

FACULTAD DE DERECHO  
CONSEJERÍA DE CANTABRIA



**Trabajo de Fin de Máster**

**CURSO ACADÉMICO 2021-2022**

**EVOLUCIÓN HISTÓRICO – ANALÍTICA  
DEL DESPIDO DISCIPLINARIO EN ESPAÑA**

**Historical and analytical evolution of disciplinary dismissal in Spain**

***MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA PROFESIÓN DE ABOGADO POR LA  
CONSEJERÍA DE CANTABRIA***

***(EN COLABORACIÓN CON EL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE  
CANTABRIA)***

**Autor: Iván del Río Quirós**

**Febrero de 2022**

**Tutora del TFM: Belén Alonso Rincón.**

## ÍNDICE.

|                                                                                                                                                             |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Introducción.....                                                                                                                                        | 4  |
| 2. Evolución histórica de las relaciones laborales en España.....                                                                                           | 6  |
| 2.1. El inicio de la regulación de las leyes laborales en España.....                                                                                       | 6  |
| 2.2. Primeras normas relativas al despido en España. Siglo XX.....                                                                                          | 7  |
| 2.3. El despido durante la dictadura franquista .....                                                                                                       | 8  |
| 3. El sistema de despido actual.....                                                                                                                        | 11 |
| 3.1. Transición y democracia. Introducción al sistema vigente.....                                                                                          | 11 |
| 4. El despido disciplinario en España. Regulación y análisis.....                                                                                           | 15 |
| 4.1. El despido disciplinario.....                                                                                                                          | 15 |
| 4.2. Naturaleza jurídica y concepto.....                                                                                                                    | 16 |
| 4.3. El despido disciplinario, desistimiento o resolución.....                                                                                              | 16 |
| 4.4. Causas tasadas del despido disciplinario. Concepto y análisis.....                                                                                     | 17 |
| - Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo..                                                                            | 18 |
| - La indisciplina o desobediencia en el trabajo.....                                                                                                        | 19 |
| - Las ofensas verbales o físicas.....                                                                                                                       | 20 |
| - La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza....                                                                            | 22 |
| - Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.....                                                                    | 24 |
| - La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo.....                                                                       | 26 |
| - El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo..... | 27 |
| 4.5. Requisitos formales del despido disciplinario.....                                                                                                     | 29 |
| 4.5.1. La necesidad de forma escrita. La carta de despido.....                                                                                              | 29 |
| 4.5.2. Los hechos que motivan el despido. Concreción y claridad.....                                                                                        | 31 |
| 4.5.3. La fecha de efectos del despido .....                                                                                                                | 33 |
| 4.5.4. La recepción de la carta de despido.....                                                                                                             | 34 |

|                                                                                                        |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 4.5.5. Especialidades procedimentales. Despido disciplinario a representantes de los trabajadores..... | 35 |
| 4.6. El requisito previo a la vía judicial. La conciliación laboral.....                               | 36 |
| 4.7. La impugnación del despido y su plazo.....                                                        | 38 |
| 4.8. La sentencia en despidos disciplinarios. Calificación del despido y consecuencias jurídicas.....  | 39 |
| - El despido procedente.....                                                                           | 40 |
| - El despido improcedente.....                                                                         | 41 |
| - El despido nulo.....                                                                                 | 45 |
| 5. Conclusiones.....                                                                                   | 53 |
| 6. Bibliografía.....                                                                                   | 56 |
| 7. Caso práctico. Despido nulo.....                                                                    | 60 |

## **1.- EL DESPIDO COMO PROCEDIMIENTO LEGAL Y FIGURA SOCIAL. INTRODUCCIÓN.**

La extinción del contrato de trabajo es siempre una materia polémica en una pluralidad de ámbitos. Desde las consecuencias jurídicas pasando por las sociales, personales y políticas, el despido ha sido una figura no exenta de debates a la largo de nuestra historia reciente. Pos su importancia en la sociedad de hoy en día el análisis tanto jurídico como histórico presenta de un especial atractivo pues nos ayuda a comprender la evolución de la tradición normativa presente en España, en especial desde el inicio de las regulaciones laborales. La figura del despido representa la más alta capacidad punitiva presente en el poder del empresario que supone la finalización del contrato de trabajo.

A modo de introducción muy breve podemos definir el despido como la **causa de extinción del contrato de trabajo por voluntad o a iniciativa del empresario más importante y más extrema de entre todas las causas**. Podemos asegurar que es **el instrumento de ajuste más drástico que pone el sistema a disposición del empresario dentro del marco jurídico laboral** frente a otros ajustes menos perjudiciales para los trabajadores como pueden otras sanciones laborales calificadas de leves, moderadas o graves. Entres estas destacan las reducciones temporales de jornada, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo o las suspensiones de empleo. Además dentro de la propia figura, el sistema establece una serie de tipos de despido distintos, con sus causas y procedimientos propios que analizaremos más adelante.

Dentro de la propia figura regulada del despido existen varios tipos todos ellos recogidos en las diferentes leyes reguladoras de las relaciones laborales en España. Es objeto de este trabajo realizar un análisis de la que por, su relevancia y cuantía, es el instrumento jurídico más utilizado para la extinción del contrato del trabajador: **el despido disciplinario**.

En primer lugar, realizaremos un breve estudio histórico de todas aquellas circunstancias influyentes en el desarrollo de la normativa laboral que perfila la actual regulación del despido disciplinario, pasando por todas aquellas etapas históricas de

relevancia citando la normativa más importante. Desde la regulación establecida por la Segunda República, pasando por la Dictadura Franquista y sus Leyes del Trabajo, hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978 con su respectivo Estatuto de los trabajadores de 1980 finalizando con el Texto Refundido de 1995 y sus numerosas e importante reformas, el despido ha estado presente en todas ellas como la **principal causa de extinción del contrato de trabajo**.

En segundo lugar, procederemos a realizar un profundo estudio de todas aquellas cuestiones, tanto materiales, como formales, que regulan el despido disciplinario actualmente. Veremos las casusas tasadas en el ordenamiento jurídico que dan lugar al nacimiento del derecho a la extinción del contrato por decisión del empresario con las correspondientes corrientes doctrinales y jurisprudenciales que han dotado de contenido a dichos motivos. Analizaremos la naturaleza jurídica del propio despido, así como todas aquellas exigencias formales requeridas por la normativa laboral que de forma obligatoria establecen el cumplimiento de una serie de requisitos que el procedimiento de despido debe seguir para ser considerado como procedente.

Por último, desarrollaremos un **caso práctico** derivado del análisis realizado en el propio trabajo que, desde un punto de vista real, nos permita visualizar de forma práctica la teoría plasmada en las siguientes páginas.

## **2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS RELACIONES LABORALES EN ESPAÑA. LA FIGURA DEL DESPIDO.**

### **2.1. El inicio de la regulación de las leyes laborales en España. Siglo XIX.**

Para abordar de raíz la figura del despido debemos viajar atrás en el tiempo, con el objetivo de conocer el origen de las leyes que configurarán el actual sistema que es objeto de nuestro análisis.

Podemos asegurar que el inicio de la regulación de las leyes laborales en España se remonta al siglo XIX, con el auge del **liberalismo** que propugna una férrea autolimitación del Estado en materia legislativa reducida a una función codificadora que resultará en los códigos generales, primero los **Códigos de Comercio** de 1829 y 1885 y el **Código Civil** de 1889. Dentro de este siglo destaca sobremanera su segunda mitad, especialmente los periodos enmarcados entre la I República (1883) y el fin de la Restauración borbónica (1923). Durante estos años en España comienza a legislarse para regular ciertos aspectos en materia laboral, destacando normas como la **Ley Benot de 24 de Julio de 1873**, que tenía como objetivo proteger a los menores de las abusivas condiciones de trabajo que padecían durante este siglo<sup>1</sup>. Esta ley, que por otra parte fue calificada como una de las menos cumplidas en la historia de España, se explica a través del auge de los **movimientos obreros** propios de la época. El principal problema del incumplimiento generalizado de esta ley sería su propio articulado que establecía la regulación de cuestiones fundamentales de la norma mediante reglamentos cantonales<sup>2</sup>, siguiendo la propia configuración territorial de la I República, reglamentos que nunca verían la luz por supuesto.

Siguiendo con legislación laboral más importante aprobada en el siglo XX es necesario resaltar lo relativo a la **Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de Enero de 1900** por su importancia histórica en lo que al Derecho del Trabajo se refiere. Esta ley

---

<sup>1</sup> La evolución de las relaciones laborales en el Estatuto de los trabajadores. CEOE. Disponible en: [http://contenidos.ceoe.es/resources/image/evolucion\\_relaciones\\_laborales\\_estatuto\\_trabajadores\\_2016.pdf](http://contenidos.ceoe.es/resources/image/evolucion_relaciones_laborales_estatuto_trabajadores_2016.pdf)

<sup>2</sup> Ley Benot, primera ley del derecho del trabajo en España. Disponible en: <https://www.uso.es/ley-benot-primer-ley-del-derecho-del-trabajo-en-espana/>

detalla ampliamente los elementos y circunstancias que se pueden dar en torno al accidente de trabajo, definición del accidente laboral, los sujetos y sectores a quienes va dirigida, las responsabilidades, la previsión, las reclamaciones, indemnizaciones o el seguro de accidente. También obligaba los empresarios a proporcionar atención médica a sus trabajadores en caso de accidente, lo que incentivó a las empresas a la creación de políticas sociales y dispositivos asistenciales médicos para sus trabajadores accidentados. En definitiva, a la entrada del Siglo XX en España se comienzan a configurar una serie de mecanismos legales en materia laboral que supondrán un avance para la protección de la clase trabajadora.

