



# Universidad de Alcalá

MÁSTER DE ACCESO A LA  
PROFESIÓN DE ABOGADO.

Trabajo de Fin de Máster

Junio 2019



**EL DESPIDO IMPROCEDENTE Y SU PROBLEMÁTICA. THE UNFAIR  
DISMISSAL AND ITS PROBLEMATIC**

**Autor: Alejandro Ortega Sarrión**

**Director: José Luis Gil Gil**

Índice de abreviaturas y siglas .....	1
Abstract .....	2
1. INTRODUCCIÓN .....	2
2. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO .....	4
2.1 La noción de extinción del contrato de trabajo .....	4
2.2 Requisitos formales para la procedencia del despido.....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>
a) Especial referencia a la carta de despido.....	18
2.3 El concepto de finiquito y su distinción con las indemnizaciones .....	23
2.4 La indemnización por despido improcedente.....	24
3. EL DESPIDO IMPROCEDENTE VS EL DESPIDO NULO .....	27
4. LA SENTENCIA Y LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE IMPROCEDENCIA POR PARTE DEL JUEZ .....	29
a) La sentencia del juez de lo Social .....	29
b) Recursos contra la sentencia de primera instancia.....	30
c) Los efectos de la declaración de improcedencia del despido.....	30
d) La fase de ejecución que declare la improcedencia .....	31
5. JURISPRUDENCIA .....	33
5.1 LA STS 2125/2018 de 10 de mayo de 2018. ....	33
5.2 La Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 356/2019 de 6 de febrero de 2019. ....	34
5.3 La Sentencia del TJUE de 25 de julio de 2018, sobre el personal fijo y no fijo al servicio de la Administración Pública. ....	35
5.4 LA STS 2841/2019 de 11 de septiembre de 2019.....	37
5.5 LA STS 1887/2019 de fecha 27/05/2019.....	38
5.6 LA STS 893/2016 de 18 de febrero de 2016.....	40
5.7 LA STS 539/2019 de 28 de enero de 2019. ....	41
6. CONCLUSIONES .....	49
7. Bibliografía.....	51

## Índice de abreviaturas y siglas

CE	Constitución Española
TC	Tribunal Constitucional
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TS	Tribunal Supremo
ET	Estatuto de los Trabajadores
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
AP	Audiencia Provincial
LC	Ley Concursal
OIT	Organización Internacional del Trabajo
CC	Convenio Colectivo
LOLS	Ley Orgánica de Libertad Sindical
BOE	Boletín Oficial del Estado
CCi	Código Civil
CSE	Carta Social Europea
LIRPF	Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
SS	Seguridad Social
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
SMAC	Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación
CP	Código Penal

## **Abstract**

A dismissal involves the extinction of the labour relationship between employee and employer, for an entrepreneur's decision, when the worker has been infringing his contractual obligations. Thus, according to each collective agreement, it should be assumed the specific disciplinary regime. The aim of this study is to analyse both that disciplinary regime and the steps required to refute that decision through a judicial procedure. Furthermore, the different evidences which law parts have and the distinctive features of the achievements gained and the ensuing contribution to the legal process will be highlighted studied. In addition, through practical examples, it will be analysed the effects produced because of unfair dismissal's acknowledgement.

The object of the present work is to reflect de incessant evolution of the regulation of work. My mission is to fight versus the freedom to dismissal a person who works for a businessman. In this deliberation, the restrictions for brake a contract are regulated in Spanish Statute of Workers. At the same time, the inescapable question of job insecurity is reflected in my work.

Concurrently, in the diferrent sections of the work I compare the positions than can be raised on this dilemma.

Studying the types of workers, regularized in article 56 of Spanish Statute of Workers, I can say it's very difficult to make a definition because there is a dispersed doctrinal opinion. On this matter, the work focuses essentially of this conceptualization, on the conceptualization of the fair dismissal vs an unfair dismissal. Conceptualization made by the International Labour Organization (ILO). More than an Organization, ILO is the guardian of fundamental rights of workers.

As an example of all the above, there is a section to examine some of the most significant, representative and revealing sentences of Spanish Supreme Court.

Keywords: workers; freedom of company; limits of freedom of speech, Spanish Statute of Workers, Spanish Supreme Court, International Labour Organization (ILO).

## **1. INTRODUCCIÓN**

En el presente trabajo procederé a analizar el artículo 56 del Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET). Se trata de un artículo no muy extenso, que sirve para

completar la regulación del despido contenida en la Sección Cuarta del Estatuto de los Trabajadores que nos ilustra sobre la extinción del contrato. El art. 56 ET dice así:

“1. Cuando el despido sea declarado 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 una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

2. En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

3. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.

4. Si el despedido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a este. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, esta será obligada. Tanto si opta por la indemnización como si lo hace por la readmisión, tendrá derecho a los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2.

5. Cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de noventa días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, el empresario podrá reclamar del Estado el abono de la percepción económica a la que se refiere el apartado 2, correspondiente al tiempo que exceda de dichos noventa días hábiles.

En los casos de despido en que, con arreglo a este apartado, sean por cuenta del Estado los salarios de tramitación, serán con cargo al mismo las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a dichos salarios.”

Me parece de vital importancia explicar el concepto de despido improcedente en un país como España, en el que existen aproximadamente 1.340.000 pymes según datos del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad actualizados a mayo de 2019. La clave de este trabajo es dilucidar cuando será declarado el despido improcedente.

Lo que pretendo con este trabajo es luchar frente a la desprotección e incertidumbre que sufre el trabajador ante casos de despido, conflicto laboral o abusos por parte del empresario unido al nefasto y pésimo hecho de que la empresa o empresarios desconozcan el procedimiento de despido regulado en el art. 53 ET.

Un despido, es declarado improcedente por los tribunales de justicia cuando el trabajador por cuenta ajena es despedido sin motivo o sin causa justificada. También cuando el despido se

hace sin respetar los cauces legales. Actualmente, la indemnización por despido improcedente equivale a 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los tiempos inferiores a un año, con el límite máximo de 24 mensualidades.

Con mi trabajo, pretendo brindar una especial protección a la parte más débil del contrato de trabajo, nunca se sabe cuando pueden despedir a un amigo, a un familiar cercano o a nosotros mismos.

En este trabajo de investigación de conceptos y jurisprudencia otro de mis objetivos es luchar contra el “mobbing” o acoso laboral, conducta cuanto menos reprochable y sufrida en silencio por los trabajadores por el miedo que siempre existe de perder el empleo y difícil de demostrar ante los tribunales.

Añadir que el trabajador cuenta con un plazo de 20 días hábiles para impugnar la decisión empresarial. Plazo que es de caducidad, no computando los sábados, domingos y festivos. Pasados estos 20 días hábiles, el despido surte plenos efectos y queda convalidado aunque se haya hecho sin respetar los cauces legales. En la jurisdicción social el mes de agosto es hábil.<sup>1</sup>

Ampliando las fuentes que regulan la relación jurídica entre empleador y empleado, es inevitable hacer una referencia al Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT). Este artículo versa sobre la terminación de la relación de trabajo, hay que destacar su artículo 4. El citado artículo cuarto dice:

“No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.”

## **2. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO**

### **2.1 La noción de extinción del contrato de trabajo**

Generalmente, el inicio de la relación laboral se produce con la firma del contrato de trabajo tras superar un período de prueba. El art.14 ET dice que podrá concertarse por escrito un período de prueba, sujetándose a los límites establecidos en los convenios colectivos.

En defecto de pacto en convenio, la duración del período de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados ni de dos meses para los demás trabajadores. En las empresas de menos de 25 trabajadores, el período de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados.

---

<sup>1</sup> <https://www.jover-abogados.com/plazo-para-demandar-por-despido/>

Es decir, establecer un período de prueba es facultativo para el empresario. Para entrar de fondo en la cuestión del despido, hay que realizar una aproximación al concepto de extinción del contrato de trabajo. La extinción supone el cese de las obligaciones para el trabajador.

Y es que el Estatuto de los Trabajadores se encarga de regular un amplio catálogo de derechos y deberes de los trabajadores en relación con su puesto de trabajo, concretamente en los artículos 4 y 5 ET<sup>2</sup>. Cabe destacar:

-Como derechos: derecho a la libre elección del puesto u oficio (teniendo en cuenta las diversas categorías profesionales), derecho a la sindicalización, derecho a la negociación colectiva, derecho de reunión en el trabajo y huelga, derecho de información y consulta dentro de la empresa, derecho a la intimidad, derecho a la integridad física, derecho a no ser discriminado por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato . Y muy importante, a la percepción de la remuneración pactada o legalmente de manera puntual.

-Como deberes: el trabajador está obligado a comportarse tal y como exigen las obligaciones inherentes al puesto de trabajo, cumpliendo con las exigencias de buena fe y diligencia. El trabajador debe observar las medidas de prevención de riesgos laborales adoptadas para garantizar su seguridad. También, deberá cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas. Al trabajador, se le prohíbe concurrir con la actividad de la empresa, en los términos fijados en esta ley, para evitar así una competencia desleal. Finalmente el trabajador deberá contribuir a la mejora de la productividad con su aportación.

Pues bien, la extinción del contrato de trabajo pone fin a todas estos derechos y obligaciones concretos que tiene el trabajador. Indagando más a fondo, el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores es dedicado a la extinción del contrato de trabajo y nos indica las posibles causas de terminación de la relación laboral.<sup>3</sup>

Veamos esquemáticamente la forma de extinguir la relación laboral:

- Mutuo acuerdo entre las partes.

En primer lugar, el contrato de trabajo puede extinguirse por mutuo acuerdo de las partes. Mutuo disenso, que llevaría a finalizar este negocio jurídico de una manera poco problemática. Cabe destacar que en el contrato de trabajo también pueden figurar una serie de causas que pueden llevar a finalización del contrato. Pues bien, producida alguna de esas causas, también podemos hablar de una válida extinción del contrato de trabajo, siempre que esas causas no sean abusivas por parte del empresario.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> <https://www.euroinnova.edu.es/blog/10-2-1/derechos-y-deberes-de-los-trabajadores/>

<sup>3</sup> SERRANO MARTINEZ, JOSÉ E. Legislación Social Básica, Ed. Civitas 36ª Edición, 2017, pág. 171.

<sup>4</sup> DURÁN LÓPEZ FEDERICO., *La resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y el despido*, 1990.

- Causas consignadas o expresadas en el contrato.
- Expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato.

No olvidemos que la mayoría de los contratos que se firman hoy en día son temporales. Llegado el término convenido, se produce la válida extinción del contrato de trabajo. En los contratos de obra o servicio determinado, se producirá la válida finalización del contrato cuando se realice la obra o servicio determinado. La extinción conlleva la ruptura definitiva del vínculo contractual entre el empresario y el trabajador y, por tanto, la cesación de sus efectos, sin perjuicio de que alguna obligación pueda quedar vigente, como por ejemplo el pacto de no competencia postcontractual, o pendiente de cumplimiento, como el pago de salarios o indemnizaciones.

- En el caso de contrato de interinidad, por alguna de las siguientes causas:

-La reincorporación del trabajador sustituido.

-El vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para la reincorporación.

-La extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo.

-El transcurso del plazo de tres meses en los procesos de selección o promoción para la provisión definitiva de puestos de trabajo o del plazo que resulte de aplicación en los procesos de selección en las Administraciones Públicas.

- Dimisión del trabajador.

Es importante destacar que el trabajador puede dimitir o desistir en cualquier momento, libremente, a tenor del art. 49.d) ET si bien es cierto que tiene la obligación de preavisar conforme al convenio colectivo o costumbre del lugar.

- Muerte, gran invalidez o incapacidad permanente, total o absoluta del trabajador.

Un acontecimiento tan desgraciado como la muerte, también supone la ruptura del vínculo laboral. Una incapacidad permanente total o absoluta del trabajador con excepción de aquellas en las que se pueda producir mejoría también suponen la extinción contractual, al igual que la jubilación del trabajador.

La incapacidad permanente es la situación del trabajador que presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de su determinación objetiva y previsiblemente definitivas que disminuyen o anulan su capacidad laboral. La regla general es que la incapacidad personal debe derivarse de una situación de incapacidad temporal.

A su vez, la incapacidad permanente total, imposibilita al trabajador la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta. La absoluta, imposibilita por completo al trabajador para cualquier profesión u oficio.

- Jubilación del trabajador.



En cuanto a la jubilación, debemos saber que al ser reconocida como un derecho del trabajador, quedará supeditada a la expresión de su voluntad de retirarse de la vida laboral. La regla general es que la edad de jubilación de sitúa en los 67 años.

Mediante la ley 3/2012, de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral se introdujo una prohibición expresa en contra de la jubilación forzosa. A partir de la entrada en vigor de esa ley, se consideran nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación presente en la normativa de la Seguridad Social.<sup>5</sup>

- Extinción de la personalidad jurídica de la empresa contratante.

La quiebra de la empresa, supone la extinción de la personalidad jurídica de la entidad, decretada por el Juzgado de lo Mercantil competente.

- Fuerza mayor.

La fuerza mayor puede conllevar la extinción del contrato de trabajo, pero debe imposibilitar definitivamente la prestación de trabajo, siempre que su existencia haya sido debidamente constatada por la autoridad laboral en su resolución, tal y como dicta el art.51.7 ET.<sup>6</sup>

- Despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

El despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción es un método para conseguir la extinción del contrato de trabajo, y viene regulado en el art. 51.1 ET. Se entiende que el despido es de índole colectiva cuando afecte en un período de 90 días a al menos:

a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.

b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.

c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.<sup>7</sup>

- Voluntad del trabajador fundada en un incumplimiento contractual del empresario.

La voluntad del trabajador es apta para la finalización del contrato, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario (por ejemplo, un incumplimiento en el pago de salarios por parte del empresario). Este ámbito está conectado con el concepto de “buena fe

---

<sup>5</sup> AGUILERA IZQUIERDO R., *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, Aranzadi Editorial, Navarra, 1997, pág. 24

<sup>6</sup> PALOMAR OLMEDA ALBERTO. *La extinción del contrato de trabajo*, Practicum para Ejercicio de la Abogacía, Editorial Thomson Reuters, Pamplona, 2019.

<sup>7</sup> LORENZO PABLO., “El despido colectivo, claves prácticas de un ERE” en *Revista Digital INESEM*, 2018, pág.2.

contractual”. La buena fe es un modelo de comportamiento común impuesto en las relaciones laborales, junto al deber empresarial de abono puntual y total del salario, al trabajador le incumbe el de la realización de su prestación en el tiempo establecido, de tal modo que al igual que el incumplimiento por el primero supone el derecho del segundo para rescindir la relación con la indemnización correspondiente.<sup>8</sup>

- Despido disciplinario.

Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo son un motivo de despido disciplinario. La obligación principal del trabajador es cumplir con las obligaciones de su puesto, como bien indica el art. 5 ET, y se considera que infringe este mandato cuando el trabajador no asiste a su puesto de trabajo o lo hace con retraso.

Dentro del poder de dirección del empresario, se le otorga la facultad de este último para verificar la situación de enfermedad o accidente del trabajador que justifique sus faltas de asistencia.

Las faltas de puntualidad y de asistencia al trabajo injustificadas pueden o deben conllevar aparejada una sanción. Es importante puntualizar entre ambas. Las faltas de puntualidad son detracciones parciales del tiempo de trabajo al comienzo del mismo, durante o al ocaso de la jornada laboral, mientras que la ausencia es la inasistencia al lugar de trabajo durante toda la jornada. Llegar tardíamente o salir antes del puesto de trabajo, computa como falta de puntualidad.

Analizando jurisprudencia podemos encontrar algunas de las actividades que han supuesto la procedencia del despido disciplinario, como por ejemplo el uso para fines particulares del vehículo de empresa abonando el pago de la gasolina a cuenta de la empresa (STSJ, sala de lo Social, de Galicia de 18 de Mayo de 2015) y no cobrar en caja a una compañera los productos tomados por ella (STSJ, sala de lo Social, Comunidad Valenciana de 22 de noviembre de 2005).

