sentencia del 13 de abril de 1976— o de delitos de explotación del hombre por el hombre —sentencia 13 de junio de 1975—, afirmando que, el bien jurídico protegido, es la seguridad jurídica del trabajador en el mantenimiento del empleo y demás condiciones de trabajo, y que, la reforma, propende a cohibir y castigar las maquinaciones o acechanzas artificiosas tendentes a lograr un fraude de Ley, dando apariencia de legalidad a lo que realmente no lo es —sentencia de 28 de junio de 1977—, añadiendo que se trata de tutelar el conjunto de expectativas y beneficios derivados del contrato de trabajo, así como la humana y social dignidad del operario, especialmente en lo que concierne a la realidad y fijeza de las condiciones pactadas de trabajo y a la permanencia en la actividad deseada, criminalizando, la reprochable conducta, culpable y antijurídica, producto del «deshumanizado dominio opresivo del poderoso» y que se encamina a suprimir o restringir, maliciosamente, los beneficios de estabilidad en el empleo y demás condiciones de trabajo reconocidas a los obreros en disposiciones legales o en convenios colectivos —sentencia de 13 de abril de 1976—, y terminando por aseverar que, la penalización, no rige para todas las infracciones de las condiciones laborales, sino sólo para las más intolerables —sentencia de 13 de junio de 1975—.

OCTAVO. En el número 1.º del precepto estudiado se plasma la primera figura, a la que se puede denominar «*imposición de condiciones ilegales de trabajo*», cuyo *sujeto activo* es el empresario individual o colectivo, y el *pasivo*, el trabajador por cuenta ajena, la *dinámica comisiva*, el *imponer*, a los dichos operarios, coactivamente, o mediante maquinaciones, engaño, artificio, impostura, falacia, mendacidad, o cualquier otro procedimiento malicioso, condiciones laborales o de seguridad social inconvenientes o perjudiciales, y el *resultado apetecido*, la burla o elusión de los derechos reconocidos a los trabajadores en disposiciones legales o convenios colectivos, lo que, tratándose pues de norma penal en blanco, obliga, para integrar el precepto, a acudir a la compleja legislación laboral.

NOVENO. En el núm. 2.º del precepto analizado, los sujetos activo

y pasivo, son los mismo que en el caso anterior, y la dinámica comisiva, con fórmula legal abierta, puede consistir en, cesión de mano de obra, simulación de contrato, sustitución o falseamiento de empresa o cualquier otra forma maliciosa, que consiga suprimir o suprima o restrinja los beneficios de la estabilidad a los trabajadores, concedidos por disposiciones legales.

DÉCIMO. En el caso enjuiciado, el acusado, mediante los dos télex de que se ha hecho ya mención, trató de lograr unos asientos apócrifos, en el Diario de Navegación del buque del que había sido tripulante determinado marinerero, con el fin de lograr un aparente justificado despido disciplinario del mismo, suprimiendo su estabilidad en el trabajo, y antes de dicha orden cursada al Capitán del «Valle de Cadagua», en la que se decía: «de acuerdo con... y las anotaciones que constan en el Diario de Navegación del buque «Valle de Cadagua» legalizadas convenientemente ante Notario...»; constituyendo, las mendacidades y órdenes aludidas, netas, maquinaciones torticeras y maliciosas para suprimir los beneficios de la estabilidad del trabajo de dicho marinerero, si bien, llegado el momento del acto de conciliación celebrado en el IMAC, se acordara, un convenio amistoso, merced al cual, el marinerero accedió al despido, que ambas partes estimaron improcedente, mediante la percepción de una indemnización de 370.000 pesetas, que aceptó ante la convicción de que era cierta la anotación del Diario de Navegación, renunciando, gracias a ello, a la estabilidad de su empleo y a acudir a Magistratura en reclamación de la declaración de injustificado despido, o, en todo caso, mayor indemnización. Así pues, y puesto que, de modo malicioso, se logró suprimir los beneficios de la estabilidad en el trabajo de un asalariado, procede desestimar conjuntamente los motivos sexto y séptimo del recurso, basados en idéntico precepto adjetivo que el anterior, por aplicación indebida del n.º 2.º del artículo 499 bis del Código Penal, máxime cuando, la declaración de hechos probados, ya cuida de resaltar que, si se llegó a un acuerdo amistoso y a que, el marinerero, admitiera la extinción del contrato laboral, ello se debió a que, él creyó que era cierto lo de las anotaciones en el Diario de Navegación del buque de autos, con lo cual no puede sostenerse que, libremente y sin consentimiento viciado por dolo, accediera a terminar voluntariamente la relación labora existente.

UNDÉCIMO. El motivo octavo, contradice lo declarado probado en la sentencia recurrida, lo que, a tenor de lo dispuesto en el número 3.º del artículo 884 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debió determinar la inadmisión de dicho motivo, y se dice que contradice la narración histórica porque supone que, el marinerero, accedió voluntariamente a dar por extinguido el contrato laboral mediante una indemnización, siendo así que, si se avino a ello, lo fue porque le arrebataron las anotaciones alegadas, aunque inexistentes, en el Diario de

Navegación. Debiéndose desestimar el indicado motivo, basado en los mismos fundamentos sustantivos y adjetivos que el anterior.

DUODÉCIMO. La carta de despido, como se ha dicho antes, no es documento apto e idóneo para la perpetración de falsedad en documento privado, pero ello no es óbice para que, las inveracidades o mendacidades que se insertaron en su texto, determinaran la conciliación con avenencia, la renuncia del trabajador, mediante una indemnización a proseguir en el desempeño de su tarea, y la abdicación de su derecho a acudir a Magistratura de Trabajo en demanda de declaración de despido improcedente, y, en su caso, de una mayor indemnización. Por lo cual, y habiéndose conseguido suprimir sus derechos de estabilidad en el trabajo mediante maniobras engañosas, fue certera la determinación del Tribunal inferior al subsumir el comportamiento del acusado en el n.º 2.º del artículo 499 bis del Código Penal. Razones por las que es rechazable el motivo noveno, amparado en los mismos fundamentos sustantivos y adjetivos que fundaron los inmediatamente anteriores.