## 2.2. Primeras normas reguladoras del despido en el Siglo XX.

Una vez entrado el Siglo XX en nuestro país y como consecuencia de las guerras sufridas entre España y Cuba, primero, y Marruecos, después, así como de las diferentes revoluciones de tintes políticos en Europa, el general Miguel Primo de Rivera instaura un periodo dictatorial, tras ejecutar un golpe de Estado en Septiembre de 1923, que se mantendría hasta 1931. En lo que al derecho del trabajo se refiere destaca el **Código de trabajo de 1926**. El aspecto más importante a destacar en esta norma es el intento de regular todos los preceptos sobre el contrato de trabajo por lo que llama la atención la ausencia del concepto de **despido** dentro del propio texto. Esto se debe a que como podemos apreciar en su **artículo 18 y siguientes** la regulación de esta figura se concreta mediante el término '*terminación del contrato de trabajo*' en el que se establecen una serie de '*justas causas*'<sup>3</sup> tanto a favor del empresario o patrono como del trabajador para dar por finalizado el contrato.

Una vez finalizada esta primera dictadura llegamos al período comprendido entre 1931 y 1936 que corresponde a la **II República** ya que tiene una importancia trascendental en la regulación de las relaciones laborales incluyéndose el aspecto del despido. Esta época supone la constitucionalización de la relación laboral, la distribución competencial Estado – Regiones Autónomas y el reconocimiento del derecho a la libertad sindical. En cuanto a la normativa de mayor importancia destaca **La Ley de Contrato de Trabajo de 1931** que en lo que se refiere al despido en su **artículo 89** establece la terminación del contrato de trabajo en su apartado sexto por despido justificado del trabajador por el patrono siempre que medie justa causa, siendo

---

<sup>3</sup> Real Decreto-Ley de 23 de Agosto de 1926. Código de Trabajo. Artículo 21.

estas tasadas en el propio artículo con causas como por ejemplo las faltas repetidas e injustificadas al puesto de trabajo, los malos tratos, faltas de respeto, indisciplina y desobediencia<sup>4</sup>.

También cabe destacar y de manera no menos importante la **Ley de 27 de Noviembre de 1931 de Jurados Mixtos**. Este texto normativo además de introducir la exigencia de causa justa para despedir divide las causas de despido en dos: **Causas imputables al trabajador (disciplinarias)** y **causas no imputables al trabajador (por razones económicas de la empresa)**<sup>5</sup>. Por último cabe destacar la propia función de los jurados mixtos que tenían capacidad para decidir sobre la legitimidad del despido, así como la introducción de una **compensación económica** (indemnización) en caso de que se apreciara la falta de causa justa en el despido.

### **2.3. El despido durante la dictadura franquista.**

Una vez finalizada la II República y tras la Guerra Civil española se instaura el régimen dictatorial conocido como la **Dictadura Franquista** (1939-1975). Todos aquellos avances sociales alcanzados durante la República son sustituidos por la férrea disciplina autoritaria franquista. En este sentido se prohíben las manifestaciones colectivas del conflicto laboral o la mera sindicación, sin embargo podemos decir de las siguientes normas que más que una ruptura total de las leyes republicanas **las primeras normas franquistas en materia laboral suponen una continuidad con respecto a la normativa anterior** aunque siempre con el aspecto totalitario y controlador del nuevo régimen.<sup>6</sup> En este sentido es necesario hacer referencia a la primera norma de importancia en materia de despidos, la **Ley de Contratos de Trabajo (LCT)** de 26 de Enero de 1944, que se basa en la Ley de Jurados Mixtos de 1931, enumerando las causas del despido en 9 categorías bajo el epígrafe ‘despido justificado’. El aspecto más reseñable de esta ley era el amplio margen de maniobrabilidad interpretativa ya que no detallaba las faltas concretas ni el grado de gravedad de estas, dejando al empresario la posibilidad de concretar estos aspectos mediante su propia discrecionalidad o incluso mediante el régimen interno de cada empresa. De igual forma este hecho resultaba en un amplio margen de interpretación a los jueces que a su vez produciría situaciones de gran

---

<sup>4</sup> Ley de Contrato de Trabajo de 21 de Noviembre de 1931. Gaceta de Madrid número 326. Artículo 89.

<sup>5</sup> ÁNGEL MALO, M. La evolución institucional del despido en España. Una interpretación en términos de accidente histórico. Consejería de Salamanca. Pag 95.

<sup>6</sup> ÁNGEL MALO, M. La evolución institucional del despido en España. Una interpretación en términos de accidente histórico. Consejería de Salamanca. Pag 97.

incertidumbre para los trabajadores en aspectos como el procedimiento a seguir en el despido o los casos de negativa del empresario a la readmisión del trabajador en caso de despido injustificado<sup>7</sup>.

La situación descrita previamente se prolongaría hasta 1956, año en el que entra en vigor el **Decreto de 26 de Octubre de 1956**, ley que introduciría los aspectos básicos del sistema clásico de despido español franquista. Como puntos a destacar se introdujo **la carta de despido** con fecha y motivos, **la distinción entre despido disciplinario injustificado (hoy improcedente) y el nulo**, y la creación del **incidente de no readmisión** que basa su funcionamiento en el pago de una indemnización más elevada al trabajador a cambio de no tener la obligación de readmitirlo<sup>8</sup>. Esta última novedad es de suma importancia, puesto que suponía la introducción en nuestro país de lo que Miguel Ángel Malo denominaría como '*despido libre costoso*' ya que bastaba con cumplir con los requisitos de forma y el pago de una indemnización más elevada para realizar el despido con independencia de la causa de este<sup>9</sup>. En definitiva esta facilidad otorgada al empresario para reestructuración de sus plantillas mediante el despido corresponde a la necesidad del periodo histórico franquista post autárquico en el que las empresas españolas debían mejorar sus sistemas competitivos de cara a su introducción en el mercado exterior.

Todas estas normas se sistematizaron mediante **Textos Refundidos de procedimientos laborales** (TRPL) correspondiendo a los años 1958, 1963, 1966 y 1973. A modo de resumen de lo esencial, el régimen indemnizatorio ante un despido desde mediados de los 50 hasta la Transición Española era el siguiente:

- Declaración del juez de despido **disciplinario injustificado**: Readmisión o indemnización de hasta un año de salario. La elección es del empresario en empresas de menos de 50 trabajadores, en caso contrario la elección es del trabajador excepto que la empresa alegue el incidente de no readmisión en cuyo caso la indemnización se eleva hasta la cantidad de 4 años de salario.

---

<sup>7</sup> ÁNGEL MALO, M. La evolución institucional del despido en España. Una interpretación en términos de accidente histórico. Consejería de Salamanca. Pag 97.

<sup>8</sup> La historia del despido en España. Nueva Tribuna. Consultado el 20 de Julio de 2021. Disponible en: <https://www.nuevatribuna.es/articulo/economia-social/despido-espana/20150312105839113567.html>

<sup>9</sup> ÁNGEL MALO, M. La evolución institucional del despido en España. Una interpretación en términos de accidente histórico. Consejería de Salamanca. Pag 100.

En conclusión, el sistema clásico de despido español es introducido en nuestro país durante los años sesenta y setenta como consecuencia de los diferentes cambios sociales, culturales y económicos que corresponden a la necesidad de las empresas españolas de reducir costes, plantilla y aumentar la productividad con el objetivo de introducirse en los mercados exteriores debido a la finalización del sistema de economía basado en la autarquía.

### **3. EL SISTEMA DE DESPIDO ACTUAL.**

#### **3.1. Transición y democracia. Introducción al sistema vigente.**

Antes de entrar en las cuestiones concretas que regulan el sistema actual del despido en España vamos a proceder a perfilar los pilares básicos que establecieron dicho sistema con la finalización de la dictadura y la entrada de democracia en España.

En cuestiones laborales la primera ley que se regula en este periodo es la **Ley de Relaciones Laborales de 1976**, cuya principal característica era la eliminación de la figura del despido sin causa costoso así como el incidente de no readmisión, con el principal objetivo de dar estabilidad en el empleo en una época de continuos cambios. Sin embargo esta regulación sufriría un fuerte rechazo por parte de los empresarios<sup>10</sup>, hecho que llevaría a la aprobación de un nuevo **Real Decreto de Relaciones Laborales de 1977**, importante ya que cimentaría la bases de un nuevo tipo de despido, el **despido por causas objetivas**, encaminado a posibilitar la extinción de relación laboral por una causa económica pero de forma individual. Tras esto llega el cambio más importante introducido hasta la fecha puesto que entra en vigor el **Estatuto de los trabajadores de 1980**, pieza clave de la democracia, dirigido a la regulación de las relaciones laborales básicas de un mercado de trabajo estable dentro de un sistema político democrático. Dentro del tema de los despidos es importante recalcar que se introdujo **una fórmula fija de cálculo de las indemnizaciones por despido disciplinario improcedente** eliminando así la posibilidad de que un juez mediante su libre decisión fije dicha cantidad, **siendo dicha fórmula de 45 días de salario por año trabajado con un máximo de 42 mensualidades**<sup>11</sup>.

Dentro de la regulación establecida durante esta época es necesario destacar la aprobación de la **Ley 8/1988 de 7 de Abril sobre infracciones y sanciones en el orden social**. En virtud de la **teoría gradualista** de la culpabilidad y gravedad de las acciones de los trabajadores, estos serían **sancionados a través de un sistema de calificación dividido en infracciones leves, graves y muy graves categorizadas según el ámbito en**

---

<sup>10</sup> ÁNGEL MALO, M. La evolución institucional del despido en España. Una interpretación en términos de accidente histórico. Consejería de Salamanca. Pag 104.

<sup>11</sup> Ley 8/1980 de 10 de Marzo, del Estatuto de los Trabajadores. BOE número 64 de 14 de Marzo de 1980. Artículo 56.

**el que se produce la falta.** La competencia sancionadora corresponderá a la Inspección de Trabajo, o en sanciones de mayor cuantía al Ministerio de Trabajo. Se establece un sistema de graduación de la cuantía monetaria de las sanciones establecida según la gravedad de la infracción de menor a mayor respectivamente.

Esta ley es de suma importancia, pues pone en práctica **el principio gradualista de las sanciones e infracciones sirviendo como un mecanismo de freno a los empresarios que se ven obligados a acudir a esta ley antes de aplicar la medida más extrema de sanción**, el despido.