- Causas objetivas legalmente procedentes.

Un ejemplo de causa objetiva de despido es la ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento.

La falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo es otra causa de despido objetivo cuando dichos cambios sean razonables.

Pero, previamente el empresario deberá ofrecer al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas. El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo y el empresario abonará al trabajador el salario medio que viniera percibiendo. El trabajador no podrá ser despedido por el empresario hasta que

---

<sup>8</sup> MARIN, E., *El concepto de buena fe en el contrato de trabajo. Estudio de la buena fe.* edición nº 1, Ed. LA LEY, Madrid, 2007, pág., 119.

hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación.

- Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.

Cabe destacar que el Ordenamiento Jurídico prevé una especial protección para las trabajadoras que se vean obligadas a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctimas de violencia de género. Protección prevista en el art. 49.m) ET. Este artículo trata sobre la voluntad propia de la trabajadora, libre e independiente, que ha sufrido malos tratos y pretende dejar su puesto de trabajo.

Es precisamente desde la intensa reforma llevada a cabo en 1994 cuando se establece que la inobservancia de las garantías formales de despido o despedir sin causas justificadas tiene como efecto declarar el despido improcedente.<sup>9</sup>

Tras la carta de despido, el trámite obligatorio de conciliación comienza con la presentación por parte del trabajador de una papeleta ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación (en adelante SMAC). En el acto de conciliación han de comparecer las partes implicadas. La asistencia al acto de conciliación es obligatoria para ambos litigantes (art. 66.1 LRJS), y no sólo para el solicitante.

Si el solicitante es el que no comparece, no mediando justa causa, el Letrado de la Administración de Justicia determinará que la papeleta se tenga por no presentada, archivándose así todo lo actuado hasta el momento (Véase el art. 66.2 LRJS).

Es muy recomendable que el trabajador despedido acuda con un abogado o graduado social. En este trámite de conciliación es necesaria la presencia de un Letrado de la Administración de Justicia cuya misión principal es velar para que las partes lleguen a un acuerdo. Pero la conciliación es un acto que puede acabar sin avenencia.

Sin embargo, si no comparece el empresario o el representante de la empresa, se hará constar en el acta. Se tendrá por intentada sin efecto y el juez o tribunal impondrá las costas a la parte del proceso que hubiese comparecido sin justa causa, incluidos los honorarios de la parte contraria con el límite máximo de 600 euros.

La papeleta de conciliación tiene como efecto principal la suspensión del plazo de caducidad de 20 días que tenemos para impugnar la decisión extintiva de despido. Esta suspensión del plazo no es ilimitada, ya que el tiempo vuelve a reanudarse en cuanto tenga lugar la conciliación.

El acuerdo de conciliación puede ser impugnado por cualquiera de las partes o un tercero, que pudiera sufrir un perjuicio. El art. 67 LRJS nos dice que esta impugnación debe llevarse a cabo ante el Juzgado competente para conocer del asunto objeto de la conciliación previa, pudiendo

---

<sup>9</sup> La reforma laboral que entró en vigor ayer amplía el despido y recoge la movilidad funcional y geográfica, en periódico *El País*, 14-06-1994.

impugnarla mediante la acción de nulidad por vicio del consentimiento que el Código Civil reserva en su art. 1262 CC para casos más graves. He aquí un ejemplo de papeleta de conciliación:

Dirección General de Trabajo  
 CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, EMPLEO Y  
 PRODUCTOS  
**Comunidad de Madrid**

Etiqueta del Registro

**Papeleta de conciliación individual previa a la vía judicial laboral**

**1.- Datos del demandante**

NIF / NIE			Apellido 1		
Apellido 2			Nombre		
Dirección	Tipo vía	Nombre vía			Nº
Portal	Piso	Esc.	Puerta	CP	Otros datos de ubicación
Localidad			Provincia		
Teléfono fijo			Teléfono móvil		
Categoría profesional			Fecha de antigüedad en la empresa		
Salario bruto	con inclusión de prorrateo de pagas extras		Otras renumeraciones		
¿El trabajador es representante legal o sindical de los trabajadores o lo ha sido en el año inmediatamente anterior?			<input type="radio"/> Sí <input type="radio"/> No		

**2.- Datos del representante**

NIF / NIE			Apellido 1		
Apellido 2			Nombre		
Teléfono fijo			Teléfono Móvil		

**3.- Medio de notificación y datos de comunicación únicos a efectos de notificaciones**

Deseo recibir notificación por vía telemática (solo para usuarios dados de alta en el Servicio de Notificaciones Telemáticas de la Comunidad de Madrid)

Deseo recibir notificación por correo certificado

Tipo de vía			Nombre vía		
Portal	Piso	Puerta	CP	Otros datos de ubicación	
Localidad			Provincia		

## 2.2 El despido disciplinario y los requisitos para la forma debida del despido

### a) Las causas de despido disciplinario

El artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores se encarga de regular las causas del despido disciplinario. A pesar de la conocida reforma laboral de 2012, las causas que motivan el despido disciplinario no sufrieron ninguna alteración.

Es un hecho típico que el empresario acuda a esta modalidad de despido cuando las faltas de asistencia o puntualidad al trabajo sean continuas. Es más, la indisciplina o desobediencia en el trabajo ante los superiores, así como las ofensas verbales y físicas también motivan y facultan al empresario para acudir a esta modalidad. Acudir al trabajo en situación de embriaguez o bajo los efectos de estupefacientes es otra causa de despido disciplinario muy frecuente.

Nuestro artículo 54 ET dice que el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.

Por incumplimiento grave por parte del trabajador se debe entender un incumplimiento notorio, de cierta intensidad e importante para que se de este requisito. Esta es la teoría gradualista de la culpabilidad del trabajador, proveniente de la STS de 12 de febrero de 1990.

Por incumplimiento culpable por parte del trabajador se debe entender un incumplimiento en el que medie culpa, negligencia o dolo. No podemos olvidar que aunque el trabajador se encuentra sujeto a las órdenes e instrucciones del empresario y tiene el deber de obedecerlas, la actitud contraria supone una violación de ese deber que puede ser causa de despido disciplinario.

2. Se considerarán incumplimientos contractuales:

a) Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.

Debo resaltar que la obligación principal laboral del trabajador es cumplir con las obligaciones de su puesto, como bien indica el art. 5 ET, y se considera que infringe este mandato cuando el trabajador no asiste a su puesto de trabajo o lo hace con retraso e impuntualidad.

Dentro del poder de dirección del empresario, se le otorga la facultad de este último para verificar la situación de enfermedad o accidente del trabajador que justifique sus faltas de asistencia.

Si las faltas de puntualidad y de asistencia al trabajo son injustificadas pueden o deben conllevar aparejada una sanción. Es importante puntualizar entre ambas. Las faltas de puntualidad son detracciones parciales del tiempo de trabajo al comienzo del mismo, durante o al ocaso de la jornada laboral, mientras que la ausencia es la inasistencia al lugar de trabajo durante toda la jornada. Llegar tardíamente o salir antes del puesto de trabajo, computa como falta de puntualidad.

La connivencia o la tolerancia del empresario durante la relación laboral ante las faltas de puntualidad, impiden que el empresario pueda sancionar posteriormente al trabajador sin previo aviso. Para que esta causa de despido sea efectiva y fundada, se requiere que las faltas de puntualidad y el absentismo laboral sean hechos reiterados e injustificables. Las faltas no se computan automáticamente, deben ser estudiadas de forma específica e individualizada.

Por causa justificada de ausencia se debe entender la ausencia al trabajo independiente de la voluntad del trabajador, sin culpa alguna y motivada por circunstancias ajenas. Las ausencias injustificadas, por el contrario, son aquellas que no pueden ser disculpadas por ningún precepto legal o reglamentario, ni por ninguna otra circunstancia fáctica o social, condenadas éticamente.

Para ampliar información sobre el absentismo, destacar que hay que acudir al Convenio Colectivo de cada ámbito laboral para indagar más sobre el tema de la puntualidad en el trabajo, ya que el Estatuto de los Trabajadores no se pronuncia al respecto ni se encarga de señalar una cantidad de faltas determinadas. En los Convenios Colectivos sectoriales suele tasarse la cifra en 2 ó 3 faltas de puntualidad al mes injustificadas. Por ejemplo, en el Convenio Colectivo de la construcción se tiene en cuenta solamente el número de impuntualidades, sin embargo, en el Convenio Colectivo de las industrias lácteas de ámbito estatal se tienen en cuenta los minutos de retraso, lo que hace referencia al tiempo.<sup>10</sup>

Para tipificar la conducta del trabajador, como leve, grave y muy grave, se tiene que adecuar la actitud del trabajador conforme a su sanción, mediante el correspondiente sistema de

---

<sup>10</sup> Resolución de 24 de mayo de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registran y publican las tablas salariales definitivas para 2018 y las provisionales para 2019 del Convenio Colectivo estatal de las industrias lácteas y sus derivados.

graduación de faltas concretado por el Convenio Colectivo, y en su ausencia por el Estatuto de los Trabajadores. Importante resaltar aquí el art. 60.2 ET que nos ilustra acerca de los tipos y plazos respectivos de prescripción. El art. 60.2 ET dice así:

*“2. Respecto a los trabajadores, las faltas leves prescribirán a los diez días; las graves, a los veinte días, y las muy graves, a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido.”*

Añadir que estos días que señala de plazo el artículo, se deben contar a partir del día que la empresa tiene conocimiento de los hechos.

Sobre las faltas leves, añadir como ejemplo que el Convenio Colectivo de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles y su personal auxiliar, tipifica como sanciones de tales faltas la simple amonestación verbal o la suspensión de empleo y sueldo de hasta 2 días.<sup>11</sup>

Por ejemplo, el Convenio Colectivo del Sector de la Construcción, impone como sanción para una falta grave la suspensión de empleo y sueldo por 15 días máximo.<sup>12</sup>

En el Convenio Colectivo del Sector de la Construcción se considera falta muy grave tener 10 faltas de puntualidad en un lapso de 6 meses, o más de 20 en un año. Previéndose para tales casos suspensión de empleo y sueldo de hasta 60 días, traslado forzoso temporal o indefinido e inhabilitación para el ascenso temporal o definitiva, como detalla el Convenio Colectivo de la Federación Farmacéutica SCCL.<sup>13</sup>

b) La indisciplina o desobediencia en el trabajo.

El art. 54.2 apartado b) establece como causa para el despido disciplinario la indisciplina o desobediencia en el trabajo. Generalmente se da este tipo de conducta ante los superiores jerárquicos. Se trata de un concepto que regula la negativa del trabajador ante una orden. Existen determinados casos en el que las órdenes no deben cumplirse, como por ejemplo cuando una orden ponga en riesgo la vida o la integridad física del trabajador e incluso cuando las ordenes sean manifiestamente contrarias al Ordenamiento jurídico.

Por ende, existe indisciplina o desobediencia cuando el trabajador no cumpla con las instrucciones referidas por el empresario en el ejercicio legítimo de su poder de dirección y que guarden especial relación con el desenvolvimiento de la relación contractual entre empresa y trabajador.

El deber de obediencia no es absoluto. No en los casos en los que la salud del trabajador esté en riesgo. Diferenciamos entonces entre indisciplina y desobediencia, entendida la

---

<sup>11</sup> Resolución de 26 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio Colectivo de los Registradores de la Propiedad y su personal auxiliar.

<sup>12</sup> Resolución de 21 de Septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo general del sector de la construcción.

<sup>13</sup> Resolución de 23 de diciembre de 2014 de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de la Federación Farmacéutica.

indisciplina como la actuación inadecuada del trabajador respecto a las reglas establecidas en una norma laboral, sin que su cumplimiento sea directamente ordenado por el empresario. En cambio, la desobediencia se produce cuando el trabajador posiciona en contrario a las órdenes o directrices del empresario.

Debe de existir espacio para la desobediencia legítima. Es decir, cuando la orden del empresario se exceda de los márgenes legales o convencionales nunca nos encontraremos ante una indisciplina o desobediencia reprochable para el trabajador, y por lo tanto, no puede ser causa que declare el despido procedente. Y es precisamente esa ratio de espacio de desobediencia legítima a la que me he referido anteriormente, que cobra especial relevancia en los casos en los que el superior jerárquico ordene con arbitrariedad o abuso del derecho la práctica de algunas acciones que comporten riesgos para la salud o seguridad del trabajador. Las premisas jurisprudenciales para la determinación de existencia de indisciplina o desobediencia deben pasar un filtro de proporcionalidad. Es indispensable tener en cuenta las notas de:

-Gravedad: gravedad y notoriedad en el aspecto de que una simple desobediencia puntual no encierra una exagerada indisciplina, por lo tanto no debe ser punible con un castigo como el despido.

-Culpabilidad: culpabilidad que debe comportar la nota de hecho consciente por parte del trabajador y mediando dolo de incumplir los deberes u obligaciones laborales.

-Injustificabilidad: si existe una causa que justifique la conducta del trabajador, el castigo ha de ser leve, no siendo proporcional el despido.

c) Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.

Este apartado, abarca las agresiones físicas al resto de trabajadores de la empresa y al empresario, así como las verbales. El trato vejatorio o las humillaciones sufridas por parte de otro compañero es denunciabile, tanto las verbales como las escritas que menoscaben la dignidad de una persona.

Las ofensas físicas comprenden los ataques producidos por una persona a otra lesionando su integridad física. Aunque parezca un ejemplo extremo, es habitual que estas agresiones se produzcan en el centro de trabajo y en durante largas jornadas laborales. Además este concepto integra las agresiones que puedan producirse en el centro de trabajo como tal y las producidas fuera del centro, siempre que tengan una conexión directa con el trabajo.

La empresa es un ente de producción económico y también una comunidad humana en la que los individuos interactúan y realizan su trabajo. Es lógico que deba haber un buen clima de convivencia entre las personas que trabajen en ella, asentado sobre la base del respeto mutuo.

Por ende, una ofensa verbal es una expresión oral u escrita que comporte una ofensa moral para la persona que la sufra o la reciba, mientras que una ofensa física es el ataque injusto de una persona a otra, haciéndola objeto de una agresión que lesione su integridad física.

Los comportamientos que contengan ofensas verbales suponen una ofensa para la dignidad de otra persona. En cuanto a las ofensas físicas destacar que es sancionable el mero intento de agresión y no es preciso que haya contacto físico. Las ofensas físicas son calificadas directamente como graves.

Para que las ofensas verbales por parte del trabajador puedan configurarse como un auténtico incumplimiento, se exige la intencionalidad por parte del trabajador, *animus injuriandi romano*. Si la actitud del trabajador es simplemente crítica no estaremos ante tal *animus*. Bromear casi es irrelevante en tales ocasiones.

d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

Este apartado, es ambiguo, poco claro y poco preciso. Difícil realizar una aproximación al concepto de transgresión de la buena fe contractual, así como al abuso de confianza.

Para hacer una aproximación al concepto de “buena fe contractual” debemos acudir a nuestro Diccionario de la Real Academia de la Lengua (en adelante RAE). Tras acudir a ella podemos afirmar que buena fe que es sinónimo de rectitud u honradez, sin embargo las otras dos entradas el Diccionario las vincula al ámbito jurídico. La buena fe es un criterio de conducta al que ha de adaptarse el comportamiento honesto de los sujetos del mundo de derecho. Se trata de un estándar de conducta ético que debe presidir el ejercicio de los derechos subjetivos y procedimientos y prácticas procesales.<sup>14</sup>

Es un principio del ámbito laboral y detallado en el Código Civil(en adelante CCI). Sin embargo, tras examinar los distintos preceptos legales en los que se hace referencia a la *bona fides* de origen romano (entre otros los arts. 7.1, 1107, 1164, 1258 y 1473 CCI).Su sentido objetivo más puro, se corresponde con una regla de comportamiento general en los negocios jurídicos o, en otras palabras, estándar de conducta cuyo modelo se identificaba como *bonus paterfamilias* de la época. Un puro canon ético.

Como hemos podido observar, el concepto de “buena fe contractual” se trata de una especie de cajón de sastre, imputado a la mayoría de los trabajadores en la carta de despido, que se entremezcla con cuestiones de lealtad y honorabilidad durante la relación contractual de trabajo. Por ejemplo, se reserva para casos como la utilización de la tarjeta bancaria de la empresa para uso personal, coger dinero de la caja registradora, realizar actividades deportivas durante períodos de baja y apropiarse de productos que la empresa comercializa.

Pero también abarca los casos de competencia desleal. Otro motivo de despido, muy importante, que se basa en conductas reprobables por parte del trabajador y que comprende la realización por parte del trabajador de actividades análogas o similares y de la misma naturaleza para otra empresa que se dedique al mismo sector, causando un perjuicio así para el empresario contratante.

e) La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.

---

<sup>14</sup> <https://dej.rae.es/lema/buena-fe>



La disminución del rendimiento se refiere a una decrecimiento continuado en la producción del trabajador, cabe destacar que el contrato de trabajo no sólo obliga al trabajador a acudir al trabajo con puntualidad como hemos visto, también obliga al trabajador a producir cierta “rentabilidad” para el empresario. Esta disminución del rendimiento, debe ser acreditada o probada por el empresario comparando la productividad del trabajador con épocas anteriores.

Importante señalar que un contrato de trabajo no conlleva solamente el intercambio económico de trabajo por salario, sino que esa actividad realizada por el trabajador debe ser productiva para el empresario obteniendo un resultado, lo que significa que el trabajador debe tener un determinado rendimiento. La disminución debe ser continuada y prolongada en el tiempo, a sensu contrario esto significa que se excluyen las disminuciones esporádicas o aisladas.

La disminución del rendimiento ha de ser voluntaria y culpable. Culpable por parte del trabajador que no asiste a los cursos de formación obligatorios de la empresa y que en su puesto de trabajo quiere causar un perjuicio para la empresa. Cuando hablamos de disminución de rendimiento, se supone que el normal rendimiento se ha pactado. Pacto que puede hacerse individualmente por contrato o puede estar reflejado en los Convenios Colectivos. También ese rendimiento “común” puede venir establecido por los usos y las costumbres del sector.

Para acreditar un rendimiento inusual o bajo que conlleve una disminución notable de la productividad hay que acogerse a parámetros comparativos. El más indicado es el parámetro comparativo subjetivo, que se encarga de evaluar al trabajador en períodos anteriores en circunstancias idénticas por los compañeros de trabajo.

Este parámetro es el preferido por la jurisprudencia. Es preferible que no se midan los resultados económicos, sino la actitud deliberada del trabajador que obre con desidia o no se esfuerce en la realización de sus tareas. Es de lógica que la responsabilidad por rendimiento se vea atenuada por circunstancias y casos de enfermedad, cambios en el trabajo, deficiencias en las instalaciones e impagos del salario.

f) La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo.

Como bien especifica el apartado, debe ser habitual y debe repercutir negativamente en el trabajo. Esto significa que debe ser una conducta reiterativa o reincidente, el trabajador debe ser advertido verbalmente por causar estragos en el trabajo. La carga de la prueba recae sobre el empresario en estos casos.

Sobre las personas drogodependientes, también debe ser una adicción persistente y continuada en el tiempo, no esporádica o casual, debiendo acreditar el empresario primero este requisito de habitualidad y luego esa falta de productividad, que se traduce en la realización de menos tareas de las encomendadas o la prestación defectuosa de servicios.

Para comenzar, es necesario que aclare la diferencia existente entre la embriaguez y el alcoholismo, conceptos cuya diferenciación no es nítida. El alcoholismo se asocia a la enfermedad patológica referida a la adicción que sufre un individuo al alcohol, sin embargo la embriaguez referida al ámbito laboral se asocia con el mero hecho de acudir bajo los efectos

del alcohol al puesto de trabajo. Tras esta distinción, debo de añadir que ambas situaciones aunque tengan distinto diagnóstico y tratamiento, producen un perjuicio a la empresa y son causas de despido. Ambas, deben ser tomadas en consideración tanto en horario laboral como extra laboral, porque las secuelas pueden traer repercusiones negativas para el normal desarrollo del trabajo.

La toxicomanía también es causa justificante de despido disciplinario, aunque el mero hecho de que una única prueba de analítica de sangre por la cual el trabajador haya obtenido un positivo en cocaína no es determinante de la situación de adicción a tal droga. Por otra parte, lo que busca el Estatuto de los Trabajadores es sancionar una conducta del trabajador indecorosa, además de que deben darse las notas de habitualidad y repercusión negativa en el trabajo.

Esa repercusión ha de consistir en una disminución considerable del rendimiento del trabajador, así como en la pérdida de prestigio de la empresa asociada a la conducta del trabajador e incluso la posibilidad de producir accidentes por culpa del trabajador.

Siguiendo las pautas establecidas en el Convenio Colectivo de la Metalurgia Estatal, podemos afirmar que generalmente, cuando la embriaguez es ocasional se castiga mediante una sanción y no con el despido, tipificando tal Convenio como falta grave el hecho de que el estado de embriaguez del trabajador aunque sea ocasional repercuta negativamente en el trabajo.<sup>15</sup>

Cuando una empresa alegue que el trabajador sufre alcoholismo y acude asiduamente al trabajo en mal estado, la carga de la prueba recae sobre la empresa, debiendo la empresa demostrar que es una conducta habitual y muy perjudicial. Si la empresa no consigue demostrarlo, el despido es improcedente.

Ni que decir tiene que hay determinadas profesiones como por ejemplo conductor de autobús o profesor de escuela, que por sus especiales caracteres revisten especial importancia para con la sociedad y merecen un máximo de rigor en relación a la sobriedad del trabajador.

g) El acoso por razones étnicas, religiosas, de discapacidad, edad, orientación sexual al empresario o las personas que trabajan en la empresa.

El acoso por razón de origen racial, religión u orientación sexual se trata de un maltrato de palabra, que produzca un daño psicológico en alguno de los trabajadores, o que dañe la reputación de una persona con menoscabo a su estima propia por razón de sus particularidades enunciadas anteriormente.

El acoso sexual es un concepto distinto. Se trata de un comportamiento muy desagradable, sugerencias sexuales hacia una trabajadora que pueden desembocar en un ambiente hostil, intimidante y ofensivo para la víctima.

---

<sup>15</sup> Resolución de 7 de junio de 2017 de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio Colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal.

Me parece que hay que hacer un inciso para destacar el concepto de “mobbing” o acoso laboral. Sufrido en silencio por los trabajadores, es una situación indeseable y complicada de probar porque generalmente el trabajador no sabe reaccionar en estos casos porque sabe que su puesto de trabajo peligra. Conductas, como vemos, difíciles de detectar.

El acoso laboral es castigado por el artículo 173.1 del Código Penal (en adelante CP) con una pena de prisión de seis meses a dos años. Dicho precepto penaliza a quien realice actos hostiles o humillantes contra un empleado en el ámbito laboral o funcional, y prevaliéndose de una relación de superioridad, realice contra un empleado de forma reiterada.<sup>16</sup>

Para profundizar sobre el acoso laboral, la Carta Social Europea ( en adelante CSE) nos indica que el acoso laboral se fundamenta en actos condenables o explícitamente hostiles de manera repetida contra un trabajador asalariado. Estas conductas discriminatorias, crean un ambiente hostil, intimidatorio, humillante y ofensivo para el trabajador. La meta del acosador es excluir al afectado y vencer su resistencia.

Por último, algunos Convenios Colectivos tratan de luchar contra esta lacra social. Por ejemplo, El Convenio Colectivo Estatal de Correos y Telégrafos, establece en su art. 27 una cláusula para erradicar este tipo de conductas, estableciendo un Plan de Igualdad al respecto.

El art. 28 del mismo Convenio Estatal hace hincapié en el respeto mutuo para la dignidad de los demás, potenciando el buen funcionamiento de las empresas, y establece como fines u objetivos prioritarios proteger a los trabajadores y trabajadoras contra el acoso y violencia.<sup>17</sup>

Como contrapeso a todas estas causas de despido, el artículo 60.2 ET se encarga de ilustrarnos sobre la prescripción de las faltas de los trabajadores. Existen las faltas leves, cuyo plazo de prescripción es de diez días, también contamos con las faltas graves que prescriben a los veinte días y por último, las faltas muy graves, que prescriben a los sesenta días. Plazo de prescripción que comienza a contar desde el momento en que la empresa tiene conocimiento de su comisión. En todo caso prescriben a los seis meses de haberse cometido.

En estos casos mencionados anteriormente y cuando el despido se estime procedente, no procederá indemnización alguna para el trabajador. Como podemos apreciar, la diferencia entre el despido objetivo y el disciplinario radica en que en el segundo se requiere una conducta grave y culpable por parte del trabajador, que no da derecho al abono de esa indemnización.

---

<sup>16</sup> Código Penal y Ley Penal del Menor, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pág.167.

<sup>17</sup> III Convenio Estatal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A, grupo Correos, 5 de abril de 2011.

## a) Especial referencia a la carta de despido

En cualquier caso, cuando una empresa decide despedir a un trabajador tiene que trasladar su decisión al trabajador o la trabajadora en la carta de despido. También los Convenios Colectivos de cada ámbito o sector pueden establecer más exigencias formales.

Entendemos la carta de despido como un acto formal y recepticio, cuyos requisitos se encuentran regulados en el art. 55 ET. La carta, es la pieza fundamental del despido, y a su vez, se encarga de dar a conocer al trabajador los cargos que motivan el despido. A cambio, se le otorga la posibilidad al trabajador impugnar esos cargos ante la jurisdicción social.

La carta, delimita los términos del conflicto, ya que el empleador tiene prohibido alegar nuevos hechos que motiven la decisión de despido perfectamente explicados

La misma carta fija el día a partir del cual empieza a contar el plazo del que dispone el trabajador cesado para impugnar el despido. Plazo de 20 días hábiles y que es de caducidad, no contando días inhábiles (sábados y domingos). Tampoco cuentan el 24 de diciembre, el 1 de enero, ni el 12 de octubre, porque son festividades nacionales. He aquí un ejemplo de carta de despido disciplinario:

\_\_\_\_\_

DNI/NIF \_\_\_\_\_

En \_\_\_\_\_, a \_\_\_\_\_

**Asunto:** Despido disciplinario

Estimado Sr. D. \_\_\_\_\_:

Mediante la presente, la dirección de la empresa le comunica que ha decidido extinguir la relación contractual que la unía a usted, por medio de **despido disciplinario** causado por los motivos siguientes:

\_\_\_\_\_

Estos hechos ocurrieron el día \_\_\_\_\_.

Esta falta muy grave constituye un incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones contractuales y, por tanto, justifica la extinción de la relación laboral por despido disciplinario, de acuerdo al artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores y al artículo \_\_\_\_\_ del siguiente convenio colectivo:

\_\_\_\_\_.

El despido disciplinario tendrá efectos inmediatos a partir de la recepción de la presente comunicación.

Conforme a lo establecido en el artículo 49.2 del Estatuto de los Trabajadores, se adjunta la propuesta detallada de saldo y finiquito, que usted deberá firmar. En el momento de su firma, tendrá a su disposición las cantidades debidas en este concepto, y tendrá derecho a contar con la asistencia de un representante legal de los trabajadores.

Atentamente,

.....  
Fdo.: \_\_\_\_\_

Es indispensable respetar el principio de individualización de una sanción de índole disciplinaria a la hora de valorar si un despido disciplinario es procedente o improcedente, teniendo en cuenta de manera individualizada *“todas las circunstancias concurrentes no sólo en lo afectante al hecho cometido, sino también en lo relativo a la conducta y persona del trabajador y al entorno empresarial en que acontece”*<sup>18</sup>

<sup>18</sup> STS, Sala de lo Social, número 1330/2006 de 3 de Julio de 2007.

Cualquier empleador debe limar las irregularidades del despido y perfilar una correcta decisión ajustada a derecho.

El despido se inicia mediante la notificación al trabajador. Es perfectamente válido el burofax con acuse de recibo. Lo importante es que se haga al trabajador personalmente. Los hechos que motiven el despido y que acusen al trabajador no pueden ser genéricos ni indeterminados. Los comportamientos del trabajador se deben describir exhaustivamente.

La comunicación debe proporcionar al trabajador una noción clara e inequívoca de los hechos que se le imputan. Máxime cuando la tarea de probar que la carta o notificación fue debidamente entregada recaer sobre el empresario, es su alegato de acusación. Ante la negativa del trabajador a recibir la notificación, cesa la obligación de entregar otra notificación para el empresario. Para solventar este problema lo adecuado es que la entrega se haga en presencia del representante de los trabajadores y en su defecto, dos testigos. En casos extraordinarios, como por ejemplo la ausencia injustificada del trabajador el despido puede ser publicado en el tablón de la empresa.

Los hechos que se imputen al trabajador, deben ser descritos minuciosamente en la carta para que el trabajador entienda las causas que motivan su despido y a su vez pueda refutarlas. La carta de despido significa el arma que la empresa puede utilizar en juicio. La carga de probar la veracidad de los hechos recaer sobre el empresario, no se admiten otros motivos de despido para el empresario.

Otro aspecto muy importante es que en la carta de despido debe figurar la fecha a partir de la cual el despido surte efectos. Efectividad que es posterior a la entrega de la carta, nunca anterior al momento de la notificación. Puntualizar sobre la fecha a partir de la cual surta efectos el despido es nada más y nada menos que concretar un término esencial. Término esencial de la relación laboral que lleva aparejada la extinción del contrato de trabajo, pero es imprescindible porque a partir del día siguiente hábil al de la fecha de efectos de despido, comienza a contar el plazo para impugnar la acción de despido, que como sabemos es de 20 días hábiles. Este plazo es de caducidad, y se suspende con la mera presentación de la solicitud de conciliación ante el órgano público de conciliación correspondiente.

Caso particular es el de un despido referido a una persona que ostente la calidad de representante de los trabajadores. Según señala el Convenio número 135 de la OIT los representantes de los trabajadores gozan de una protección eficaz contra cualquier acto perjudicial para ellos, incluido el despido. Por sus especiales cualidades, se encuentran en una situación de riesgo en la empresa por el mero hecho de afiliarse a un sindicato, o participar como intermediarios entre trabajadores y empresarios.

Con una simple lectura del art.55.1 ET se llega a la conclusión de que el representante de los trabajadores o delegado sindical que se vea afectado por una decisión de despido disciplinario, goza del derecho a la apertura de un expediente contradictorio, donde deben ser

oídos los demás representantes. Corresponde a la empresa aportar dicho expediente en el procedimiento.

El art.68 ET también hace referencia al expediente contradictorio para los delegados de personal y miembros del comité de empresa. El citado artículo dice que antes de la imposición de sanciones graves o muy graves, deben ser escuchados los restantes miembros del comité o los restantes delegados de personal.

Ilustrarles también sobre el derecho de elección del que gozan los representantes de los trabajadores. Éstos no pueden ser despedidos o sancionados durante el ejercicio de sus funciones como representantes. Tampoco dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo que se revoque su elección o el representante dimita libremente.

El expediente contradictorio debe contener un plazo de audiencia, adecuado para que el representante formule sus pretensiones y goce del derecho de defensa, respondiendo al pliego de cargos con el conocido pliego de descargos, donde debe explicar los cargos imputados a su persona.

Por otra parte, si un trabajador al que se pretende despedir se encuentra afiliado a un sindicato, y al empresario le consta, deberá el empresario dar audiencia previa a los delegados sindicales de la correspondiente sección para comunicarles la decisión de despido. La ausencia de audiencia previa a los delegados sindicales cuando es sea preceptiva, origina la declaración de improcedencia del trabajador afiliado.