Una vez establecidas las bases del sistema actual de despido ya en democracia podemos avanzar hasta mediados de los 90 para apreciar otra reforma de calado en lo que a los despidos se refiere. En 1994 se realiza una **reforma del Estatuto de los Trabajadores** en la cual se construye la figura del despido objetivo por causas económicas tal y como lo conocemos hoy en día y que analizaremos en profundidad más adelante. A modo de resumen y en un contexto de crisis económica el Gobierno en poder, por aquel entonces el PSOE, intenta crear esta vía para facilitar los costes y el procedimiento de los despidos de los contratos indefinidos alegando estas causas económicas siempre que afecten a menos de un diez por ciento de la plantilla. En cuanto a la indemnización por este tipo de despido debemos acudir a una posterior **reforma del Estatuto de los Trabajadores de 1997**, en el que se establece la cuantía de la indemnización que hay que abonar en todo caso al trabajador despedido por esta causa, **en 20 días de salarios por año trabajado**<sup>12</sup>, con un máximo de 24 mensualidades, rebaja de la indemnización consensuada por los agentes sociales tras un periodo de negociación y con el objetivo de dar la posibilidad al empresario de acudir a esta vía cuando está en dificultades económicas y se dan ciertos requisitos establecidos en la Ley.

Las sucesivas reformas en el Estatuto de los Trabajadores durante los años 90 no alteran mayormente el sistema ya establecido en 1980 excepto lo nombrado anteriormente. Durante el periodo democrático el modelo de relaciones laborales goza de una mayor seguridad jurídica, eliminando la potestad discrecional de la que gozaban

---

<sup>12</sup> Ley 63/1997 de 26 de Diciembre de Medidas Urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida. BOE número 312 de 30 de Diciembre de 1997. Disposición Adicional Primera.

los jueces en la Dictadura a la hora de determinar las causas y la indemnización de los despidos.

Ya entrado el Siglo XXI nos encontramos con una importante reforma en cuanto a un aspecto del despido se refiere: Los salarios de tramitación. Los **salarios de tramitación** son las cantidades que el trabajador deja de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia<sup>13</sup>. En esta **Ley para la Reforma del Sistema de Protección de Desempleo de 2002** se establece la posibilidad de que el trabajador no tenga derecho a los salarios de tramitación si recurre el despido y es declarado como improcedente en el caso de que el empresario en los dos días siguientes al despido haya puesto a disposición del trabajador la indemnización por despido improcedente. En definitiva, esta reforma, de carácter liberal, propicia la fijación definitiva de un sistema de despido libre costoso.

En esta línea continúa la última gran **reforma laboral** acaecida en este país. En un contexto de profunda crisis económica del sistema capitalista, el gobierno del PP en el año **2012** aprueba esta ley encaminada a la reestructuración del sistema de empleo. Dicha norma, de carácter neoliberal, establece una serie de modificaciones como la creación del contrato de apoyo a los emprendedores (ya derogado), la prioridad aplicativa del Convenio Colectivo de empresa sobre los sectoriales o la eliminación de la 'última actividad' del convenio transcurrido un año desde el final de su vigencia si no hay acuerdo entre las partes.

En materia de despidos esta reforma se reviste de una especial importancia por varios motivos. En primer lugar se reduce la **indemnización por despido declarado improcedente: de 45 a 33 días por año de servicio**, con un máximo de 24 mensualidades, en lugar de 42, introduciendo el doble cálculo indemnizatorio para aquellos trabajadores sometidos tanto a la legislación anterior como a la nueva reforma<sup>14</sup>.

En segundo lugar se **abaratan y amplían las facilidades para el uso del despido colectivo e individual objetivo por causas económicas**. Esto es debido al

---

<sup>13</sup> Salarios de tramitación en caso de readmisión tras declaración judicial del despido como improcedente o nulo. Iberley. Consultado el 28 de Julio de 2021. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/salarios-tramitacion-5361>

<sup>14</sup> Los daños de la reforma laboral de 2012. Servicio de estudios de la confederación de UGT. Consultado el 15 de Agosto de 2021. Disponible en: [reforma-laboral-de-2012-ugt\\_0.pdf](#)

establecimiento de una serie de medidas más laxas a la hora de considerar la existencia de una de estas causas económicas, ya que es suficiente con la reducción de los ingresos o de las ventas durante tres trimestres consecutivos<sup>15</sup>. Además también se suprime la necesidad de autorización administrativa a la hora de declarar un despido colectivo.

Por último **se elimina el pago de los salarios de tramitación** en aquellos casos en los que el trabajador recurra el despido y sea declarado improcedente siempre que la empresa no opte por su readmisión.

Esta reforma es sin lugar a dudas la más regresiva para los derechos de los trabajadores tanto en materia de despidos como en los restantes. Facilita el despido, lo abarata para la empresa y lo encarece para los trabajadores, que ven además como se les dificulta su inserción en el mercado laboral.

Por último, debemos analizar la **nueva reforma laboral de 2022** pendiente, pero de probable, aprobación definitiva este jueves 3 de febrero introducida por el actual gobierno de coalición en el poder. Esta reforma, consensuada con los agentes sociales mediante periodos de negociación tiene como objetivo reducir el problema de la temporalidad en la contratación y devolver el equilibrio a la negociación colectiva. En materia de despidos es importante indicar que esta reforma deroga la disposición adicional decimosexta del Estatuto de los Trabajadores que permitía acometer despidos por causas económicas en las administraciones públicas, aunque sin duda, la reforma más importante en esta materia es la incorporación de la figura del ERTE a la legislación ordinaria tras el periodo de pandemia como manera de frenar los despidos como consecuencia de la difícil situación económica. Esta incorporación se realizará mediante un procedimiento de tramitación del ERTE más sencillo así como en la creación de una figura similar al ERTE destinada a hacer frente a crisis cíclicas o sectoriales.

En conclusión, **las exigencias formales y causales para declarar válido el despido han transformado el inicial despido libre –ad nutum– introducido en España en los años 60 en una institución formal y causal –ad causam–**. La técnica que sobrevive actualmente conjuga la enunciación de una causa genérica –incumplimiento contractual

---

<sup>15</sup> MONTES A. MIGUEL. Análisis socioeconómico de la reforma laboral de 2012. Rebelión. Consultado el 12 de Agosto de 2021. Disponible en: <https://rebelion.org/analisis-socioeconomico-de-la-reforma-laboral-2012/>

grave y culpable– con la enumeración de unas causas específicas heredadas de la tradición legislativa de nuestro ordenamiento jurídico.

#### **4. EL DESPIDO DISCIPLINARIO EN ESPAÑA EN LA ACTUALIDAD. REGULACIÓN Y ANÁLISIS.**

Una vez citados los precedentes históricos que regulan la figura del despido en España así como analizados los requisitos formales y de procedimiento oportunos vamos a analizar cada uno de los tipos concretos de despido que se regulan en nuestro ordenamiento jurídico. Una vez más debemos enfatizar en el hecho de que el despido no es más que una **manifestación del poder de dirección del empresario** conferido por el artículo 38 de la Constitución, convirtiéndose este hecho en la sanción más grave que un empleador utiliza ante el incumplimiento del trabajador u otra causa tasada. Actualmente podemos citar tres tipos de despidos regulados en el Estatuto de los Trabajadores: **despido disciplinario, despido objetivo y despido colectivo**. A continuación procedemos a analizar en profundidad la figura de la que es objeto este trabajo, **el despido disciplinario**.

##### **4.1. EL DESPIDO DISCIPLINARIO.**

Como ya hemos podido ver, el Estatuto de los trabajadores faculta a los empresarios a sancionar a sus trabajadores en virtud de diversos incumplimientos. El despido disciplinario es por tanto, **la manifestación del poder de dirección del empresario en su forma más extrema**, convirtiéndose en un instrumento que tutela, de manera privada, el deber de obediencia del trabajador a las órdenes del empresario, sancionando conductas e incumplimientos reprochables a los trabajadores cuando llegan a niveles de elevada gravedad y sirviendo además como un elemento intimidatorio y preventivo de dichas conductas<sup>16</sup>.

##### **4.2. Naturaleza jurídica y concepto.**

---

<sup>16</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y SERRANO FALCÓN, C. El nuevo Estatuto de los Trabajadores. *Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*. Pag. 844

A modo introductorio podemos afirmar que el fundamento del despido disciplinario, que es utilizado para que el empresario extinga el contrato de trabajo, se basa en un **incumplimiento del trabajador grave y culpable de una causa tasada en el ordenamiento**. Dicho incumplimiento debe ser por tanto imputable al trabajador, es decir, ese acto debe ser atribuible al dolo o a la negligencia del mismo. En definitiva para que una conducta sea merecedora de despido disciplinario, la **empresa está en la obligación de aplicar tal medida cuando sea la proporcional y necesaria ante un incumplimiento doloso o negligente del trabajador que a su vez revista de suficiente gravedad para ser considerado como de inexcusable y trascendente**<sup>17</sup>.

Este concepto de despido pone sus bases en la **teoría gradualista de la gravedad** definida por la jurisprudencia, pudiendo afirmar por tanto que las más graves y culpables conductas llevadas a cabo por un trabajador desembocan en las medidas más drásticas y extremas que un empleador puede llevar a cabo, siendo esta el despido.

Podemos seguir perfilando la naturaleza jurídica del despido disciplinario haciendo referencia a este hecho como un **acto de extinción del contrato laboral que no opera de manera automática**. Afirmamos esto por el hecho de que una vez realizado el incumplimiento contractual la relación laboral no se extingue automáticamente, sino que esta acción faculta y legitima a una de las partes, el empresario, a promover el despido<sup>18</sup>.

#### **4.3. El despido disciplinario, desistimiento o resolución.**

El despido disciplinario como causa de extinción de la relación laboral se ha encontrado entre dos aspectos doctrinales diferenciados que pretenden definir su figura jurídica: el Desistimiento o la Resolución.