El art. 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (en adelante LOLS) se encarga de desglosar una serie de derechos específicos que corresponden a los delegados sindicales. Deben ser oídos por la empresa antes de adoptar medidas colectivas que afecten a los trabajadores y afiliados a un sindicato de manera particular, y por supuesto en despidos y sanciones de los afiliados. Comisiones Obreras se encarga cada cierto tiempo de realizar trípticos informativos sobre estos derechos.<sup>19</sup>

Por audiencia previa se entiende reunión en la que el delegado sindical defenderá los intereses los afiliados instantes o días previos al despido. El objeto de la audiencia es defender al afiliado e influir en la decisión extintiva. Le corresponde al afiliado a un sindicato probar que el empresario conocía su condición de afiliado.

Se le otorga la capacidad al empresario de realizar un nuevo despido si el anterior se realiza inobservando los cauces legales. Debe ser efectuado en el plazo de veinte días a contar desde el primer despido. Como contrapeso, el empresario le abonará al trabajador los salarios devengados de los días intermedios y mantendrá al trabajador dado de alta en la Seguridad Social. La subsanación perjudica al trabajador, porque el legislador le otorga un derecho de

---

<sup>19</sup> Tríptico informativo:

[https://www.ccoo.cat/eess2010/eess2010tr%C3%ADptico%20drets%20garanties%20delegats\\_cast.pdf](https://www.ccoo.cat/eess2010/eess2010tr%C3%ADptico%20drets%20garanties%20delegats_cast.pdf)

subsanción de errores formales al empresario. El plazo de veinte días es de caducidad y no de prescripción como ya sabemos.

El despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario y se hayan cumplido todos los requisitos de forma establecidos. En ese caso, se declarará convalidada la extinción del contrato, sin que el trabajador despedido tenga derecho a indemnización ni a los salarios de tramitación.

Las últimas noticias sobre el despido improcedente las podemos encontrar en el periódico digital el País. Por ejemplo, el último caso más sonado es el de una administrativa que fue sustituida por un robot. La señora, ocupó su puesto de trabajo como contable durante 13 años. Sin embargo, debido al impacto de la tecnología, su trabajo pasó a ser sustituido por un robot.

Para proseguir con mi explicación sobre los requisitos formales, cabe destacar que la justicia española ha puesto en evidencia una vez más que el temor de los obreros a ser sustituidos por máquinas que desempeñen su misma labor es fundado y puede acarrear la improcedencia del despido con su consiguiente indemnización. Para que veamos la importancia de cumplir los requisitos formales, en este caso en concreto la improcedencia del despido de la empleada contable de Lopesan Hotel Management SL es decretada por el Juzgado de lo Social número 6 de Madrid porque el hotel no le entrega la carta en su tiempo y forma, es decir sin respetar el preaviso.

El grupo deberá readmitir a la afectada en cinco días desde la notificación del fallo o abonar una indemnización de 28.305 euros. La sentencia, además, establece que la empresa debe indemnizar a la mujer con 863 euros más intereses, por no cumplir con el plazo mínimo de preaviso de despido que debería haberse llevado a cabo en una extinción de contrato injustificada.<sup>20</sup>

Como el despido procedente es aquel en el cual se han confirmado judicialmente las causas objetivas o disciplinarias que lo motivaban. Las últimas noticias que nos llegan acerca del mismo, proceden del Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional avala aunque sin unanimidad que el trabajador que falte 9 días laborables o más en 2 meses aunque las faltas sean justificadas, puede ser sancionado con el despido por la empresa. En palabras de nuestro TC, esta medida para despedir se justifica por la libertad de empresa y la defensa para la productividad.

Esta medida no se aplicará a tratamientos de cáncer o enfermedades graves, esta sentencia puede tener como efecto directo la obligación de acudir de los trabajadores a su puesto de trabajo estando enfermos.

La polémica, proviene de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un juzgado de Barcelona respecto al conocido art. 52.d) ET, que nos ilustra acerca de la extinción del contrato por causas objetivas. Este artículo dice así:

El contrato de trabajo podrá extinguirse de manera objetiva:

---

<sup>20</sup> MESA, MACAME. Un juzgado declara la improcedente el despido de una administrativa que fue despedida por un robot. En *el País*, 27-09-2019.

"por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses".

Pongámonos en situación. El caso que nos ocupa es el de una trabajadora despedida después de ausentarse nueve días hábiles de los 40 laborables en dos meses seguidos, lo que supone un 22,5% de las jornadas. Ello sumado al hecho de que en los 12 meses anteriores, había faltado más de un 5% de las jornadas hábiles. En concreto, según la carta de despido, sus ausencias llegaron al 8% casi.<sup>21</sup>

La empleada, rápidamente interpuso una demanda solicitando la declaración de nulidad del despido por vulneración de los derechos fundamentales. Su defensa argumentó que el artículo en discusión conlleva una amenaza o coacción al trabajador enfermo.

El Tribunal Constitucional afirma que "no genera un peligro grave y cierto para la salud de los trabajadores afectados por la decisión extintiva que a su amparo pueda adoptarse por el empresario, abonando la indemnización correspondiente".

La decisión de despido de un trabajador por superar un determinado número de faltas de asistencia al trabajo intermitentes en un lapso de tiempo, no comporta una actuación susceptible de afectar a la salud o recuperación del trabajador afectado, aclarando que la medida no puede ser adoptada en casos de enfermedades graves de larga duración o cáncer.

El TC concluye diciendo que la causa de despido no es el hecho de estar enfermo, sino la reiteración intermitente del número de faltas de asistencia al puesto de trabajo.<sup>22</sup>

Todas estas obligaciones de carácter sinalagmático obedecen en su conjunto a la diligencia y buena fe que deben protagonizar cualquier relación contractual, cuya trasgresión, como puede apreciarse, se concibe normativamente como causa de despido (art. 54.2. ET), sin olvidar que, para encontrarnos ante un supuesto de despido disciplinario, deben concurrir todos y cada uno de ellos bajo el principio de proporcionalidad o graduación, a los efectos de poder llegar a una "adecuación suficiente" entre la conducta, la culpabilidad y la sanción a imponer.<sup>23</sup>

Para que se produzca un supuesto de indisciplina o desobediencia ha de existir una orden emitida por el empresario, denominada por el legislador "ejercicio regular de las facultades directivas".

---

<sup>21</sup> GIL PLANA, J., "Las faltas injustificadas o de puntualidad al trabajo como causa de extinción de los contratos", *Actualidad Laboral*, N° 12, Sección Monografías de Jurisprudencia, *Diario La Ley*, 2005, pág.35.

<sup>22</sup> El Constitucional respalda el despido de un trabajador si falta a su empleo aunque sus ausencias estén justificadas. RTVE, 30-10-2019.



## 2.3 El concepto de finiquito y su distinción con las indemnizaciones

Antes de ingresar en el paro o encontrar un nuevo trabajo, debemos saber que el finiquito es un documento escrito que nos debe otorgar la empresa cuando la relación laboral llega a su fin. Concepto que no debe ser confundido con indemnización. El finiquito, viene regulado en el art. 49.2 ET. Este artículo señala que el empresario, con ocasión de la extinción del contrato de trabajo, al comunicar a los trabajadores la denuncia o en su caso, el preaviso de la extinción del mismo, deberá acompañar una propuesta del documento de liquidación de las cantidades adeudadas. Esta propuesta, conocida como recibo de saldo y finiquito, o simplemente finiquito, debe integrar todas aquellas cantidades devengadas pero no percibidas por el trabajador, es decir, salarios debidos, parte proporcional de las pagas extraordinarias, y horas extraordinarias.

En dicho documento, las partes deberán hacer constar su decisión de poner fin a la relación laboral, debiendo quedar saldadas cuantas obligaciones tenían pendientes mediante el pago de una cantidad que aparece fijada en el mismo, comprometiéndose el trabajador a no reclamar nada más por tales conceptos.

Lo deseado es que el finiquito contemple el salario de los días que se han trabajado ese mes, con prorrateo de pagas extras, y especificación de vacaciones o descansos a los que el trabajador tiene derecho y no ha disfrutado. Además debe contener un desglose de horas extras realizadas y no pagadas (cosa que en la práctica no ocurre) con una especificación de pluses y pagas generadas que deben ir al bolsillo del trabajador. El finiquito se cobra siempre, mientras que las indemnizaciones no siempre son abonadas. En puridad, debo aclarar:

- Cuando acabamos un contrato temporal se nos debe abonar una indemnización de 12 días por año trabajado.
- Cuando el empleador quiere realiza un despido objetivo, el trabajador debe cobrar una indemnización de 20 días de sueldo por año trabajado con el límite máximo 12 mensualidades.
- Cuando el despido sea declarado improcedente el trabajador debe cobrar una indemnización de 33 días de sueldo por año trabajado con el límite máximo de 24 mensualidades a partir del 12 de febrero de 2012.

Los problemas para el trabajador se acentúan cuando se produce un despido cuyas causas son disciplinarias, no procede indemnización en estos casos.

Espero que se comprenda después de leer este epígrafe que la moraleja es no firmar un finiquito o indemnización sin observar la ley y los detalles del escrito. Detalles de la carta escrita que pueden estar manipulados.

Entregar el finiquito se erige como una obligación para el empresario con la ocasión de la extinción del contrato de trabajo. El finiquito se debe entregar en el momento de la

comunicación con respeto al plazo mínimo de preaviso, instante muy preciso, en el que el trabajador puede solicitar la presencia de un representante legal de los trabajadores debiéndose hacer constar esto o la negativa del empresario a la presencia del representante en el recibo, siguiendo las explicaciones debidas del art. 49.2 ET.

## 2.4 La indemnización por despido improcedente

Podemos llegar a la cuantía final de una indemnización por despido sin dilación alguna. Mediante cálculos y premisas sencillas, con una calculadora podemos llegar al cálculo de la indemnización por despido improcedente. Por ejemplo:

Caso número 1:

Un trabajador de AENA acude a nuestro despacho porque ha sido despedido mediante carta certificada con efectos a partir del 7 de octubre de 2016 por repetidas faltas de puntualidad. Este trabajador fue contratado el 1 de Julio de 2009, a jornada completa, por razón de la apertura de este centro en la T4 para el puesto empleado de mantenimiento. ¿Qué cuantía indemnizatoria vamos a solicitar? El Convenio Colectivo aplicable establece un salario base anual asociado a su categoría profesional de: 14.369,65 €. El número de pagas extraordinarias reconocidas por convenio es de 4.

(Por lo tanto, el total de mensualidades hace 16).

Hasta aquí todo sencillo, pero antes de entrar en el cálculo por tramos, debemos recordar el contenido de la disposición transitoria de la Reforma Laboral de 2012. La disposición transitoria dice lo siguiente:

*"La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calculará a razón de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de treinta y tres días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los periodos de tiempo inferiores a un año. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a setecientos veinte días de salario (24 mensualidades), salvo que del cálculo de la indemnización por el período anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará este como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a cuarenta y dos mensualidades, en ningún caso."*<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Guía legal y jurisprudencial de la herramienta de cálculo de indemnizaciones laborales del CGPJ pág.5.

Y es que en aquel 2012, existían dudas sobre la interpretación de este párrafo, lo que llevaba a los tribunales a aplicar soluciones dispares acerca de los despidos. Los Tribunales Superiores de Justicia estimaban que cuando una indemnización alcanzaba el tope de las 24 mensualidades (720 días contados los meses a razón de 30 días cada uno) no procedía el cálculo del segundo tramo, es decir, a partir de 2012.

Pero el Tribunal Supremo se encargó rápidamente de crear doctrina en sus sentencias de fechas 2 y 18 de febrero de 2016, con un magnífico afán de aclarar dudas y de concordar las decisiones del resto de tribunales sociales.

El Tribunal Supremo, dijo que debe realizarse un doble cálculo por tramos completos, e independientes uno de otro. El primer tramo a razón de 45 días de salario por año de servicio prestado por tiempo trabajado anterior al 12 de febrero de 2012, y el segundo, los servicios realizados a partir del 12 de febrero de 2012, contándose así hasta la fecha de despido.

En palabras del TS, límite máximo de la indemnización calculada por ambos períodos no puede superar el importe correspondiente a 720 días de salario, excepto si la cantidad indemnizatoria resultante de calcular el primer tramo, ya fuera superior a 720 días de salario. En caso de que lo supere, se aplicará esa indemnización como máxima y siempre que no sobrepase ese límite de 42 mensualidades.

Esta clarificadora sentencia de 18 de febrero del 2016 la Sala de lo Social del Tribunal Supremo aborda con especial pedagogía el cálculo de la indemnización por despido improcedente tras la reforma del 2012.<sup>25</sup>

Debo matizar y realizar una interpretación de la doctrina sentada por parte del Tribunal Supremo. La Sala de lo Social fija los siguientes términos:

a) La disposición transitoria sólo se aplica a los supuestos en que el contrato se haya celebrado con anterioridad al 12 de febrero del 2012; la fecha inicial de cómputo se retrotrae hasta el comienzo del periodo computable.

---

<sup>25</sup> LÓPEZ CUMBRE, LOURDES. La rebaja del cálculo de la indemnización por despido, pág. 1, 2016.

b) Cuando, por aplicación de este precepto, se tengan en cuenta periodos de servicio anteriores y posteriores al 12 de febrero del 2012, «el importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario».

Retomando el caso que nos ocupa del trabajador despedido de AENA y tras sentar las bases interpretativas del cálculo de la indemnización el cálculo es así:

- 1º.-Cálculo salario diario;

$14.369,65 / 12 = 1.197,47 \text{ €}$  (cada mensualidad)

$1.197,47 \times 16$  (cuotas) =  $19.159,53 \text{ €}$  (salario anual con paga extra)

$19.159,53 / 12 = 1.596,62 \text{ €}$  (mensualidad con paga prorrateada)

$1596,62/30=53,22 \text{ €}$  salario/día

- 2º Cálculo del límite de cuantía indemnizatoria. Fecha de inicio: 01/07/2009

Fecha final: 07/10/2016. Total de mensualidades trabajadas: 7 años (84) + 4 meses = 88 meses

-Hasta el 12 de febrero de 2012: 31 mensualidades.

A razón de 45 días por año, con un tope de 42 mensualidades

• Regla de tres:

45 días - 12 meses

X días - 31 meses

X = 116,25 días

⇒ Al ser esta cuantía inferior a 720 días, este trabajador podrá computarse los días restantes conforme al nuevo criterio impuesto por la Ley 3/2012. Desde el 13 de febrero de 2012: 57 mensualidades.

A razón de 33 días por año, con un tope de 24 mensualidades.

• Regla de tres: 33días - 12 meses X días - 57 meses X = 156,75 días ⇒ Total de días (116,25 + 156,75) = 273

-3º Cálculo cuantía total: 273 días indemnizables a razón de 53,22 € salario/día =

$(273 \times 53,22) = 14.529,06 \text{ €}$

Caso número 2.- Recibimos en nuestro despacho profesional a un trabajador de una importante teleoperadora. El señor realizaba funciones de telefonista, adscrito al convenio colectivo de oficinas y despachos de Madrid. Fue contratado el 1 de Septiembre de 1990 y despedido a fecha de hoy, por trasgresión de la buena fe contractual. ¿Qué indemnización le corresponde?

Acudimos al Convenio Colectivo de oficinas y despachos, donde se establece un salario base anual asociado a su categoría profesional (oficial de primera) de: 1.126,81€.

El número de pagas extraordinarias reconocidas por convenio es de: 2 (total mensualidades 14).

1º.- Cálculo Salario día:

1.126,81 € / mes:  $1.126,81 \times 14$  (cuotas) = 15.775, 34 € (salario anual con paga extra)

Plus Convenio: 7,5 % del salario anual = 1.183, 15 €/año.

Total = 16.958, 50 €/año.

$16.958, 50 / 12 = 1. 413, 20$  € (mensualidad con complementos prorrateados) = 47, 10 € salario/día

2º Cálculo del límite de cuantía indemnizatoria:

Fecha de inicio: 01/09/1990 Hasta el 12 de febrero de 2012:

21 años (252 meses) + 7 meses = 259 meses

A razón de 45 días por año, con un tope de 42 mensualidades • Regla de tres: 45 días - 12 meses X días - 259 meses X = 971, 25 días ⇒ Se superan los 720 días que operaban como límite máximo para trabajadores con contrato anterior a fecha de la reforma de 2012. El criterio jurisprudencial estudiado del TS establece que caso de resultar un número de días superior, se aplicará este como importe indemnizatorio máximo.