Para poder entender de qué figura se trata este despido debemos diferenciar correctamente estos dos conceptos jurídicos. La jurisprudencia ha definido el **desistimiento** como la finalización del contrato por la expresa y soberana voluntad de uno de los contratantes que no desea continuar con el desarrollo del vínculo contractual. La **resolución**, por otra parte, modalidad de ineficacia del contrato por causa

---

<sup>17</sup> Incumplimiento grave y culpable del trabajador como causa del despido disciplinario. Iberley. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/incumplimiento-grave-culpable-trabajador-causa-despido-disciplinario-7271>

<sup>18</sup> OLEA ALONSO, E y CASAS BAHAMONDE, M. Derecho del Trabajo. (2002). Página 455.

sobrevenida con posterioridad a su perfección, se produce cuando alguna de las partes incumple sus obligaciones, incurriendo así bien en las causas de resoluciones previstas contractualmente. Es por tanto una institución siempre causal.

Para poder aproximar el despido disciplinario a una de estas figuras es imprescindible por tanto delimitar si dicha figura es o no producida por una causa tasada. El Derecho del Trabajo Español, como hemos visto a lo largo de su evolución, ha sido capaz de acotar el tipo de despido realizado de manera inmediata y en base al poder absoluto y discrecional del empresario (despido *ad nutum*). En consecuencia podemos afirmar que la **figura del despido disciplinario se acerca más a la resolución que al desistimiento**<sup>19</sup>. Esto es así, puesto que en su propia definición, la ruptura del contrato de trabajo por decisión unilateral del empresario fundada en un incumplimiento previo del trabajador, **la causa que establece la resolución contractual es el propio incumplimiento previo del trabajador**. Es importante destacar una vez más, que el propio incumplimiento del trabajador no extingue por sí solo el contrato de trabajo, si no que será necesario que el empresario ejercite la facultad de resolución que se le tiene conferida<sup>20</sup>.

#### 4.4. Causas tasadas del despido disciplinario. Concepto y análisis.

Por otro lado en cuanto a las **causas que justifican el despido disciplinario** es importante puntualizar que estas son tasadas, y por tanto deben entenderse siguiendo los principios de legalidad y tipicidad propios del orden jurisdiccional penal y del sancionador administrativo. Estas causas están redactas de forma amplia, entrando multiplicidad de opciones que dan lugar al despido, contenidas en el artículo 54.2 ET<sup>21</sup> y basadas en los principios rectores establecidos por el artículo 35 de la Constitución Española, el artículo 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Convenio número 158 de la OIT. Son las siguientes:

*‘2. Se considerarán incumplimientos contractuales:*

- a) Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.*
- b) La indisciplina o desobediencia en el trabajo.*

---

<sup>19</sup> ORTEGA LOZANO. P.G. (2018). *El despido disciplinario*. Tesis Doctoral. Consejería de Granada. Pag. 62.

<sup>20</sup> ALONSO OLEA, M.: *El despido*, pag. 149.

<sup>21</sup> Real Decreto legislativo 2/2015. Texto refundido del Estatuto de los Trabajadores. Artículo 54.2.

- c) Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos.*
- d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.*
- e) La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.*
- f) La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo.*
- g) El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.'*

## **1. Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.**

Las faltas repetidas e injustificadas al trabajo suponen la transgresión de los valores más básicos que afectan a la relación laboral: la efectiva ocupación del puesto así como la realización de sus funciones. Este hecho que da lugar a la frustración del objeto y finalidad del contrato es considerado como un incumplimiento contractual que da lugar a la extinción del mismo como consecuencia del deterioro del deber de diligencia del trabajador<sup>22</sup>. A grandes rasgos debemos diferenciar los dos conceptos que establece el artículo. Por un lado tenemos las faltas de asistencia, que suponen la desocupación total del puesto de trabajo durante la jornada laboral, y por otro, la falta de puntualidad que supone la ausencia del trabajador en su puesto durante una parte de su jornada.

El principal problema que nos plantea este precepto es la **indeterminación de la cuantificación numérica de esas faltas** que justificaran la extinción del contrato. Para abordar este tema debemos acudir a construcciones jurisprudenciales que determinan una serie de pautas. En primer lugar las faltas han de ser analizadas en el momento en que se realizan, la justificación por la que se realiza y la consecuencia que dimana de la misma. Este análisis se debe realizar a fin de determinar la sanción laboral correspondiente en virtud del principio gradualista. Elementos como los factores humanos, datos objetivos y subjetivos y la proporcionalidad entre la falta y la sanción deben tenerse siempre en cuenta<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico. Pag.70

<sup>23</sup> Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo. Iberley. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/faltas-repetidas-injustificadas-asistencia-puntualidad-trabajo-64593>

Como hemos dicho, el artículo regulador de este incumplimiento muestra indeterminación a la hora de establecer la cuantía necesaria para proceder al despido. En primer lugar deberemos acudir al **Convenio Colectivo** aplicable a cada caso para ver si este se pronuncia o relaciona las faltas de asistencia y puntualidad como faltas graves de ese puesto. Por otra parte, siguiendo la jurisprudencia podemos asegurar que **una falta de asistencia injustificada de tres días consecutivos, parece ser suficiente para comunicar el despido** y en último término será el Juzgado de lo Social el que determine si las faltas acaecidas pueden o no dar lugar al despido en atención a las circunstancias ya mencionadas.

## **2. La indisciplina o desobediencia en el trabajo.**

La segunda de las causas tipificadas en el artículo 54 ET hace referencia a dos causas de despido: la indisciplina y la desobediencia. Nos referimos por separados a estas causas puesto que la Jurisprudencia ha moldeado dos definiciones diferentes, aunque con evidentes similitudes, de cada uno de los conceptos.

La **indisciplina la podemos definir como la actitud de rebeldía abierta y enfrentada contra las órdenes del empresario y el incumplimiento consciente y querido de las obligaciones del contrato de trabajo**<sup>24</sup>. La **desobediencia** por su parte es el incumplimiento de una orden clara y concreta de un superior, y **para que opere como causa de despido debe ser injustificada, grave y culpable**<sup>25</sup>. A pesar de que estas dos causas han recibido diferente definición ambas pueden ponerse en conexión con la causa tasada en el artículo 54.2. d) dando lugar a la construcción jurisprudencial denominada como *‘teoría general de los incumplimientos contractuales de desobediencia, transgresión de la buena fe y abuso de confianza en el desempeño del trabajo’*<sup>26</sup>. Esta construcción nace a partir de la afirmación que consiste en que cuando no se cumplen con las obligaciones concretas exigidas en el puesto de trabajo se están violando tanto el deber de obediencia como el deber de buena fe en la relación laboral.

A la hora de comprobar si el empresario está aplicando correctamente esta causa en un despido debemos tener en cuenta que sus órdenes e instrucciones se presumen

---

<sup>24</sup> La indisciplina y desobediencia en el trabajo. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/indisciplina-desobediencia-trabajo-64596>

<sup>25</sup> La indisciplina y desobediencia en el trabajo. Iberley. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/indisciplina-desobediencia-trabajo-64596>

<sup>26</sup> Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Sala de lo Social. Sentencia número 274/2000 de 21 de Febrero de 2000. Fundamento de derecho tercero.

legítimas. El trabajador no puede ignorarlas ni desobedecerlas a menos que por su naturaleza y significación, **afectan a la dignidad y respeto debidos al trabajador, en caso de órdenes que afecten a la vida privada del trabajador, o cuando concurren situaciones de peligrosidad física para el trabajador**<sup>27</sup>. Siguiendo este razonamiento es de suma importancia que el trabajador siga la regla **‘obedece y luego reclama’** (*solve et repete*) debido a que si posteriormente no se pueden probar razones justificadas para la desobediencia se constituirá una infracción suficiente como para merecer el despido<sup>28</sup>.

En cuanto a la intención del incumplimiento por parte del trabajador, este puede ser tanto intencional o doloso como negligente con independencia del lucro personal del trabajador. Por último es necesario aludir a la **teoría gradualista** en este tipo de despido. Para que la desobediencia sea justificada esta debe ser **grave, trascendente e injustificada**<sup>29</sup>, constituyendo el despido como la más grave y extrema infracción en estas situaciones que deben ponderarse en función de las circunstancias por si una sanción de menor bagaje pudiera ser de aplicación al caso concreto.

### **3. Las ofensas verbales o físicas.**

Alcanzando el tercer incumplimiento tipificado por el artículo 54 del ET debemos señalar unas notas básicas relativas a este precepto. Nos encontramos ante una causa de despido amplia en varias de sus facetas. Primero porque **las ofensas verbales y físicas cubren todo un espectro de situaciones imaginables** que deberán ser calificadas bajo el principio gradualista para determinar su gravedad, y segundo, porque el mismo artículo incluye en su redacción a un grupo de **sujetos pasivos que son objeto de la propia ofensa**: el empresario, trabajadores de la empresa y sus familiares.

Esta causa de despido se relaciona directamente con la **protección del derecho a la dignidad** que consolida la Constitución española en su artículo 10 pero también entrelaza con el deber de respeto y disciplina que debe regir en la relación laboral entre

---

<sup>27</sup> Consecuencias de desobedecer las órdenes del empresario. Cuestiones laborales. Disponible en: <https://www.cuestioneslaborales.es/consecuencias-de-desobedecer-las-ordenes-del-empleado/>

<sup>28</sup> Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Sala de lo Social. Sentencia número 709/2002 de 12 de Abril de 2002. Fundamento de derecho segundo.

<sup>29</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 23 de Enero de 1991. Fundamento de derecho segundo.

el empresario y un trabajador y entre los propios trabajadores<sup>30</sup>. Por último también podemos observar como mediante el uso de ofensas queda en entredicho la finalidad del propio poder empresarial en cuanto a la organización jerárquica de la empresa e incluso el desprestigio del buen nombre de la empresa.

Primeramente, si hablamos de **ofensas verbales** nos referimos a expresiones, orales o escritas, que constituyen una ofensa moral para la persona que la sufre o recibe, considerándose también ofensivo el ataque injusto a una persona para perjudicarla en su honor o vejarse en su dignidad humana, realizando acciones dirigidas a la deshonra, el descrédito o el menosprecio de la persona ofendida<sup>31</sup>. No es necesario que la conducta sea reiterada, sino que el hecho constituya de la suficiente gravedad atendiendo a las circunstancias del caso concreto para que el despido sea procedente.

En este sentido, si nos referimos a las **ofensas físicas** debemos entenderlo como una agresión material de una persona a otra en la que el sujeto pasivo sea alguna de las personas comprendidas en el artículo 54. 2. c)<sup>32</sup>. Existe jurisprudencia que califica este tipo de ofensas siempre como de *‘un incumplimiento laboral grave y culpable determinante de la sanción de despido, pues tales conductas rompen la disciplina laboral y atentan contra las exigencias de la buena fe y mutuo respeto inherentes a la relación de trabajo alterando y perturbando la normal convivencia en el seno de la empresa’*<sup>33</sup>.

Para concluir debemos señalar una serie de **circunstancias** establecidas por criterios jurisprudenciales **que permiten atenuar la gravedad de la ofensa cometida** y que deben tenerse en cuenta a la hora de calificar dicha acción con el despido. Entre estas causas se encuentran: el arrebato u obcecación que perturbe las facultades intelectivas o volitivas del trabajador, los episodios de agresividad violenta fruto de una patología

---

<sup>30</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, pag. 186.

<sup>31</sup> Regulación del despido disciplinario por ofensas verbales o físicas al empresario. Iberley. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/regulacion-despido-disciplinario-ofensas-verbales-fisicas-1351>

<sup>32</sup> Ofensas verbales o físicas al empresario o a otras personas como causa de despido. Vlex. Disponible en: <https://vlex.es/vid/empresario-personas-501630886>

<sup>33</sup> Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo social. Sentencia número 9238/2008 de 11 de diciembre de 2008. Fundamento de derecho tercero.

psíquica y la constatación de situaciones de tensión límite entre agresor y agredido<sup>34</sup> (como la existencia de una discusión previa).

#### **4. La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.**

El artículo 54.2 d) ET regula considera un incumplimiento grave y culpable la transgresión de la buena fe contractual así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo. Este tipo de incumplimiento obedece a una **larga tradición histórica existente en España**, desde el Código de Trabajo de 1926 pasando por las Leyes de Contrato de Trabajo de 1931 y 1944, todas ellas han tipificado este tipo de **fraude, deslealtad o abuso de confianza** del trabajador para con su obligación con el empresario en tanto en cuanto debe prevalecer el deber de no quebrantar la buena fe y mantener la confianza con el empresario.

Todas estas definiciones se aúnan en el Estatuto de los Trabajadores bajo el concepto de *‘transgresión de la buena fe’* que no deja de ser una construcción jurídica similar a sus predecesoras pero que debe analizarse con ciertos matices. En primer lugar, debemos entender la ‘buena fe’ como a *‘un comportamiento socialmente esperado en función de convicciones éticas imperantes en la comunidad en consonancia con los valores de la moral, honestidad y lealtad en las relaciones de convivencia, de cuyas notas sobresale que se trate de una regla de conducta inherente al ejercicio o cumplimiento de los derechos’*<sup>35</sup>. Por tanto, de una manera generalizada debemos considerar **la transgresión de la buena fe como la actuación en contra de todos estos comportamientos sociales esperados basados en convicciones morales y principios éticos.**

---

<sup>34</sup> Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sala de lo social. Sentencia número 1168/2020 de 13 de Febrero de 2020. Fundamento de derecho tercero.

<sup>35</sup> La buena fe en el derecho civil. Wolter Kluwers. Disponible en: [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDc2NLtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAM8j2-zUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDc2NLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAM8j2-zUAAAA=WKE)

En el ámbito laboral está causa de despido es, sin lugar a dudas, **aquella que adolece de una profundidad teórica mayor**<sup>36</sup>, en el sentido de que, las implicaciones morales que derivan de la transgresión de principio éticos y morales instaurados en una sociedad pueden ser contados por infinitos, además de que, dichos incumplimientos, tienen una carga de relatividad y subjetivismo mayor a la hora de valorarse en un posterior conflicto. En cuanto **al abuso de confianza en el desempeño del trabajo**, la jurisprudencia ha considerado este concepto con un **sinónimo de la transgresión de la buena fe contractual, utilizado para aquellos casos de trabajadores que ocupan puestos de confianza dentro de una empresa** (directivos, cajeros, empleados del hogar) resultando en la no diferenciación de los términos en la práctica judicial<sup>37</sup>.

Al tratarse de una causa de despido en el que caben una amplia gama de actuaciones e interpretaciones, en primer lugar demos fijarnos en los deberes profesionales establecidos en el artículo 5 ET. Podemos afirmar que, toda conducta que infrinja dichos deberes puede ser considerada como una transgresión de la buena fe contractual que suponga un incumplimiento que, considerado el caso concreto, sea lo suficientemente grave para categorizarse como causa de despido disciplinario<sup>38</sup>. A continuación, tomando como referencia la jurisprudencia del Tribunal Supremo, podemos sentar una serie de bases en torno a la definición de transgresión de la buena fe contractual con el objetivo de identificar y definir esta causa de incumplimiento:

1. El principio de buena fe contractual es parte esencial del contrato de trabajo, en cuanto **prohíbe la realización de actos lesivos para los intereses del empresario y trabajador ajustándose dichos actos a reglas de lealtad y mutua confianza**<sup>39</sup>.

2. **La transgresión de la buena fe contractual está sujeta al principio gradualista**, pero esta será calificada como de grave y culpable en el momento en el

---

<sup>36</sup> La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo como causa de despido. Iberley. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/trasgresion-buena-fe-abuso-confianza-causa-despido-disciplinario-16521>

<sup>37</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, pag 41.

<sup>38</sup> RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. *La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido*. Pag. 548.

<sup>39</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia número 4591/2010 de 19 de Julio de 2010. Fundamento de derecho segundo.

que se rompan las reglas fidelidad, moralidad, integridad y honradez exigidas al trabajador en su puesto<sup>40</sup>.

3. El **perjuicio personal para la empresa o el lucro personal del trabajador**, no siendo factores determinantes, **ayudan a ponderar la gravedad de la transgresión**<sup>41</sup>.

4. La **negligencia en los deberes del cargo del trabajador son suficientes para considerar la existencia de transgresión de la buena fe**<sup>42</sup>.

Por último, a modo ejemplificativo y a vista de la gran dificultad y amplitud para considerar esta causa como de despido, citamos una serie de acciones que por su gravedad pueden encuadrarse dentro de la transgresión de la buena fe contractual: **deterioro grave de la imagen de la empresa a través de la libertad de expresión, el menoscabo en la esfera competitiva de la empresa, el lucro indebido del trabajador mediante el uso de su puesto de trabajo y de la propiedad de la empresa, la falta de diligencia, el abandono del puesto de trabajo o la intención voluntaria de ocasionar daños a la empresa o a personas relacionadas con ellas**<sup>43</sup>.

## **5. La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.**

El artículo 54.2 e) ET considera la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado como causa de incumplimiento contractual que da lugar al despido. Esta causa afecta directamente al rendimiento del trabajador en cuanto se presupone que su concurrencia implica **la vulneración del deber de diligencia establecido en el artículo 5.a) ET**<sup>44</sup>. Este rendimiento viene directamente ligado al tipo de actividad laboral que desarrolla cada trabajador, único en cada caso, por lo que, a la hora de aplicar esta causa de despido, será necesario disponer de una

---

<sup>40</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia número 4591/2010 de 19 de Julio de 2010. Fundamento de derecho quinto, sexto y séptimo.

<sup>41</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia número 4591/2010 de 19 de Julio de 2010. Fundamento de derecho quinto.

<sup>42</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia número 4591/2010 de 19 de Julio de 2010. Fundamento de derecho quinto.

<sup>43</sup> ORTEGA LOZANO. P.G. (2018). *El despido disciplinario*. Tesis Doctoral. Consejería de Granada. Índice.

<sup>44</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”. Pag. 946.

**prueba de datos cuantitativos** sobre el rendimiento del trabajador, que justifique la concurrencia de dicha causa.

Para que este tipo de causa sea procedente deberemos asegurarnos **que la disminución en el rendimiento no se ha producido por causas ajenas al trabajador o por causas no culpables del mismo**<sup>45</sup> (como ineptitud sobrevenida o falta de adaptación al puesto, que seguirán los cauces del despido objetivo).

En cuanto a los elementos propios que definen la concurrencia de esta causa, en primer lugar debemos hacer referencia a la **efectiva disminución del rendimiento**. Esta disminución requiere de un proceso de cuantificación con la actividad normal exigible con el objetivo de realizar una comparación<sup>46</sup>. Debemos atender a la actividad estipulada en convenio colectivo o en el propio contrato de trabajo y, a falta de estos, estaremos al contraste de rendimiento entre trabajadores para estipular cuál es el nivel de actividad normal.

En segundo lugar, debe observarse una **continuidad en la conducta**, que viene definida por una conducta prolongada en el tiempo, que no tiene porque ser ininterrumpida pero no puede ser meramente esporádica o casual.

Tercero, la disminución del rendimiento debe ser **voluntaria**, como ya hemos mencionado, no se puede producir por causas ajenas al trabajador o por causas no culpables del mismo.

Por último, se procederá a realizar una **ponderación de la gravedad que la disminución conlleva**, aplicando el principio de proporcionalidad y gradualidad entre la conducta causante y el castigo impuesto.

En definitiva, es especialmente relevante en este tipo de despido el **análisis individualizado del caso concreto** atendiendo a todas las circunstancias que puedan determinar el nivel de disminución de la actividad y su gravedad.

---

<sup>45</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia número 770/2008 de 28 de febrero de 2008. Fundamento de derecho segundo.

<sup>46</sup> Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado como motivo de despido disciplinario. Iberley. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/disminucion-rendimiento-trabajo-normal-pactado-causa-despido-disciplinario-521>

## 6. La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo.

El artículo 54.2 f) ET tipifica la embriaguez o toxicomanía habitual como causa de despido siempre que repercutan negativamente en el trabajo. Primero debemos delimitar la definición de las dos causas que señala este artículo. La **embriaguez** se define como la turbación pasajera de las potencias, consecuencia del exceso con el que se ha bebido vino u otro licor<sup>47</sup>. Por **toxicomanía** se entiende el hábito patológico de intoxicarse con sustancias que procuran sensaciones que suprimen el dolor<sup>48</sup>. La primera causa se encuentra tipificada en el ordenamiento jurídico español desde la Ley de Contratos de Trabajo de 1944, mientras que el concepto de toxicomanía se incluye posteriormente, en el ET de 1980.