Total de días = 971, 25

3º Cálculo cuantía total  $971,25$  días a razón de 47, 10 € salario/día = 45.745, 88 €.

### **3. EL DESPIDO IMPROCEDENTE VS EL DESPIDO NULO**

Para situarnos, el despido puede ser calificado como procedente, improcedente o nulo. El despido, es procedente cuando queda acreditado el incumplimiento alegado por el empresario y se han cumplido todos los requisitos de forma establecidos. En ese caso, la extinción del

contrato se declarará convalidada sin que el trabajador despedido tenga derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

Por otra parte, será improcedente cuando no quede acreditado el incumplimiento del trabajador alegado por el empresario, o cuando existiendo tal incumplimiento, no quede probada la gravedad y culpabilidad justificativa del despido, en cuyo caso el Juez podrá autorizar, pero no imponer una sanción menor.

El despido, será también calificado como improcedente cuando no se hubieren observado los requisitos formales expuestos anteriormente, (omisión de la carta de despido), o los que pudiesen venir recogidos en el convenio colectivo (por ejemplo, la apertura de un expediente contradictorio).

La improcedencia del despido podrá ser declarada por el Juez (art.108.1 de la LRJS) o reconocida por el empresario en acto de conciliación.

El despido nulo, está regulado en el art. 55.4 ET. El despido, será nulo:

-Cuando tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley.

-Cuando se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

-El de los trabajadores durante los períodos de suspensión del trabajador por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural.

-El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión al que se refiere anterior.

-El de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos de ausencia de una hora al trabajo por nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento o lactancia, nacimiento de hijos prematuros o que hayan de permanecer hospitalizados, así como los derechos de reducción de la jornada en caso de hijos prematuros.

-El de los trabajadores que hayan solicitado o estén disfrutando de la excedencia prevista en el art.46.3, excedencia por cuidado de hijo o familiar por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad.

-El de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral

-El de las trabajadoras con estado de suspensión del contrato por maternidad, adopción, delegación de guarda, acogimiento paternidad a que se refiere el art. 45.1.d) ET, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción, delegación de guarda o acogimiento del hijo o del menor.

El efecto de la declaración de nulidad del despido será la readmisión inmediata del trabajador con el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que tenga lugar la readmisión.

## **4. LA SENTENCIA Y LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE IMPROCEDENCIA POR PARTE DEL JUEZ**

### **a) La sentencia del juez de lo Social**

La función del Juez es dictar sentencia en el plazo de cinco días desde la finalización del juicio, publicándose la misma de manera inmediata con la correspondiente notificación a las partes (o sus representantes) dentro de los dos días siguientes. La sentencia debe ajustarse a las reglas del art. 97 LRJS, debiendo a su vez ser motivada y congruente (art. 218.1 y 2 LEC) con lo solicitado por las partes. Debe expresar el lugar y la fecha en que ha sido adoptada, así como los nombres de las partes y los profesionales que le asisten, con expresión del Juez o Magistrado que la integran y firman, así como si la misma es firme o no, y en cada caso, con la expresión de los recursos que caben contra ella.

Queda establecido en la LRJS que dentro de los antecedentes de hecho, se contendrá un resumen suficiente de los hechos litigiosos y cualesquiera otros trámites procesales que hubieran sido de interés, así como los hechos que resulten probados, es decir, hechos tan notables como la fecha de despido, sueldo del trabajador, lugar y centro de trabajo, categoría profesional, antigüedad, etc...

En cambio, en los fundamentos de derecho deben incluirse los razonamientos jurídicos que han llevado al Juez a formar esa decisión.

Por último y para acabar con el esquema vertebral de la sentencia, el fallo deberá ser claro y preciso, señalando si se estiman o no, total o parcialmente los mismos, así como la condena en costas. En el fallo, el juez debe al despido la correspondiente calificación, indicando si

corresponde la nulidad, procedencia o improcedencia del despido. Finalmente, se determinará si es la cantidad de la condena. Acorde todo ello con lo dispuesto en el art. 209 LEC.<sup>26</sup>

## **b) Recursos contra la sentencia de primera instancia**

Cualquiera de las partes puede interponer recurso de suplicación, siempre y cuando el abogado lo anuncie dentro del plazo de cinco días desde la sentencia, transcurrido este plazo, la sentencia devendrá firme.

Si la sentencia no es recurrida, no cabrá ulterior recurso, salvo el recurso extraordinario de casación para la unificación de doctrina.

Si la sentencia que declare la improcedencia del despido es recurrida, el empresario puede, provisionalmente en tanto se sustancia el recurso, elegir entre readmitir al trabajador o indemnizarle.

Si se acuerda la readmisión, el empresario vendrá obligado, mientras se sustancia el recurso, a satisfacer al recurrido con la misma retribución que se venía percibiendo.

En cambio, de optar por la indemnización, tanto si recurre el trabajador como el empresario, no procederá la readmisión ni el abono de salarios mientras esté pendiente el recurso.

En ese periodo de tiempo, el trabajador se encontrará en situación de desempleo no voluntaria.

## **c) Los efectos de la declaración de improcedencia del despido.**

El empresario es libre para reconocer la improcedencia del despido en cualquiera de las fases previas a la vista (me refiero a la fase de conciliación ante el SMAC o ante el LAJ). Aunque sea reconocida, si es el Juez el que declara la improcedencia, los efectos que acarrea son los mismos.

Tras ser declarado improcedente, la LRJS en su art. 110 y el ET en su art. 56 conceden al empresario la facultad de optar por la readmisión del trabajador en las mismas condiciones anteriores de producirse el despido, o por la correspondiente indemnización, de 33 días de año de salario por cada año de servicio (prorrrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año), hasta un máximo de veinticuatro mensualidades.

---

<sup>26</sup> MANEIRO VAZQUEZ Y., “La acumulación de autos en el proceso laboral”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, Nº 292, 2007.



La decisión podrá anticiparse en el acto de juicio oral o tras la declaración de improcedencia en el plazo de 5 días desde la notificación de la misma, antes de que esta devenga firme, no obstante, en el caso de que el empresario opte por la readmisión, debe comunicarlo al trabajador en 10 días, por escrito, para que el trabajador se incorpore en el plazo de 3 días desde la recepción de la comunicación con el correspondiente abono de los salarios de tramitación.

Si por el contrario el empresario opta por la indemnización, la relación laboral quedará extinguida a fecha de cese efectivo en el trabajo. Tras la firmeza de la sentencia, si el empresario no se manifiesta por ninguna de las opciones, se entiende la readmisión (art. 56.3 ET).

Pero, ¿qué ocurriría si el trabajador no quiere ser readmitido?, por una parte, no se precisa su consentimiento (salvo que sea representante de los trabajadores y tenga la facultad de opción entre readmisión o indemnización) pero es importante que cumpla con lo elegido, pues el incumplimiento injustificado conlleva la pérdida de derecho a recibir los salarios de tramitación.

Otra cosa es que el que el empresario readmita al trabajador de manera irregular, en ese caso, se podrá exigir el cumplimiento forzoso de la sentencia mediante los trámites de ejecución de la misma. Una vez culminada la readmisión, podrá efectuarse un nuevo despido dentro del plazo de siete días desde la notificación de la sentencia, esto es, una especie de mecanismo para enmendar los errores del anterior. Dicho despido no constituirá una subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo despido, que surtirá efectos desde su fecha, como dice el art. 110.4 ET.

#### **d) La fase de ejecución que declare la improcedencia**

Una vez obtenemos la sentencia judicial que declare la improcedencia de un despido, el empresario deberá, cumplir con la condena que esta impone, independientemente si anticipó su elección en el acto del juicio o si la realizó tras la notificación de la sentencia. Si no ejercita esta facultad, o la incumple, el trabajador tiene derecho a solicitar la ejecución forzosa del fallo de la Sentencia (formulada por el Juzgado de lo Social).<sup>27</sup>

La ejecución de la sentencia debe hacerse dentro del plazo de tres meses desde la firmeza de la misma, respetando los siguientes plazos de prescripción (art. 279 -LRJS):

a) Sobre la readmisión cabe destacar:

---

<sup>27</sup> LOUSADA AROCHENA JOSÉ FERNANDO., “La acumulación de acciones, procesos, recursos y ejecuciones en la ley reguladora de la jurisdicción social”, *Revista Aranzadi Social*, Nº 3, Junio, 2013, p. 7.

Si se acordó en una fecha concreta y no ha tenido lugar, hay que respetar el transcurso de 20 días desde esa fecha.

Sin embargo, si se pactó la readmisión, pero el empresario aún no se ha fijado la fecha exacta de reincorporación, el trabajador debe esperar a que expire el plazo de 10 días establecidos por art. 278 LRJS para que el empresario haga la comunicación de rigor al trabajador más 20 días estipulados como regla general.

Si se produce la readmisión, pero de manera irregular se podrá solicitar la ejecución una vez hayan transcurrido 20 días desde la fecha de readmisión.

Iniciada la ejecución del fallo como he expuesto, se dictará auto despachando la ejecución por la vía de incidente de no readmisión (regulado en el art. 280 LRJS) y seguidamente, el Letrado de la Administración de Justicia señalará la vista del incidente dentro de los cinco días siguientes, previa citación a los interesados para comparecer.<sup>28</sup>

b) Muy distinto es el caso en el que se acuerda resarcir al trabajador con una indemnización, la sentencia se convierte en título ejecutivo, judicial si han sido concretadas por medio de sentencia o auto y título ejecutivo no judicial, si se acuerda la indemnización en una conciliación previa a la vista.

Para iniciar el despacho de ejecución de una resolución judicial o una conciliación judicial, deberá respetarse también el plazo de espera de 20 días según el mandato del art. 237 y ss. LRJS.

Existen dudas sobre si la ejecución forzosa de las sentencias de lo social está sometida a plazo. Y es que el art. 243 nos ilustra acerca de ello. El citado artículo dice que el plazo para pedir la ejecución forzosa será de prescripción. Para pedir la readmisión del trabajador, entran en juego las reglas del art. 279 LRJS. Por otra parte, para reclamar salarios de tramitación e indemnizaciones, debemos saber que el plazo es de un año.

Se pueden plantear “otros incidentes” en la resolución de cada caso por parte de los tribunales. Es muy común, por no decir que siempre ocurre en el trámite de ejecución de sentencias, tal y como señala el art. 238 LRJS que se resuelva acerca de discrepancias respecto de circunstancias personales como antigüedad, salario, jornada, etc., del trabajador despedido de manera improcedente. Estas cuestiones son fundamentales para determinar tanto los salarios de tramitación devengados hasta la fecha, como la indemnización por despido.<sup>29</sup>

Para resolver acerca de estas cuestiones se citará a las partes en el plazo de 5 días para que puedan alegar y probar lo que estimen oportuno. Este trámite se resolverá mediante auto y será recurrible tanto en suplicación como en casación.

---

<sup>28</sup> MONEREO PÉREZ, J-L., MOYA AMADOR, R., SERRANO FALCÓN, C., *Manual de derecho procesal laboral: teoría y práctica*, Tecnos, Madrid, 2014.

<sup>29</sup> A. HERNÁNDEZ QUEREDA, “Acumulación de las acciones de resolución de contrato y despido”, *Revista Dialnet*, pág. 56.

## 5. JURISPRUDENCIA

En este epígrafe, trato de realizar un análisis pormenorizado de la jurisprudencia relativa al concepto de despido improcedente. Esta jurisprudencia procede del Tribunal Supremo, sito en la plaza Villa de París de Madrid. En el seno de la Sala Cuarta de nuestro Tribunal Supremo se han tomado las decisiones más trascendentales de la historia de nuestro país en el ámbito laboral. Los recursos de casación para la unificación de la doctrina, han servido de instrumento al Tribunal Supremo, cúspide de nuestro sistema judicial, para pronunciarse sobre la procedencia o no de los despidos y las realidades fácticas empresariales.

Abunda en este apartado la casuística, existen soluciones dispares y controvertidas para un mismo caso, los Juzgados de lo Social y Tribunales Superiores de Justicia se encuentran absolutamente desbordados de trabajo y son incapaces de resolver tantos asuntos. Es por ello que la conciliación cobra un papel fundamental en el ámbito laboral, acto que como sabemos, puede concluir con o sin avenencia.

La Audiencia Nacional se ha pronunciado en este año judicial sobre el despido improcedente. Y es que la AN trata de combatir los despidos pactados y se encarga de recordar a las empresas que deben hacer una retención a cuenta. Los trabajadores, por su parte, deberán tributar en el IRPF por la indemnización.

### 5.1 LA STS 2125/2018 de 10 de mayo de 2018.

En este caso, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo conoce de un recurso de casación para la unificación de la doctrina. Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto el abogado del hospital de Moncloa. Antes, el Juzgado de lo Social nº 4 de Madrid, dictó sentencia en la que se estimó parcialmente la demanda de despido interpuesta frente al Hospital Moncloa S.A y la entidad Asisa. El citado juzgado, condena al Hospital Moncloa S.A a readmitir al trabajador o bien a abonarle una indemnización, elección que debía realizar el Hospital en el plazo de 5 días. La sentencia contiene como hechos probados que el trabajador Gaspar, prestaba sus servicios en condición de cirujano, cobrando una cantidad de 53.000 euros anuales aproximadamente, no siendo representante legal o sindical de los trabajadores.

El despido viene a consecuencia de que en abril de 2015, el hospital Moncloa S.A notifica al actor la extinción del contrato de trabajo escorándose en el art. 52.1 ET motivado por causas objetivas de naturaleza primordialmente económicas, ya que el hospital alega unas pérdidas del 10% en su cifra de negocios en comparación con el año anterior, 2014.

Pero es que por si fuera poco, otro de los motivos alegados por Hospital Moncloa S.A es que el coste de los servicios de D. Gaspar ascendió a 65.000 euros para la entidad y lo facturado por el Hospital en las intervenciones del doctor cirujano ha sido tan sólo 15.000 euros.

Si bien la indemnización de 20 días por año de servicio se pone a disposición del actor mediante cheque bancario en su debido tiempo y forma, aunque el actor no retiró el mismo ante la duda de si retirarlo suponía la aceptación de las causas de extinción. El comité de empresa tiene conocimiento de todo lo acaecido.

Posteriormente la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia en fecha 17 de mayo de 2016 en la que se desestima el recurso de suplicación interpuesto por la representación del Hospital Moncloa S.A.

Ante esta situación el Letrado D. Urbano Blanes en representación del hospital Moncloa S.A, interpone el presente recurso de casación para unificar doctrina. Admitido el recurso y tras ser evacuado se dio traslado de los autos al Ministerio Fiscal para que emitiera informe al respecto. El informe del Ministerio Fiscal acerca de la admisión a trámite es favorable.

En los fundamentos de derecho, se debate sobre el importe de la indemnización en este asunto de despido objetivo declarado improcedente cuando el trabajador ha prestado sus servicios en calidad de cirujano, es la cuestión primordial. Más y más al prestar servicios antes y después del 12 el importe indemnizatorio es superior a 720 días, aunque no alcanza las 42 mensualidades.

El cirujano, prestó servicios en el hospital durante 18 años y 1 mes. La indemnización correspondiente al tiempo de servicios anterior al 6 de febrero de 2012 es de 18 años y un mes, calculado a razón de 45 días por año de servicio. Dicha indemnización no puede superar el límite de 42 mensualidades, es decir, 1260 días.

En este fallo del Tribunal Supremo se desestima el recurso interpuesto por D.Urbano Blanes en representación del hospital Moncloa S.A y se reconoce en favor del cirujano una indemnización de 120.000 euros aproximadamente.

## **5.2 La Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 356/2019 de 6 de febrero de 2019.**

En la citada sentencia, la Audiencia Nacional lanza una flecha a los despidos con indemnizaciones pactadas. Y es que, en el contexto de la crisis económica, muchas empresas adoptaron medidas de austeridad y entre ellas, la de reducir gastos de personal. Una medida muy frecuente era la de despedir a trabajadores mayores de 60 años, otorgándoles una indemnización pactada y llegando al acuerdo en el acto de conciliación, acto que como sabemos, es obligatorio, sin llegar la controversia a litigio.

Las cantidades pactadas suelen ser inferiores a las que proceden de acuerdo a la normativa laboral. Pero trabajadores legos en derecho, cuando se les ofrece una buena cantidad de dinero y bajo la dirección letrada de un abogado que no es experto en temas laborales, pueden llegar a acuerdo por dos razones muy simples. Y es que de esta manera, el trabajador no se arriesga a que el despido sea declarado procedente por los tribunales y la empresa evitaría tener que

probar la supuesta infracción en la que se basa el despido. A su vez, el trabajador sabe que su edad ya hace próxima su jubilación.

Esta sentencia de la AN, nos señala que la indemnización satisfecha en estos casos, no está exenta de tributar, es decir, las cantidades obtenidas están sujetas a tributación por el IRPF, siendo obligatorio por parte de la empresa efectuar una retención a cuenta.

Pero también hay que ver cuando procede la exención. Y es que según el art. 7 de la ley 35/2006 sobre el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas (En adelante LIRPF), estarán exentas las indemnizaciones por despido o cese del trabajador en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el ET, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato.

Los indicios están preestablecidos por la Audiencia Nacional. Y es que, tener entre 62 ó 68 años puede considerarse como tal. Otro indicio, es la existencia de déficit presupuestario empresarial. Pero sin lugar a dudas el indicio más importante es la verbalidad del despido.

En esta sentencia el fundamento jurídico séptimo es muy conciso. Y es que en este fundamento jurídico la Sala estima que el despido pactado les permite obtener a los trabajadores unos ingresos mayores que si hubieran desempeñado su trabajo hasta la edad de jubilación. De tal manera que los empleados despedidos no pierden ingresos aunque cese su obligación de trabajar.

En puridad, la Audiencia Nacional desestima el recurso interpuesto por la empresa mercantil que pactó los despidos y la empresa que pactaba los despidos es condenada en costas.

### **5.3 La Sentencia del TJUE de 25 de julio de 2018, sobre el personal fijo y no fijo al servicio de la Administración Pública.**

Para ponernos en contexto, y de acuerdo con todo lo expuesto sobre derecho laboral, sabemos ya que el empleador puede elegir entre readmitir o indemnizar al trabajador. Pero en el derecho administrativo, sin embargo existe un trato diferenciado al que tiene derecho el personal laboral fijo y no fijo al servicio de la Administración Pública. En el caso que expongo, la señora Vernaza Ayovi es enfermera y trabajaba para el Consorci Sanitari de Terrassa con un contrato de trabajo indefinido no fijo.

Posteriormente, en julio de 2011 se concedió a la Sra. Vernaza Ayovi una excedencia voluntaria. Tras agotarse ese plazo de excedencia voluntaria, la Sra. Vernaza solicitó su reincorporación, pero el Consorci Sanitari de Terrassa le propuso un puesto a jornada parcial. La Sra. Vernaza se negó a aceptar un puesto que no fuera a jornada completa, la enfermera no se presentó en su centro de trabajo y por esta razón fue objeto de despido disciplinario en julio de 2016.

La representación letrada de la Sra. Vernaza solicitó entonces al Juzgado de lo Social n.º 2 de Terrassa que declarara la improcedencia del despido y condenara a su empleador a readmitirla o a abonarle la indemnización legal que correspondiese en caso de despido improcedente.

Es un denunciante que la normativa española establezca una distinción en virtud de la cual, cuando es declarado improcedente el despido disciplinario de un trabajador fijo (personal laboral fijo), que está al servicio de una Administración pública sin ser funcionario, el trabajador deberá ser readmitido obligatoriamente, mientras que, en el mismo supuesto, un trabajador no fijo (indefinido no fijo o temporal) que realice las mismas tareas que el trabajador fijo puede no ser readmitido y recibir como contrapartida una indemnización.

Es por ello que el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, de 18 de marzo de 1999, brinda una especial protección a todos aquellos trabajadores que se encuentren en esta situación. La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco dispone que:

“Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.”

Es entonces cuando el juez del Juzgado número 2 de Terrassa suspende el proceso y pregunta al TJUE mediante el mecanismo de la cuestión prejudicial si el Derecho de la Unión y más concretamente el citado Acuerdo marco prohíbe que se trate a los trabajadores con contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los fijos comparables, sin razones objetivas.

Mediante esta sentencia del TJUE de 25 de julio de 2018, en el asunto C-96/17, afirma que existe una grave diferencia de trato entre el personal laboral fijo y el no fijo al servicio de la Administración Pública. En consecuencia, es preciso comprobar si existe un motivo o causa objetiva por la que se diferencie a tales personas. Al respecto, el TJUE observa que la regla general es la opción que faculta al empresario para decidir. Como excepción a la regla el personal laboral fijo prestador de servicios para la Administración Pública debe ser readmitido obligatoriamente.<sup>30</sup>

Esa diferenciación de trato tan controvertida y polémica no puede justificarse atendiendo al interés público al que está vinculado, en sí mismo, a las modalidades de contratación personal. El TJUE hace hincapié en las determinadas consideraciones derivadas de las características del Derecho público español. Imparcialidad, eficacia, independencia deben ser algunas de sus notas características. Las que unidas a permanencia y estabilidad en el empleo, no pueden justificar esa diferencia de trato.

Finalmente el TJUE declara que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, de 18 de marzo de 1999, debe interpretarse en el sentido de que no

---

<sup>30</sup> <http://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/13194-el-derecho-de-la-ue-no-se-opone-a-la-diferencia-de-trato-entre-personal-laboral-fijo-y-no-fijo-en-caso-de-despido-improcedente/>

se opone a una norma nacional como la controvertida en el litigio principal, según la cual, cuando el despido disciplinario de un trabajador fijo al servicio de una Administración pública es declarado improcedente, el trabajador debe ser readmitido obligatoriamente, mientras que, en el mismo supuesto, un trabajador temporal o un trabajador indefinido no fijo que realice las mismas tareas que el trabajador fijo puede no ser readmitido y debe recibir como contrapartida una indemnización adecuada a su antigüedad en la empresa.

#### **5.4 LA STS 2841/2019 de 11 de septiembre de 2019.**

En este asunto, la Sala Cuarta del TS conoce del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación del Gobierno Vasco, concretamente su Instituto de Estadística, contra la sentencia dictada el 27 de marzo de 2018. Y es que en la citada sentencia, se declaró probado que Doña Salomé prestó servicios para el Instituto Vasco de Estadística entre el 15 de febrero de 2016 y el 30 de junio de 2016 y entre el 3 de octubre del 2016 y el 31 de marzo de 2017, como agente entrevistadora, con un salario de 1.900 euros mensuales aproximadamente.

Tras la finalización de sus contratos administrativos, Doña Salomé no percibe indemnización ninguna por parte del Instituto Vasco de Estadística. Es cuando por ello, Doña Salomé con ayuda de su asistencia letrada, realiza una reclamación administrativa previa que es desestimada por el Instituto Vasco el 27 de junio de 2017.

Posteriormente Doña Salomé interpone demanda y el Juzgado número 4 de Donostia condena al Instituto Vasco de Estadística a abonar a doña Salomé 1.100 euros. Lógicamente, la citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal del Instituto Vasco de Estadística ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dicta sentencia estimando parcialmente el recurso del Instituto Vasco de Estadística y declarando que la indemnización que debe cobrar Salomé es de 627 euros.

Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por la representación de Instituto Vasco de Estadística perteneciente al Gobierno Vasco se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de Suplicación. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 29 de junio de 2017. Los motivos de casación denunciaba la infracción del artículo 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 15.1 c) del mismo cuerpo legal.

El núcleo del recurso de casación unificadora que suscita el Letrado del Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco consiste en la improcedencia de fijar una indemnización cuando un contrato de interinidad finaliza por las causas consignadas en el mismo, negando entonces la aplicación de la doctrina De Diego Porras (STJUE 14.09.2016) y la equiparación con la extinción contemplada en el art. 52.c) ET. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó sentencia en fecha 27.03.2018 (RS 471/2018) estimando parcialmente el recurso del organismo demandado en el sentido de reducir al último período contractual la indemnización reconocida por la sentencia de instancia.

El TS declara que procede en primer término analizar la concurrencia del requisito de contradicción previsto en el artículo 219.1 LRJS, requisito que comporta la necesidad de una igualdad "esencial", sin que por lo tanto medie diferencia alguna que permita concluir que, a pesar de la contraposición de pronunciamientos en las sentencias contratadas, ambos puedan resultar igualmente acordes a Derecho y que por ello no proceda unificar la doctrina sentada. Igualdad sustancial, acreditada por el recurrente.

En el caso que nos ocupa la Sra. Salomé no podía conocer en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente corta. No es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración.

Por lo tanto el TS desestima las pretensiones del Letrado del Servicio Central del Gobierno Vasco, y declara acorde a derecho la primera indemnización percibida por Salomé.

## **5.5 LA STS 1887/2019 de fecha 27/05/2019.**

En la citada sentencia, se suscitan controversias acerca de la procedencia o no de un despido de un trabajador de Telefónica. El trabajador, goza de la calidad de representante de los trabajadores. La empresa Telefónica respeta su derecho a cobrar los salarios de tramitación del despido mientras dura el procedimiento. Desde el día 1-2-12 al 4-2-15, D. Victorino ha percibido religiosamente esos salarios de tramitación. El intento de conciliación acaba sin avenencia.

Posteriormente se interpone un recurso de suplicación contra la anterior resolución, pero la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia Madrid, dictó sentencia con fecha 18 de enero de 2017, en la que consta la que se desestima el recurso de suplicación formalizado por Doña Elena en nombre de Don Victorino, contra la sentencia número 60/2016 de fecha 23 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Social número 28 de Madrid.

Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de D. Victorino el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en Las Palmas de fecha 17 de abril de 2007, así como la infracción del art. 9 del Convenio 132 OIT, art. 38 ET y 122 de la normativa laboral de Telefónica; art. 56.2 ET, en relación con arts. 7 y 1256 del Código Civil.

Aunque parezca extraño, el art. 38 ET establece el derecho a vacaciones anuales retribuidas no es sustituible por compensación económica salvo que sea imposible por finalización del contrato de trabajo. Duración que será la pactada en convenio colectivo o contrato de trabajo.



El Tribunal Supremo declara en el caso concreto que analizo que ese tiempo de sustanciación del proceso de despido y los recursos posteriores debe ser considerado como tiempo de actividad laboral, con la fundada razón de que aunque no haya trabajo efectivo como tal, no ha sido precisamente por la voluntad del trabajador.

Pero debo explicar los motivos de recurso que alega el recurrente. Evidentemente, su letrada realiza una ardua tarea de análisis y encuentra jurisprudencia del Tribunal Supremo de los años 2001 y 2002 sobre este tema. Y es que, el artículo 7 de la Directiva 2003/88 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo dispone que:

“1. Los Estados miembros adoptarán medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales.

2. El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral.

Por otra parte, el art. 4 del Convenio 132 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) dispone:

“Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas”

Como vemos puede extraerse la conclusión de que la resolución del problema no es nada fácil para el Tribunal Supremo, ya que no existe concordancia entre el Derecho Europeo, la legislación internacional y nuestro Estatuto de los Trabajadores.

El demandante, después de ejercitar legítimamente su opción en favor de la readmisión como representante de los trabajadores, obtiene las remuneraciones relativas a los salarios de tramitación y se reincorpora en marzo de 2015 a Telefónica. Reclama unas vacaciones no disfrutadas.

Por último el Tribunal Supremo basa su decisión de otorgarle la razón al recurrente y trabajador de Telefónica en la doctrina más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Tras realizar una interpretación del art. 31.2 de la Carta de Los Derechos Fundamentales de la Unión Europea el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, El Tribunal Supremo opina que un derecho a vacaciones anuales retribuidas adquirido no puede extinguirse a la conclusión del período de devengo o de un período de aplazamiento fijado por el Derecho nacional cuando el trabajador no haya podido disfrutar de sus vacaciones. He aquí un claro ejemplo del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea. Es así porque nuestro Tribunal Supremo se encarga de adoptar esa decisión siguiendo el criterio establecido por el TJUE y le da la razón a la letrada Dña. Elena García en representación de D. Victorino.

## 5.6 LA STS 893/2016 de 18 de febrero de 2016.

Importante sentencia del Tribunal Supremo, que sienta doctrina acerca del cálculo de la indemnización por despido improcedente. El señor Hermenegildo impugna su despido ante el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gerona. Posteriormente, el juzgado de lo Social número 3 de Gerona, dictó sentencia desestimando la demanda promovida por D. Hermenegildo contra el Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña.

D. Hermenegildo estuvo prestando servicios desde el 4 de enero de 1996 hasta el 24 de marzo de 2013. El salario del demandante a efectos de despido es de 109,24 euros brutos diarios en cómputo anual, con prorrateo de pagas extras.

Interpuesto recurso de suplicación por la representación letrada de D. Hermenegildo contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, decide estimar y declarar improcedente el despido del actor acordado por la empresa demandada y, en consecuencia, se condena al Departament de Justicia de la Generalitat de Catalunya a la inmediata readmisión del actor en las mismas condiciones que regían con anterioridad a producirse el despido o a su elección a que le abone una indemnización de 74.386,87 euros.

Contra la sentencia dictada en suplicación, se interpone recursos de casación para la unificación de doctrina por parte del Departament de Justicia de la Generalitat de Catalunya.

La cuestión suscitada posee varias vertientes. La primera se refiere al procedimiento para la extinción de los contratos de interinidad por vacante en la Administración Pública. La segunda, al cálculo de la antigüedad a los efectos de la indemnización por despido improcedente. La tercera, al modo de hallar el importe indemnizatorio cuando entran en juego las previsiones transitorias respecto de contrataciones anteriores a 2012.

El Tribunal Supremo, realiza una magnífica interpretación sobre la disposición Transitoria 5ª de la Ley 3/2012 que regula la indemnización por despido improcedente que le corresponde a al señor Hermenegildo. Esta disposición Transitoria 5ª sólo se aplica en los supuestos en que el contrato se haya celebrado con anterioridad al 12 de febrero de 2012, y la fecha inicial de cómputo en supuestos como el actual se retrotrae hasta el inicio del período en el que presta servicios.

Cuando, por aplicación de este precepto, se toman en cuenta periodos de servicio anteriores y posteriores al 12 de febrero de 2012, el importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario. Pero, de manera excepcional, este tope de 720 días de salario puede obviarse si por el periodo anterior a 12 de febrero de 2012 ya se ha devengado una cuantía superior.

Más y más, la norma implica al contrario que si por el periodo de prestación de servicios anterior a 12 de febrero de 2012 no se ha sobrepasado el tope de 720 días tampoco puede saltarse como consecuencia de la posterior actividad.

Pero puede ocurrir que los 720 días indemnizatorios se superan atendiendo a los servicios prestados antes de 12 de febrero de 2012 y haya que aplicar un segundo tope: el

correspondiente a lo devengado en esa fecha. A su vez, esta cuantía no puede superar las 42 mensualidades.

Finalmente, el Tribunal Supremo otorga la razón a D. Hermenegildo, declara su despido improcedente y obliga al Departament de Justicia de la Generalitat de Catalunya a la inmediata readmisión del actor o a que le abone una indemnización de 94.219 euros, pudiendo ejercitar ese derecho de opción en el plazo de 5 días tras la notificación de la sentencia.