Esta causa de despido tutela un bien jurídico relacionado directamente con el buen funcionamiento de la empresa. No se está castigando ni la buena moral, ni las costumbres de una o varias personas, sino que **el elemento clave es que dicha situación repercuta negativamente en cualquier aspecto del puesto de trabajo**<sup>49</sup>. Tanto la embriaguez como la toxicomanía conectan directamente con otras causas de despido, como la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza, ya que la habitualidad de estas conductas pueden ser consideradas como violadoras del deber de diligencia y confianza que mantiene el trabajador para con el empresario<sup>50</sup>. Es frecuente, además, que derivadas de estas dos situaciones, el trabajador afectado puede incurrir en otros tipos de incumplimientos contractuales como las ofensas verbales o físicas a trabajadores y empresario.

Es necesario puntualizar la equiparación de términos que realiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo entre la **embriaguez y el alcoholismo**. Este último término, aún teniendo un aspecto patológico, de enfermedad, **es considerado como equiparable a la**

---

<sup>47</sup> Embriaguez. Diccionario de la lengua española (RAE). Disponible en: <https://dle.rae.es/embriaguez>

<sup>48</sup> Toxicomanía. Diccionario de la lengua española (RAE). Disponible en: <https://dle.rae.es/toxicoman%C3%ADa>

<sup>49</sup> ORTEGA LOZANO, P.G. (2018). *El despido disciplinario*. Tesis Doctoral. Consejería de Granada. Pag. 296.

<sup>50</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: “Embriaguez habitual y toxicomanía” en: *Estudios sobre el despido disciplinario*. pag 302.

**embriaguez a la hora de utilizarlo como causa de despido disciplinario**<sup>51</sup>. Es una especie de equiparación jurídico-laboral de ambas circunstancias.

A la hora de justificar esta causa en un despido se debe atender a un componente de **habitualidad**, es decir, **a una situación persistente o común en la vida del trabajador**. Por otro lado, la averiguación por el empresario de estas circunstancias puede resultar bastante obvia debido a los signos visibles y externos propios del alcohol y las drogas.

En cuanto al componente esencial de esta causa, la necesaria **repercusión negativa en el trabajo a consecuencia de estas dos situaciones**, es fundamental que quede fehacientemente probada por el empresario mediante los datos y medios de prueba necesarios, puesto que, de lo contrario, el despido puede ser calificado como improcedente. Existe una corriente jurisprudencial que considera que la mera concurrencia de una de estas dos causas de forma habitual justifica el despido sin tener que probar la repercusión negativa en el mismo, pues su mera existencia es incompatible con el desempeño habitual de las funciones propias del trabajador<sup>52</sup>.

En conclusión, la embriaguez, el alcoholismo y la toxicomanía son causas de despido disciplinario siempre que ostenten una condición de persistencia en el tiempo, se den dentro del horario considerado de trabajo y se prueben las consecuencias negativas que se causan en las funciones propias del puesto de trabajo como consecuencias de ellas.

## **7. El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo.**

El artículo 54.2.g) ET introduce como causa de despido **el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa**. Esta causa fue introducida por el artículo 37.5 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, con el objetivo de llevar a cabo la transposición de las Directivas de la Unión Europea 2000/43/CE y 2000/78/CE.

---

<sup>51</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 3 de Junio de 1963. (Rj 2655).

<sup>52</sup> Embriaguez o toxicomanía habitual como causa de despido disciplinario. Iberley. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/embriaguez-habitual-toxicomania-causa-despido-disciplinario-64595>

Esta causa ha levantado cierta polémica al ser considerada abiertamente innecesaria por dos razones. La primera, cualquiera de las causas esgrimidas en el artículo puede ser redirigida a una de las causas ya tipificadas en este, como el de las ofensas verbales o físicas o la transgresión de la buena fe contractual<sup>53</sup>. La segunda es que no identifica de forma completa los sujetos pasivos receptores de las conductas mencionadas, limitando tal acoso al empresario y a los compañeros, excluyendo a clientes y a terceros del precepto, entrando otra vez el tema de la redirección de estas conductas hacia otro apartado del artículo 54.

En cuanto a los elementos objetivos de esta causa, el sujeto activo del acoso debe ser un trabajador de la empresa. Por su parte, el sujeto pasivo incluido en el artículo hace referencia al el empresario o a las personas que trabajan en dicha empresa. Cuando el acoso es proyectado a otro trabajador, se denomina como acoso horizontal o entre compañeros. Por otra parte está el acoso vertical, que es aquel proyectado en la figura del empresario<sup>54</sup>.

En cuanto a la definición de acoso, acudiremos a las principales normas reguladoras de estas situaciones. En primer lugar, el artículo 28.1.d) de la Ley 62/2003 indica por acoso la siguiente definición: ***‘toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo’***<sup>55</sup>. Por otra parte, atendiendo al segundo apartado del artículo, el acoso sexual, debemos acudir al artículo 7 de Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que establece el **acoso sexual** como ***‘cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo’***, mientras que **acoso por razón de sexo** es ***“cualquier comportamiento realizado en***

---

<sup>53</sup>ORTEGA LOZANO. P.G. (2018). *El despido disciplinario*. Tesis Doctoral. Consejería de Granada. Pag. 313.

<sup>54</sup>GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Despido por acoso*, en GORELLI HERNÁNDEZ, J: *El despido. Análisis y aplicación práctica*. Pag .158.

<sup>55</sup> Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Artículo 28.1.

***función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo***<sup>56</sup>.

En definitiva, como elemento común, es claro que en todas estas situaciones destacan las notas características de la existencia de una situación producida por un trabajador que tiene por finalidad atentar contra la dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo para el empresario o personas que trabajan en la empresa<sup>57</sup>.

En este tipo de despidos es importante establecer quién es el portador de la carga de la prueba a la hora de demostrar la existencia del acoso. Es el **empresario quien debe probar la existencia de la causa que alega como despido**<sup>58</sup>, valiéndose de los medios de prueba necesarios para ello y atendiendo en todo momento a los reiterados principios de culpabilidad, gravedad y proporcionalidad, valorando los antecedentes y circunstancias concurrentes en relación a la conducta del sujeto activo. En ocasiones esta prueba constará únicamente del **testimonio de la propia víctima**, el cual, según el Tribunal Constitucional, dicha declaración es hábil pero **exigirá una cuidada y prudente ponderación de su credibilidad en relación con todos los factores objetivos y subjetivos que concurran en la causa**<sup>59</sup>, entre otros, la credibilidad subjetiva derivada de las relaciones personales entre el trabajador y el testigo, argumentos lo más objetivos posibles, persistencia en la incriminación y la falta de contradicción en el testimonio.

---

<sup>56</sup> Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres. Artículo 7.

<sup>57</sup> ORTEGA LOZANO. P.G. (2018). *El despido disciplinario*. Tesis Doctoral. Consejería de Granada. Pag. 316.

<sup>58</sup> Seligrat González. V.M. *El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo*. VLex. Disponible en: <https://vlex.es/vid/acoso-razon-origen-racial-682426497>

<sup>59</sup> Acoso laboral o mobbing como motivo del despido disciplinario. Iberley. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/acoso-laboral-mobbing-motivo-despido-disciplinario-64594>

## 4.5. Requisitos formales del despido disciplinario.

### 4.5.1. La necesidad de forma escrita. La carta de despido.

Una vez analizadas la naturaleza jurídica y las causas que regulan el despido disciplinario queda establecer cuáles son los requisitos de forma que nos impone el ordenamiento para que el despido no sea calificado como de nulo o improcedente por los Tribunales.

Comenzando con los requisitos de forma relativos al despido disciplinario debemos hacer un análisis del **requisito esencial más importante para que este sea efectivo**: la carta de despido. Esta carta se refiere a la notificación necesaria dirigida al trabajador y regulada en el ET para el despido disciplinario

Empezando con su definición el propio Estatuto nos dice que *‘El despido deberá ser notificado por escrito a la persona trabajadora, habiendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efecto’*<sup>60</sup>. Esta exigencia legal no describe cuál debe ser la descripción exacta de los hechos que han motivado el despido, sin embargo mediante la construcción jurisprudencial podemos afirmar que dicha carta debe proporcionar al trabajador *un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa*<sup>61</sup>. Por tanto, en cuanto a su contenido y efectividad la carta tiene dos cometidos: uno, el de servir al trabajador el conocimiento de su despido así como sus circunstancias y dos, conocer la fecha a partir de la cual el despido surgirá efectos determinando así el inicio del cómputo del plazo para que el trabajador pueda presentar la correspondiente demanda.

En cuanto al lugar en el que debe notificarse el despido, no se exige ninguna regla expresa por lo que se presume que el lugar apropiado debe ser el **domicilio del trabajador o la propia empresa normalmente el domicilio que venga en la nómina o contrato**. Dicha comunicación debe ser **fehaciente** debiendo por tanto concurrir una recepción certera por parte del trabajador a través de un **medio idóneo** siendo los comúnmente aceptados la entrega en mano confirma clara de la carta o mediante la

---

<sup>60</sup> Real Decreto legislativo 2/2015. Texto refundido del Estatuto de los Trabajadores. Artículo 55.

<sup>61</sup> Requisitos y contenido de la carta de despido. Iberley. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/requisitos-contenido-carta-despido-10111>

presencia de testigos , por buro fax certificado con acuse de recibo o por conducto notarial<sup>62</sup>. Este requisito es esencial para la eficacia del despido puesto que el **incumplimiento del empresario de la comunicación formal al trabajador** sin haber agotado todas las vías posibles para que dicha situación llegue a sus oídos dará lugar a la improcedencia del despido<sup>63</sup>.

Es importante destacar la posibilidad que nos da el Estatuto a la hora de poder **subsana**r estos requisitos formales, en este caso al no haber cumplido la empresa con dichas condiciones, esta misma dispone de un plazo de **veinte días**<sup>64</sup> para realizar un nuevo despido desde el día siguiente al anterior realizado. Además para que este nuevo despido sea válido la empresa debe poner a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios y mantener el alta del trabajador en la Seguridad Social durante estos días.

Siguiendo esta línea debemos indicar que **tampoco serán reconocidos como procedentes aquellos despidos practicados de forma tácita**. Estos despidos tácitos tienen la particularidad de practicarse a través de conductas que revelan la voluntad del empresario de extinguir la relación contractual laboral pero que no se han manifestado a través de un acto recibido por el trabajador ni verbal ni escrito<sup>65</sup>. Para poder apreciar la concurrencia de este tipo de despidos debemos vigilar una serie de situaciones como la falta de ocupación efectiva del trabajador sin una causa aparente, privar al trabajador de sus obligaciones laborales, su prestación de servicios o incluso de su sueldo a través de actos claros, concluyentes y tangibles<sup>66</sup>.

Por último es necesario mencionar la única forma en la que no resultaría la forma escrita. Ha sido determinada por el Tribunal Supremo y se concreta en la **falta de llamamiento a los trabajadores discontinuos**<sup>67</sup>, pudiendo estos iniciar la reclamación

---

<sup>62</sup> Requisitos y contenido de la carta de despido. Iberley. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/requisitos-contenido-carta-despido-10111>

<sup>63</sup> Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Sala de lo Social. Sentencia número 32/2000 de 25 de enero de 2000. Fundamento de derecho tercero.

<sup>64</sup> Real Decreto legislativo 2/2015. Texto refundido del Estatuto de los Trabajadores. Artículo 55.2.

<sup>65</sup> TALENS VISCONTI, E y BLASCO PELLICER, A. La forma y el procedimiento del despido. 2018. Tirant Online. Capítulo 2, página 4.

<sup>66</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia número 785 de 18 de Mayo de 1990. Fundamento de derecho segundo.

<sup>67</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia número 1662/1994 de 6 de Febrero de 1995. Fundamento de derecho segundo.

del despido en el momento en el que el trabajador tuviera conocimiento de la falta de dicha convocatoria.

#### **4.5.2. Los hechos que motivan el despido. Concreción y claridad.**

Una vez constatada la necesidad de la forma escrita para la validez del despido disciplinario debemos resaltar la importancia de la concreción de los hechos claros e inequívocos que motivan el despido, como requisito que afectará a la calificación jurídica de este.

Dicha inclusión tiene como objetivo primordial **evitar la indefensión del trabajador** que, al conocer perfectamente los hechos que se le imputan, tiene la posibilidad de **preparar la defensa en un posterior juicio** y proponer la práctica de las pruebas que sean pertinentes<sup>68</sup>. Como punto a destacar debemos señalar el hecho de que la empresa, para justificar el despido, no podrá utilizar otros motivos distintos de oposición a la demanda que los contenidos en la carta dirigida al trabajador<sup>69</sup>.

En este sentido, debemos interpretar aquello que el artículo 55 ET indica en cuanto a los hechos que motivan el despido en la línea ya establecida y reiterada por el Tribunal Supremo en varias ocasiones: este artículo no impone una pormenorizada descripción de los incumplimientos que motivan el despido, pero sí que exige **que la comunicación proporcione al trabajador un conocimiento claro, inequívoco y suficiente de los hechos que se le imputan** de manera que este sea capaz de comprenderlos con el objetivo de una posterior impugnación, defensa en juicio y preparación de los medios de prueba necesarios.

Por otra parte, es necesario señalar las consecuencias derivadas de la **falta de concreción de los hechos en la comunicación al trabajador**. Ante esta falta de claridad no puede determinarse que el trabajador conocía de los hechos que se le imputan solo por la mera oposición y proposición de prueba en el posterior acto de

---

<sup>68</sup> TALENS VISCONTI, E y BLASCO PELLICER, A. La forma y el procedimiento del despido. 2018. Tirant Online. Capítulo 2, página 6.

<sup>69</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia número 785 de 18 de Mayo de 1990. Fundamento de derecho segundo.

juicio, es decir, esta oposición no se puede confundir con un expreso reconocimiento de unos hechos que no han sido determinados correctamente<sup>70</sup>.

Por último, es importante destacar el hecho de la **imputación de una conducta continuada en el tiempo que da lugar al despido disciplinario**. En este sentido reiterada jurisprudencia ha defendido la siguiente posición: **la concreción de la fecha en la que se produjeron los hechos puede no ser trascendente cuando se imputa una conducta grave y continuada al trabajador de manera que este tenga un conocimiento claro y cabal de que estos han sucedido**. Ejemplo de esto lo encontramos en Sentencias como la del Tribunal Supremo de 21 de Mayo de 2008 en la que se instó el despido de un trabajador por consumo de cannabis y la empresa no pudo concretar los días en los que dicha conducta se hubo producido declarándose el despido como procedente<sup>71</sup>. No obstante, la empresa debería siempre concretar el día y a ser posible la hora en la que han ocurrido los hechos que se imputan al trabajador en la carta de despido.

#### 4.5.3. La fecha de efectos del despido.

El artículo 55 ET nos exige otro requisito formal dentro de la propia carta despido para la validez de la misma: que conste la fecha en que el despido tendrá efectos. En este sentido no es necesario que la propia carta este fechada sino que **es imperativo que la misma fije el día en que la extinción de la relación laboral entra en vigor**. Desde el punto de vista de ambas partes este hecho ofrece cierta seguridad jurídica que permite establecer dos aspectos fundamentales<sup>72</sup>:

1. Establecer la fecha exacta en que la relación laboral llega a su fin.
2. Determinar el inicio del *dies a quo* del plazo de caducidad del que dispone el trabajador para impugnar la decisión del empresario, comenzando a correr dicho plazo en el día siguiente al cuál se hubiera producido el despido.

---

<sup>70</sup> TALENS VISCONTI, E y BLASCO PELLICER, A. La forma y el procedimiento del despido. 2018. Tirant Online. Capítulo 2, página 7.

<sup>71</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia número 528/2007 de 21 de Mayo de 2008.

<sup>72</sup> TALENS VISCONTI, E y BLASCO PELLICER, A. La forma y el procedimiento del despido. 2018. Tirant Online. Capítulo 2, página 9.

En principio no existe lugar a dudas si el empresario indicase una fecha concreta para la producción de efectos extintivos sin embargo se viene admitiendo jurisprudencialmente que **en caso de ausencia de fecha concreta la carta de despido es válida si de su redacción se desprende sin ningún género de dudas y claridad el momento en el que el trabajador esta despedido**. Frecuente es la utilización de expresiones como ‘a partir de la recepción del presente’, ‘desde el día de la fecha’ o ‘desde este mismo momento’.

En conclusión, **la parte empleadora es totalmente libre para determinar el día que convenientemente comienzan los efectos extintivos del contrato derivados del despido siempre que aparezca de manera expresa en la carta o no quepa ninguna duda de la iniciación de dichos efectos mediante las expresiones utilizadas**<sup>73</sup>. Por otra parte la omisión de la fecha de los efectos dará lugar a la calificación del despido como improcedente.

#### **4.5.4. La recepción de la carta de despido.**

La comunicación escrita del despido es un acto de extinción del contrato de trabajo cuya naturaleza es recepticia. Una muestra clara de ello es la exigencia que determina el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores imponiendo la notificación al trabajador del despido. Esta notificación o declaración de la voluntad del empresario **no necesita la conformidad o aceptación de la persona a la que se dirige la carta pero si es imperativo que dicho acto llegue a conocimiento de este**. El fin de este hecho es que el trabajador tenga un conocimiento fehaciente de la voluntad inequívoca del empresario y pueda reaccionar dentro del plazo establecido de forma correcta<sup>74</sup>.

Por otra parte para que se considere que el empresario cumple con su obligación de notificación este **debe apurar todas aquellas garantías formales utilizadas habitualmente que sean razonables para que su decisión llegue a manos del trabajador**<sup>75</sup>. Las formas habitualmente utilizadas son: la entrega personal al trabajador en el lugar de trabajo, en el domicilio o dependencias de la empresa o bien en el domicilio del propio trabajador afectado o como ya hemos dicho en el que venga

---

<sup>73</sup> Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Sala de lo Social. Sentencia número 402/2004 de 23 de Julio de 2004. Fundamento de derecho tercero.

<sup>74</sup> TALENS VISCONTI, E y BLASCO PELLICER, A. La forma y el procedimiento del despido. 2018. Tirant Online. Capítulo 2, página 10.

<sup>75</sup> Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Social. Sentencia número 3456/2010 de 11 de mayo de 2010. Fundamento de derecho único.

reflejado en el contrato de trabajo y nóminas. Cuando esto no ocurre podemos afirmar que el despido adolece de los defectos formales y que por tanto podrá ser declarado improcedente.

Por último, debemos analizar la situación ante la que nos encontramos para el caso de la comunicación escrita se notifique correctamente pero el trabajador se niegue a recibirla. Ante este hecho la carta se entenderá notificada siempre que existan hechos suficientemente concluyentes a partir de los cuales pueda establecerse la voluntad de extinguir la relación laboral por parte del empresario<sup>76</sup> o en el caso de no haber recibido la notificación al trabajador le conste la inequívoca voluntad del empresario de extinguir la relación laboral.

#### **4.5.5. Especialidades procedimentales. Despido disciplinario a representantes de los trabajadores.**

Los representantes de los trabajadores, delegados de personal y miembros del comité de empresa, ostentan una serie de garantías que tiene como objetivo preservar la libre y eficaz función para la cual están facultados, que, en definitiva, no es más que la imprescindible defensa de los intereses de los trabajadores. Estas garantías, establecidas en el artículo 68 ET y el artículo 10.3 LOLS, se articulan en torno a tres aspectos: la protección en el orden sancionador o disciplinario mediante el expediente contradictorio, protección en la no discriminación y la libertad para expresar su opinión como representante y por último **protección en el ámbito de la extinción laboral**, hecho que entraremos a analizar a continuación.