## **5.7 LA STS 539/2019 de 28 de enero de 2019.**

El último caso con más relieve mediático y problemática jurídica, es el del profesor asociado D. Clemente de la Universidad Politécnica de Cartagena. Don Clemente, prestaba servicios como profesor asociado en la citada universidad cuando de pronto recibe una carta de despido. El motivo principal del cese viene relacionado con el hecho de que la asignatura que D. Clemente creó y que ha impartido durante los últimos 11 años la da ahora Catedrático del Departamento. D. Clemente, no ostenta condición de representante de los trabajadores ni lo ha hecho en el año anterior al despido.

D. Clemente, con ayuda de su abogado, decide impugnar su despido y con fecha 30 de enero de 2015, el Juzgado de lo Social número 2 de Cartagena estima sus pretensiones y declara su despido improcedente. El Juzgado de lo Social número 2 de Cartagena, condena a la Universidad Politécnica de Cartagena a que readmita a D.Clemente o a que le abone una indemnización de 12.600 euros, según su libre elección.

D. Clemente, ha prestado servicios en la Universidad de Cartagena, sin interrupción desde el 4 de octubre de 2002 con contrato de trabajo a tiempo parcial de 6 horas semanales, prorrogado dicho contrato anualmente y con la categoría de profesor asociado. Percibe un salario mensual de 743 euros, 25 euros diarios aproximadamente.

Contra la anterior sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Cartagena, por la representación legal de la Universidad Politécnica de Cartagena (UPCT), se formuló en tiempo y forma recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, dictó sentencia en fecha 14 de marzo de 2016 estimando el recurso de suplicación interpuesto por la Universidad Politécnica de Cartagena, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Cartagena, de fecha 30 de enero de 2015 revocando el pronunciamiento de instancia, absolviendo a la parte demandada de las pretensiones de la sentencia del juzgado número 2 de Cartagena.

Lógicamente, la representación letrada de D. Clemente, decide recurrir ante el Tribunal Supremo, mediante el mecanismo del recurso de casación para unificación de la doctrina, admitido a trámite por nuestro más alto Tribunal.

La cuestión que se debate en el Tribunal Supremo en el presente recurso de casación unificadora consiste en dilucidar si la relación profesional que ha venido discurriendo entre las partes litigantes, profesor asociado y Universidad es indefinida o de duración determinada, y sopesar si la decisión si la decisión empresarial extintiva constituye una extinción válida del vínculo laboral o un despido improcedente.

El Tribunal Supremo, investiga acerca de la normativa vigente en materia de contratación del personal laboral y su ley reguladora es la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de septiembre, de Universidades, en la redacción dada por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril.

Su artículo 48 dice así:

“1. Las universidades podrán contratar personal docente e investigador en régimen laboral, a través de las modalidades de contratación laboral específicas del ámbito universitario que se regulan en esta Ley o mediante las modalidades previstas en el Estatuto de los Trabajadores para la sustitución de trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo. También podrán contratar personal investigador, técnico u otro personal, a través del contrato de trabajo por obra o servicio determinado, para el desarrollo de proyectos de investigación científica o técnica. Asimismo, las universidades podrán nombrar profesoras y profesores eméritos en las condiciones previstas en esta ley.

2. Las modalidades de contratación laboral específicas del ámbito universitario son las que se corresponden con las figuras de Ayudante, Profesor Ayudante Doctor, Profesor Contratado Doctor, Profesor Asociado y Profesor Visitante.”

El artículo 53 de la misma ley dice que la contratación de Profesoras y Profesores Asociados se ajustará a las siguientes reglas.

A) El contrato se podrá celebrar con especialistas de reconocida competencia que acrediten ejercer su actividad profesional fuera del ámbito académico universitario.

B) La finalidad del contrato será la de desarrollar tareas docentes a través de las que se aporten sus conocimientos y experiencia profesionales a la universidad.

C) El contrato será de carácter temporal y con dedicación a tiempo parcial.

Aunque los contratos de trabajo de duración determinada celebrados con profesores asociados cubren una necesidad permanente en las universidades, es cierto que la realidad en materia de contratación de profesores asociados sigue siendo temporal.

Las causas de la temporalidad deben aparecer debidamente justificadas por causas que no sean ajenas a las propias de la figura del profesor asociado, no siendo posible cubrir necesidades permanentes de la Universidad recurriendo a la contratación de profesores asociados, partiendo también de la supletoriedad en la regulación del conocido del Estatuto de los Trabajadores.

En el caso que abordamos la Universidad demandada, a la cual le incumbe la carga de la prueba, debía haber acreditado que se cumplían los presupuestos que legitiman este tipo de contratación, en especial, que el contratado como profesor asociado había desempeñado durante todo el tiempo de la contratación una actividad profesional distinta a la universitaria, y el Tribunal Supremo, debido a su antigüedad lo considera como “profesional de reconocido prestigio”.

A la vista de los hechos considerados probados y todo lo expuesto, el Tribunal Supremo afirma que la finalización del contrato temporal se ha fundamentado en que la asignatura la pasaba a impartir el catedrático del departamento era porque en realidad el contratado temporal como profesor "asociado" estaba de hecho sustituyendo al referido catedrático actuando como un verdadero profesor "sustituto".

Hecho que en palabras del Tribunal Supremo no constituye la función ni la finalidad de la contratación temporal de los profesores asociados, es decir, desarrollar tareas docentes a través de sus conocimientos y experiencias profesionales a la universidad.

Concluye el Tribunal Supremo diciendo que aunque se tratara de posibles necesidades permanentes de la docencia universitaria, la temporalidad debe ir ligada a una necesaria relación entre la realidad práctica y profesional con la formación de los alumnos, o bien a exigencias conectadas a la promoción y formación del docente, o a cualquier otra finalidad legalmente establecida, injustificado en el caso enjuiciado.

Finalmente, el Tribunal Supremo, otorga la razón a d. Clemente estimando su recurso de casación para la unificación de la doctrina, catalogando así su despido como improcedente, porque a juicio de nuestro más Alto Tribunal, existen evidencias de utilización de hecho de la contratación temporal sucesiva para cubrir necesidades permanentes y duraderas en materia de contratación de personal docente.

## **5.8 LA STS 3244/2019 de 1 de octubre de 2019.**

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo, dicta sentencia tras conocer el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Raimundo representado y asistido por el letrado D. José Miguel Caballero Real contra la sentencia dictada el 1 de diciembre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sito en Sevilla.

Como antecedente de hecho destacable, consta en autos que con fecha 21 de noviembre de dos mil doce, se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social nº 3 de Jerez de la Frontera, recurrida posteriormente en suplicación, dictándose por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, Sevilla, sentencia de fecha 13 de marzo de 2014 en la que se estima el recurso de suplicación de D. Roque frente a D. Raimundo y el Registro de la Propiedad de Olvera.

La sentencia del TSJ andaluz de declara improcedente el despido de Don Roque condenando a Don Raimundo, titular a fecha del despido del Registro de la Propiedad de Olvera, a que manifieste por escrito o comparecencia ante la Secretaría de esta Sala si opta por la readmisión de D. Roque, dentro de los cinco días hábiles siguientes a aquel en que se le notifique esta sentencia readmita al accionante en su puesto de trabajo o le abone una indemnización ascendente a 96.818€; con advertencia de que si no opta en el plazo indicado procederá la readmisión y serán de cuenta del empresario los salarios devengados desde la fecha de notificación de esta sentencia, hasta que tenga lugar la readmisión.

Tras la firmeza de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, instándose el trámite de ejecución, el Juzgado de lo Social número 3 de Jerez de la frontera, dicta auto en octubre de 2014 por el que se declara extinguida la relación a fecha de auto (3-10-2014).

Se condena a D. Raimundo y al Registro de la Propiedad de Olvera a abonar la cantidad de 98.000 euros aproximadamente en concepto de indemnización por despido y la cantidad de 51.500 euros en concepto de salarios de tramitación a D. Roque.

La representación letrada D. Roque solicita la ejecución de las anteriores resoluciones, dictando el Juzgado auto en fecha 24 de marzo de 2015. El auto ordena la ejecución de las resoluciones anteriores, despachándose la misma a favor del acto, contra el Registro de la Propiedad de Olvera, cuyo titular es Don Raimundo.

El citado auto establece la cantidad de 139.464,20 euros en bruto (96.818 euros por indemnización más 70.308,60 euros por salarios de tramitación) por cuanto a dicha cantidad hay que descontar: 27.662,40 euros entregados a cuenta, 10.546,35 euros en concepto de descuento de IRPF y 4.464, en concepto de principal más la de 20.919,36 euros calculados para intereses y gastos, procediendo la vía de apremio.

No contento con ello, contra el citado auto, la representación letrada de D. Roque decide formular recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, estima el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. Roque.

Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sito en Sevilla, la representación letrada de D. Raimundo, a su vez titular del Registro de la Propiedad de Olvera interpone el presente recurso de casación para la unificación de doctrina

Los motivos de debate son amplios. Por un lado, sabemos que el Tribunal Superior de Justicia dictó sentencia reconociendo la improcedencia del despido del trabajador del Registro de la Propiedad, fijando una indemnización de 96.818 euros, y las demás consecuencias inherentes; posteriormente se dictó Auto de 3 de octubre de 2014 que declaró extinguida la relación laboral, y Auto transformativo de 3 de octubre de 2014, que cuantificaba el importe de los salarios de tramitación en un total de 70.308,60 euros. Una indemnización muy cuantiosa.

Por escrito de febrero del año 2015 el actor D. Roque solicitó la ejecución de la sentencia y de los Autos indicados, pidiendo liquidación de intereses y costas, resuelto por auto de 24 de marzo de 2015, en el que se acuerda despachar ejecución por las cantidades que constan (siendo la indemnización y los salarios de tramitación las cifras antes indicadas) incluyendo intereses y gastos.

El Tribunal Supremo afirma que reconocida la improcedencia del despido, los intereses procesales se devengan desde la fecha de la sentencia, pues el trabajador tiene derecho a que se le abonen intereses por la indemnización desde la fecha en que se fijó por primera vez, e igualmente tiene derecho a los intereses sobre los salarios de tramitación desde la fecha de la sentencia que declaró la improcedencia y no desde la fecha del auto que extinguió la relación laboral. En este caso la jueza de primera instancia declara erróneamente la extinción de la relación laboral como hemos visto anteriormente.

Por el empresario condenado se interpone recurso de casación para unificación de doctrina, al amparo del art. 219 LRJS, aportándose con el mecanismo dos sentencias de contraste. Los dos motivos de recurso que tienen como objetivo determinar la fecha desde la que se inicia el cómputo de los intereses procesales (regulado en el art. 576 LEC) de los salarios de tramitación (primer motivo) y de la indemnización por despido (segundo motivo de impugnación).

El Tribunal Supremo dice que para dilucidar acerca del primer motivo de recurso, relativo a la determinación de la fecha de inicio del cómputo de los intereses de los salarios de tramitación se aporta como sentencia de contraste la dictada por esta Sala del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2009 (R. 1767/2008). Es decir, el Tribunal Supremo se encarga de reiterar doctrina.

Entre las sentencias comparadas, es decir, la recurrida y referencial ha de apreciarse la existencia de contradicción por concurrir las identidades que exige el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por lo cual el recurso es admitido a trámite. Como fundamentos de la contradicción podemos encontrar los siguientes:

1. Hechos paralelos: en los dos casos se dictan sentencias que declararon la improcedencia de los despidos, siguiéndose el correspondiente proceso de ejecución, que finalizó con el dictado del Auto que declaraba extinguida la relación laboral y fijaba (la indemnización) y salarios de tramitación

2. Pretensiones y fundamentos: en los dos casos se debate acerca de la fecha de inicio del cómputo de los intereses procesales para el caso de los salarios de tramitación por aplicación del art. 576 LEC.

La doctrina correcta viene redactada en la STS de 21 de julio de 2009. La citada sentencia sostiene que los salarios de tramitación correspondientes al periodo que va de la fecha de la sentencia de instancia a la fecha del auto dictado en el incidente de readmisión deben devengar los intereses procesales del artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no desde el auto, sino desde la sentencia de instancia que declaró la improcedencia del despido.

El recurrente afirma que la infracción denunciada se produce "por no tener en cuenta los intereses devengados por los salarios de tramitación que transcurren desde la sentencia de instancia hasta la fecha de notificación del auto que extingue la relación laboral".

La afirmación es incorrecta a juicio del TS. Pero en el caso que nos ocupa la sentencia recurrida sí ha tenido en cuenta los salarios de tramitación devengados desde la sentencia de instancia al auto.

El Tribunal Supremo afirma que el devengo del interés de la cantidad líquida fijada como condena por una resolución judicial se produce desde que fue dictada en primera instancia. Es importante resaltar que la resolución que condenó al abono de los salarios de tramitación del periodo comprendido entre la sentencia de instancia y el auto resolutorio del incidente, no fue la sentencia que declaró la improcedencia del despido, sino el auto dictado en el incidente de ejecución.

El Tribunal Supremo se encarga de matizar sobre este razonamiento para que no haya una confusión entre intereses procesales (mora procesal) del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y los intereses moratorios sustantivos del artículo 1108 del Código Civil.

Para salvaguardar la seguridad jurídica, el Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso por parte de D. Raimundo y concluye diciendo que es a partir del auto que declara la extinción laboral cuando se empiezan a devengar intereses procesales, por tratarse del momento procesal en el que se fija la cuantía líquida respecto a los salarios de tramitación referidos desde la sentencia que declaró la improcedencia del despido y el auto que declara la extinción de la relación laboral, conforme al art. 576 LEC.

Se establece así que dies a quo para el devengo de los intereses correspondientes a los salarios de tramitación del periodo comprendido entre la sentencia que declara la improcedencia del despido y el auto que declara extinguida la relación laboral, es la fecha en la que se dicta el referido auto, el mismo auto que declara extinta la relación laboral.

## **5.9 LA STS 1244/2018 de 15 de marzo de 2018.**

En este asunto, la Sala Cuarta de nuestro Tribunal Supremo ha dirimido acerca del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa CLECE, S.A impugnando la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 27 de mayo de 2016.

En primera instancia, se estima la demanda interpuesta por Doña Emilia frente a la empresa CLECE S.A, declarando nulo su despido, con fecha de 1 agosto de 2015. El juzgado de lo Social condena a la entidad CLECE S.A a la inmediata readmisión de la trabajadora en las condiciones anteriores al despido, con expreso pronunciamiento acerca de los salarios de tramitación, ordenando su abono.



Doña Emilia, prestaba servicios para empresa CLECE, dedicada a las limpiezas técnicas, con servicios muy variados, en calidad de limpiadora, desde el 14 de febrero de 2011, percibiendo 1045 euros mensuales, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias correspondientes. Su tipo de contrato era indefinido fijo a tiempo completo.

Lamentablemente, a finales de julio de 2015 la empresa demandada comunicó a la actora mediante carta que se procedía a su despido disciplinario con efectos del 1 de agosto de 2015. El contenido de la carta, escueto cuanto menos, es el siguiente:

Señora Emilia, la Dirección de la empresa CLECE, S.A. ha tomado la decisión de proceder a su despido disciplinario con fecha de 1 de agosto de 2015, a tenor de lo previsto en el art. 54.1 y 2 e) y 58.1 del Real Decreto Legislativo 11/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, debido a que desde el 1 de mayo de 2014 hasta el día de hoy Ud. ha estado de alta en la empresa CLECE, S.A. un total de 453 días de los cuales exclusivamente ha estado en disposición de prestar sus servicios de forma efectiva durante un periodo de 164 días.

La empresa de limpiezas técnicas se escora en que existen evidencias de un rendimiento inferior al pactado, implicando una pérdida de rentabilidad y productividad para la empresa CLECE, S.A lo que motiva el despido a tenor del art. 54.2 e) del Estatuto de los Trabajadores.

La actora estuvo de baja, por un proceso de incapacidad temporal en de octubre de 2014, su diagnóstico médico era de trastorno depresivo grave, una enfermedad de la actora. Dicho proceso concluyó el un año después por agotamiento del plazo. El parte de alta es adjuntado a las actuaciones. La actora no ha sido representante sindical ni de los trabajadores.

En el caso que nos ocupa es de aplicación el Convenio Colectivo del Personal del Servicio de Limpieza del Hospital Lucus Augusti (HULA), de fecha 3 de abril de 2013. Posteriormente, el 18 de agosto de 2015 se celebra el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio Provincial de Mediación Arbitraje de la Xunta de Galicia, sin avenencia.

La empresa CLECE S.A, decide interponer recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dicta sentencia a finales de mayo de 2016 desestimando el recurso de suplicación interpuesto por CLECE SA frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Lugo, confirmando así la sentencia de instancia recurrida.

Por si fuera poco, el TSJ gallego decide imponer la condena en costas a la empresa CLECE S.A. La abogada de la entidad, no contenta con ello, decide interponer recurso de casación para la unificación de doctrina frente a la sentencia dictada en suplicación, alegando contradicciones acerca de la infracción del art. 4.2 c) y 55.5 ET en pronunciamientos similares sobre la incapacidad temporal por parte del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. El Ministerio Fiscal emite informe positivo acerca de la admisión a trámite de la demanda texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Recopilando hechos la trabajadora estuvo inmersa en situación de Incapacidad Temporal de octubre de 2014 a octubre de 2015 siendo víctima de un trastorno depresivo grave, y es despedida a finales de julio de 2015. Prestó servicios 164 días efectivos de los 453 que estuvo

de alta. En un primer instante el juzgado de lo Social dicta sentencia confirmada en suplicación considerando el despido nulo, por enfermedad asimilada a discapacidad.

En la sentencia de comparación emanada del Tribunal Superior se produce el despido cuando la actora se encuentra en el décimo día de incapacidad temporal derivada de accidente, estimando así el recurso de la empresa demandada y revocando la sentencia de instancia que había calificado como nulo el despido de la trabajadora, catalogando el mismo como improcedente ya que la decisión de despedir a la trabajadora en situación de incapacidad temporal no es una actuación dirigida a atacar su salud o el tiempo de su recuperación sino el derecho al trabajo, es decir a gozar de la suspensión del contrato durante la situación de baja por enfermedad o accidente, regulada en el artículo 45.1.c) del Estatuto de los Trabajadores.

Es doctrina procedente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya que a la vista de la doctrina del TJUE sentada en el caso Ring, se produce una nítida separación entre enfermedad y discapacidad. En la sentencia sobre el caso Ring se rechaza de manera contundente el hecho de que una enfermedad conforme el concepto de discapacidad.

Existen similitudes entre ambas resoluciones, ya que ambas empleadas se encontraban en una situación de incapacidad temporal en el momento de ser despedidas, sin embargo en la de contraste el despido se produce a los diez días de iniciar la situación de incapacidad, sin embargo, en la enjuiciada se comunica el despido a la trabajadora cuando se agota el plazo de incapacidad temporal.

La empresa se ampara en la disminución del rendimiento, pero el despido disciplinario es injustificable ya que ninguna responsabilidad por incumplimiento es imputable a la trabajadora cuando su ausencia se halla amparada por una incapacidad temporal.

Las bases para calificar un despido como nulo se encuentran sentadas en la STS de 24-9-2017. La citada sentencia se pronuncia acerca del principio de igualdad de trato y la discriminación, ya sea de forma directa o indirecta. El Tribunal Supremo afirma que existe discriminación directa cuando una persona es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga. Por el contrario, existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica pueda ocasionar una desventaja particular a personas que practiquen una determinada religión, tengan una discapacidad, posean una orientación sexual determinada, salvo que dicha práctica o criterio pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y los medios aplicables a esa finalidad sean adecuados y necesarios.

Es en este punto cuando la directiva 2000/ 78, de 27 de noviembre del año 2000 cobra un especial papel porque se erige como elemento de lucha contra la discriminación por motivos de discapacidad, ya que el concepto de discapacidad es distinto al de enfermedad.

En la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre del año 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación se señala el concepto de discapacidad. La discapacidad supone una “limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que suponen un obstáculo para que la persona participe en la vida profesional”.

Por lo tanto son conceptos que no se pueden equiparar de manera pura, el concepto de discapacidad debe incluir la probabilidad de que tal limitación sea de larga evolución.

En este caso, la situación de incapacidad temporal en la que se hallaba la trabajadora al ser despedida, y después de haber agotado el periodo máximo no nos permite identificarla con la noción de "discapacidad" distinta de la enfermedad.

El Tribunal Supremo afirma no es posible incardinar la baja temporal en un supuesto de discriminación causante de la nulidad del despido, sino calificar de improcedente el despido. La empresa CLECE S.A alega un componente disciplinario de la trabajadora, ausente en la actuación de la limpiadora.

Finalmente el Tribunal Supremo decide revocar la sentencia de instancia que calificaba el despido como nulo, calificándolo correctamente como improcedente, absolviendo a la empresa de las costas y condenando a la empresa a que a su libre opción readmita a la trabajadora o la indemnice en el plazo de 5 días, sin perjuicio de la responsabilidad del Estado en el pago de los salarios de tramitación en cuanto ésta exceda de noventa días hábiles.

## 6. CONCLUSIONES

Como hemos podido observar, la casuística sobre el despido improcedente es de lo más variopinta. En Madrid, existen 41 Juzgados de lo Social y es muy difícil para ellos recordar la técnica del autoprecedente. La abundancia de sentencias dispares es causada por el simple hecho de la cantidad de asuntos que pueden llegar a entrar a un juzgado. Resulta, que para ello nace el instituto de la conciliación previa en el ámbito laboral, precisamente para evitar ese aparatoso momento en el que tienes que encontrarte en el juzgado con tu antiguo jefe, o compañero al que no deseas ver.

Me encantaría que las empresas publicaran una lista completamente desglosada y esquematizada de los salarios brutos y netos de mujeres y hombres, categorizados profesionalmente, para que al menos así se hiciera verdaderamente efectiva la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de hombres y mujeres. Lista que debieran publicar, al menos internamente para el cumplimiento del Reglamento General de Protección de Datos.

En el momento de extinguir la relación laboral, consecuencia de un incumplimiento contractual del trabajador, el empresario saber que el despido es la sanción más grave que puede imponerse, por ello, es necesario que la conducta realizada quede subsumida, obligatoriamente, dentro de alguna de las causas recogidas en el Estatuto de los Trabajadores sobre despido disciplinario, y que al mismo tiempo cumpla con los requisitos de gravedad, culpabilidad, imputabilidad y afección a la esfera laboral.

Por ende, la validez de esta extinción se encuentra fuertemente vinculada al cumplimiento de determinadas exigencias formales, tanto en la notificación del despido, como en el

procedimiento posterior, que resultan esenciales para obtener una resolución que convalide la extinción de los tribunales.

Cuando el trabajador es consciente del despido y decide impugnar esa decisión empresarial las partes litigantes pueden llegar a un acuerdo en cualquier momento. Pueden llegar a un acuerdo en el procedimiento obligatorio de mediación que es previo a la vía judicial. También pueden llegar a un acuerdo antes de la vista o durante la misma. El trabajador está facultado para acumular la acción de reclamación de cantidad a la acción principal de despido.

La actividad probatoria en fase de juicio juega un papel crucial, puesto que las partes deben ser capaces de demostrar aquello que alegan, especialmente el empresario, ya que sobre él recae la carga de la prueba, teniendo que acreditar la veracidad de los incumplimientos contractuales que recogió en la carta y que fundamentaron el despido. La carta de despido se convierte en una pieza principal en el proceso, ya que no pueden ser alegados nuevos hechos posteriormente por el empresario.

En la jurisdicción social, la obtención e incorporación de las pruebas al procedimiento adquiere una especial relevancia. Me refiero a que las partes pueden valerse de cualquier medio válido en derecho, pero el ordenamiento laboral va más allá, permite una prueba muy amplia, permitiendo la aportación de grabaciones de vídeo, conversaciones telefónicas y transcripciones de mensajes instantáneos, sin necesidad de informar sobre este hecho, puesto que la contestación a la demanda es de forma oral en el juicio.

La figura del trabajador por cuenta ajena, como trabajador asalariado, se ha ido completando poco a poco en el ámbito laboral, a la vez que se publican distintos Convenios Colectivos. Las consecuencias que genera la declaración improcedencia del despido por parte de los tribunales sociales conllevan la elección libre para el empresario, entre indemnización o readmisión, excepto si el trabajador despedido es representante de los trabajadores, en este caso, la opción entre readmisión o indemnización le pertenece a él.

Pocos problemas plantea la readmisión (sólo en cuanto a fechas de efectividad). Más problemática es la indemnización, que conlleva una remisión obligada a los preceptos que la regulan en el Estatuto de los Trabajadores debido a la escasa regulación en este aspecto en los Convenios Colectivos Sectoriales.

La notable reforma laboral de 2012 da lugar a algunos cambios que afectan negativamente a los efectos generados por la improcedencia del despido. Por un lado, han quedado suprimidos los salarios de tramitación cuando el empresario elige otorgar una indemnización al trabajador. Por otra parte, se abarata el despido reduciendo la cuantía indemnizatoria de 45 días por año trabajado, con el límite máximo de 42 mensualidades, a 33 días por año, con el límite de 24 mensualidades.

Los problemas, comienzan a surgir cuando nos encontramos con el caso de trabajadores contratados antes del 12 de febrero de 2012. La idea del legislador en estos casos es mantener, la cuantía que les hubiera correspondido con la norma anterior, sin perjuicio de que queden afectados por la nueva en los años que excedan desde esa fecha, con una limitación de hasta

1260 días (42 meses). Este límite será de 720 días para todos los contratos celebrados tras la reforma.

Y es que llegados a este punto final, espero y deseo que vuestras piezas del puzzle hayan empezado a encajar. La intrahistoria es que el motivo de este trabajo, es porque mi abuelo fue despedido al menos 4 ó 5 veces y es duro tener que darle de comer a 4 hijos sin empleo y sin recursos. Mi abuelo empezó a hacer sus navajas de niño aprendiz en una cuchillería de Albacete haciendo las navajas por las noches para otro cuchillero. Y ese otro lo despide sin respetar los cauces legales. Ahora, algunos empresarios de la cuchillería en Albacete se dedican a comprar cuchillos y navajas en el extranjero y las venden aquí a precios exorbitantes aprovechándose de la denominación de origen. La fabricación se ha perdido.

Otra vez, fue despedido porque la empresa alegó causas objetivas no imputables a los trabajadores y fueron probadas. Posteriormente y para su jubilación mi abuelo llega a otra empresa grande como Cudeman, que sin lugar a dudas es de las más antiguas y con una fábrica inmensa. La cuchillería es un sector histórico en Albacete porque es de lo más casual para los albaceteños que algún antepasado se dedicara a ello y viviera de ello.

Espero que les haya gustado y les haya sido ameno.

## 7. Bibliografía

### **Bibliografía:**

SÁNCHEZ-RODAS C, GARRIDO PÉREZ E., El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral. Ediciones Laborum, 2015.

TARANCÓN PEREZ E, ROMERO RÓDENAS M<sup>a</sup> JOSÉ., Manual de modalidades de contratación laboral, Editorial Bomarzo, 2016.

MURCIA CLAVERÍA A, VALDÉS DAL-RE F., el despido en España tras la reforma laboral (2012-2014), Editorial Francis Lefebvre, Madrid, 2018.

BLANCO BÚA L., Aspectos principales del despido disciplinario, Santiago de Compostela, 2016.

DÍAZ PITA M<sup>a</sup> PAULA., Acceso a la Abogacía V, Materia Laboral, Editorial Tecnos, Madrid, 2018.

SERRANO MARTÍNEZ JOSÉ E., Legislación Social Básica, Ed. Civitas 36<sup>a</sup> Edición, 2017, pág. 171.

DURÁN LÓPEZ FEDERICO., La resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y el despido, 1990, pág. 120.

AGUILERA IZQUIERDO R., Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia, Aranzadi Editorial, Navarra, 1997, pág. 24.

PALOMAR OLMEDA ALBERTO., La extinción del contrato de trabajo, Practicum para Ejercicio de la Abogacía, Editorial Thomson Reuters, Pamplona, 2019 pág.210.

MARIN, E., El concepto de buena fe en el contrato de trabajo, Estudio de la buena fe. Edición número 1, Editorial La Ley, Madrid, 2007, pág. 119.

LÓPEZ CUMBRE, LOURDES. La rebaja del cálculo de la indemnización por despido, 2016, pág. 1.

MONEREO PÉREZ, J-L., MOYA AMADOR, R., SERRANO FALCÓN, C., *Manual de derecho procesal laboral: teoría y práctica*, Tecnos, Madrid, 2017, pág.25.

### **Blogs jurídicos:**

Euro Innova

### **Fuentes Jurídicas:**

Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal.

Ley Orgánica 5/200 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Resolución de 24 de mayo de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registran y publican las tablas salariales definitivas para 2018 y las provisionales para 2019 del Convenio Colectivo estatal de las industrias lácteas y sus derivados.

Resolución de 26 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio Colectivo de los Registradores de la Propiedad y su personal auxiliar.

Resolución de 21 de Septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo general del sector de la construcción.

Resolución de 23 de diciembre de 2014 de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de la Federación Farmacéutica.

Resolución de 7 de junio de 2017 de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio Colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal.

### **Jurisprudencia:**

#### Jurisprudencia Nacional

Tribunal Supremo. (Sala de lo Social). Sentencia núm. 715/2019 de 14 de febrero.

Tribunal Supremo. (Sala de lo Social). Sentencia núm. 1887/2019 de 27 de mayo.

Tribunal Supremo. (Sala de lo Social). Sentencia núm. 5634/2014 de 18 de febrero.

Tribunal Supremo. (Sala de lo Social). Sentencia núm. 1244/ 2019 de 15 de marzo de 2018.

Tribunal Supremo. (Sala de lo Social). Sentencia núm. 1752/2016 de 8 de marzo.

Tribunal Supremo. (Sala de lo Social). Sentencia núm. 539/2019 de 28 de enero de 2019.

Tribunal Supremo. (Sala de lo Social). Sentencia núm. 893/2016 de 18 de febrero de 2016.

Tribunal Supremo. (Sala de lo Social). Sentencia núm. 3244/2019 de 1 de octubre de 2019.

Tribunal Supremo. (Sala de lo Social). Sentencia núm.1330/2006 de 3 de Julio de 2007.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-96/17, de 25 de julio de 2018

Audiencia Nacional. (Sala de lo Contencioso). Sentencia núm. 356/2019 de 6 de febrero de 2019.

#### Tribunal Supremo

### **Revistas Digitales:**

LORENZO PABLO., “El despido colectivo, claves prácticas de un ERE” en Revista Digital INESEM, 2018, pág.2.

MANEIRO VAZQUEZ Y., “La acumulación de autos en el proceso laboral”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, Nº 292, 2007.

LOUSADA AROCHENA JOSÉ FERNANDO., “La acumulación de acciones, procesos, recursos y ejecuciones en la ley reguladora de la jurisdicción social”, *Revista Aranzadi Social*, Nº 3, Junio, 2013, p. 7.

HERNÁNDEZ QUEREDA A., “Acumulación de las acciones de resolución de contrato y despido”, Revista Dialnet, pág. 56.

MANEIRO VAZQUEZ Y., “La acumulación de autos en el proceso laboral”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, N° 292, 2007.

### **Periódicos Digitales:**

La reforma laboral que entró en vigor ayer amplía el despido y recoge la movilidad funcional y geográfica, en periódico *el País*, 14-06-1994.

MESA MACAME., Un juzgado declara la improcedente el despido de una administrativa que fue despedida por un robot, en periódico *el País*, 27-09-2019.

GIL PLANA, J., “Las faltas injustificadas o de puntualidad al trabajo como causa de extinción de los contratos”, *Actualidad Laboral, N° 12, Sección Monografías de Jurisprudencia, Diario La Ley*, 2005, pág.35.

El Constitucional respalda el despido de un trabajador si falta a su empleo aunque sus ausencias estén justificadas. RTVE, 30-10-2019.