En cuanto a la protección del despido en representantes de los trabajadores debemos señalar que **las garantías protectoras de estos entrarían plenamente en juego para el caso de que la extinción contractual se basará en el desempeño de un cargo representativo o sindical, impidiendo que la decisión resolutoria adquiriera efectos extintivos**<sup>77</sup>. Sin embargo esta protección no es absoluta, la decisión empresarial de

---

<sup>76</sup> Tribunal Superior de Justicia de Murcia. Sala de lo Social. Sentencia de 8 de Noviembre de 1999. Fundamento de derecho tercero.

<sup>77</sup> Garantías frente al despido. Wolters-Kluwer. Disponible en: <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1>

despido disciplinario basado en una de las causas tasadas en el artículo 54 ET por incumplimiento grave y culpable afecta de igual forma a los representantes de los trabajadores, siendo este hecho una causa lícita de despido para el trabajador tenga o no condición de representante legal.

Por otra parte, una vez extinguida la relación laboral de un representante legal de los trabajadores es obligatoria la **apertura de un expediente contradictorio**. Este expediente tiene por objeto hacer saber a quien se pretende sancionar, los hechos específicos que se imputan y dar voz al representante para probar la falsedad de dichas imputaciones<sup>78</sup>. Una de las funciones de la apertura del expediente es la de establecer una vía previa más antes de acudir a la judicial, delimitando los hechos y motivos alegados por el empresario para el despido.

Los representantes de los trabajadores deben ejercer su defensa poniendo en práctica todos **aquellos medios de prueba que consideren pertinentes y oportunos**. En la celebración de la audiencia deben estar presentes, no solo el representante, sino los miembros del comité de empresa o delegados de personal.

#### **4.6. El requisito previo a la vía judicial: La obligatoriedad del acto de conciliación previo a la vía jurisdiccional.**

Una vez concluido el análisis de los requisitos formales relativos a hacer efectivo el despido disciplinario debemos enfocarnos en una exigencia anterior de obligado cumplimiento previo a la vía judicial y que es considerada como un método de resolución extrajudicial de conflictos: la conciliación obligatoria previa.

Esta conciliación consiste en la reunión de las partes que, ante un conflicto de carácter laboral, y ante un tercero, denominado mediador, buscan el objetivo de intentar alcanzar un acuerdo que resuelva sus problemas, evitando de esta manera acudir al Órgano Jurisdiccional competente. Dicho acto se lleva a cabo en los Organismos,

---

jTAAAUmJcwsLtbLUouLM\_DxbIwMDCwNzA7BAZlqlS35ySGVBqm1aYk5xKgADyXdfNQAAAA=  
=WKE

<sup>78</sup> Regulación del expediente contradictorio o disciplinario para el despido o sanción a miembros del comité de empresa o delegados sindicales. Iberley. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/regulacion-expediente-contradictorio-disciplinario-despido-sancion-miembros-comite-empresa-delegados-personal-13811>

públicos o semipúblicos establecidos al efecto en las diferentes Comunidades Autónomas.

Dicha conciliación se regula en los artículos 63 a 73 de la Ley de la Jurisdicción Social y como tal se incluyen dentro de este ámbito los conflictos originados entre una empresa y un trabajador derivados del contrato suscrito entre ambos, o con varios trabajadores, lo que dará lugar a un conflicto colectivo. Las materias en las que es obligatoria esa conciliación son casi todas, entre ellas todas las clases de despido, con excepción de los asuntos que exijan el agotamiento de la vía administrativa y versen sobre asuntos relativos a la seguridad social, los relativos a la impugnación del despido colectivo por los representantes de los trabajadores, disfrute de vacaciones y a materia electoral, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a los que se refiere el artículo 139, los iniciados de oficio, los de impugnación de convenios colectivos, los de impugnación de los estatutos de los sindicatos o de su modificación, los de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, los procesos de anulación de laudos arbitrales, los de impugnación de acuerdos de conciliaciones, de mediaciones y de transacciones, así como aquellos en que se ejerciten acciones laborales de protección contra la violencia de género, ya que no todos los temas laborales deben ir precedidos por la misma antes de ir al Juzgado de lo Social.

El Organismo de Mediación en Cantabria es el denominado Organismo de Resolución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ORECLA). Se deberá presentar la papeleta de conciliación correspondiente en forma de demanda, que va a determinar y fijar el objeto de conflicto de tal manera, que, de no llegarse a un acuerdo ante dicho Organismo, la demanda que se presente ante el Juzgado de lo Social no va a poder variar las pretensiones discutidas en el acto de conciliación, so pena de causar indefensión a la parte demandada que normalmente será la empresa.

En cuanto a la capacidad exigida para su presentación, esta es idéntica a la que se exige a los litigantes en un posible futuro procedimiento judicial, pudiendo además acudir con representante legal, o asesor, e incluso este solo en su lugar con una simple autorización al acto de conciliación.

Dicha asistencia es obligatoria para ambas partes derivándose una serie de consecuencias en caso de no asistir. Para el caso de que se el solicitante sea quien no comparezca en el acto y no medie causa justa que lo justifique se archivará el caso, teniéndose por no cumplido ese requisito legal si sigue con la reclamación ante el Juzgado correspondiente.

Si por el contrario no compareciera la otra parte, la demandada, se tendrá por intentada la conciliación sin efecto, pudiendo el juez apreciar posteriormente una temeridad o mala fe en caso de no justificar la falta de asistencia llegando al punto de imponer una multa en el posterior procedimiento judicial.

Si acuden las dos partes, el acto se puede cerrar con un acta de avenencia en cuyo caso se evitara el proceso judicial posterior, o, de no llegarse a un acuerdo, se emitirá sin avenencia, quedando abierta la vía judicial. En ambos casos se trataría de una certificación del acta firmada por las partes intervinientes que recogerá de lo ocurrido en dicho plan y que da fe de que el acto de conciliación se ha celebrado y cuál es su contenido.

Otro punto importante es el tema relativo a los plazos. Una vez presentada la papeleta de conciliación quedan suspendidos los plazos de caducidad para la acción de despido, que son 20 días desde que tiene efectos el mismo, reanudándose el cómputo al día siguiente de celebrada la conciliación o, en todo caso, transcurridos quince días desde su presentación, si no se hubiese celebrado todavía la misma en dicho plazo. Además también quedan interrumpidos los plazos de prescripción. Si por el contrario transcurren 30 días sin la celebración del acto y una vez presentada la papeleta, se tendrá por terminado el procedimiento y cumplido el trámite.

Por último debemos analizar cuáles son las consecuencias de la celebración del acto de conciliación. Por una parte tenemos la posibilidad de alcanzar un acuerdo entre las partes. La característica más importante de este acuerdo es su fuerza ejecutiva, es decir, es eficaz sin necesidad de ratificación ante el Juez o Tribunal, pudiéndose llevar a efecto a través del procedimiento de ejecución de sentencias. Si la conciliación acaba sin avenencia, o intentada sin efecto para el caso de que no haya acudido la parte

demandada, por tanto , queda abierta la vía judicial laboral con el objetivo de presentar una demanda consistente en los mismos hechos y partes que la conciliación intentada<sup>79</sup>.

#### **4.7. La impugnación del despido y su plazo.**

Una vez cumplidos todos los trámites formales necesarios previos a la vía judicial el trabajador tendrá derecho a impugnar la extinción del contrato ante los Tribunales de forma efectiva. Como todos los procedimientos, el ejercicio de este derecho está sujeto a un plazo, siendo este de **caducidad** según dispone el artículo 103.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Por caducidad entendemos que este derecho nace con un plazo de vida determinado por la ley para su ejercicio y que, si una vez terminado este plazo la acción no se ejercita, el derecho se extingue<sup>80</sup>.

**El plazo de ejercicio de la acción de impugnación del despido es de veinte días hábiles desde aquel en que se hubiera producido**, con la particularidad de que, a efectos del cómputo del plazo, el día en que se hubiere producido el despido no computa.

#### **4.8. La sentencia en despidos disciplinarios. Calificación del despido y consecuencias jurídicas.**

El despido disciplinario, una vez impugnado en plazo, es llevado a juicio a través de la vía judicial laboral. Siguiendo los principios propios del procedimiento laboral así como aquellos reguladores de la sentencia (publicidad, racionalidad, legalidad, seguridad jurídica y debido proceso) el proceso concluirá con la correspondiente resolución que califique el despido en función de su procedencia. En virtud de lo establecido en los artículos 55 y 56 ET y artículo 108 y siguientes LRJS el despido impugnado será calificado como **procedente, improcedente o nulo**. Estas tres

---

<sup>79</sup> Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Artículo 97.3.

<sup>80</sup> Caducidad en derecho civil. Wolters Kluwer. Disponible en:

[https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDcxMLtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzA7BAZlqlS35ySGVBqm1aYk5xKgDPAbBENQAAAA==WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDcxMLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA7BAZlqlS35ySGVBqm1aYk5xKgDPAbBENQAAAA==WKE)

calificaciones suponen un *numerus clausus* en cuanto no existe otro tipo de calificación posible a determinar por el órgano judicial.

Cada una de las tres calificaciones responde a una larga tradición histórica presente en España, junto a un desarrollo jurisprudencial amplio y consolidado. Como podremos observar **cada calificación tiene diferentes efectos vinculados a la misma** y corresponde al juez en cada caso determinarla después del examen, valoración y enjuiciamiento de todas las alegaciones, pruebas y datos del caso concreto.

### **1. El despido procedente.**

El despido procedente **ratifica la extinción del contrato de trabajo llevada a cabo por el empresario** con efectos en la fecha en la que se produjo el despido<sup>81</sup>. Esta procedencia implica el encuadre del despido dentro de las causas justificadoras de este, probando su merecimiento y eliminando cualquier tipo de consecuencia indemnizatoria al empresario respecto de la acción tomada.

El despido será calificado por el juez como de procedente cuando, en primer lugar, cumpla con todos los requisitos formales exigidos en el ordenamiento o en el convenio colectivo de aplicación y, en segundo lugar, cuando la decisión extintiva haya sido acatada según los principios sancionadores laborales, siguiendo el principio gradualista de la sanción y atendiendo a todas las circunstancias particulares del caso en concreto<sup>82</sup>. Por tanto serán necesarios los siguientes requisitos<sup>83</sup>:

- Que queden probados todos aquellos hechos que el empresario imputa al trabajador.
- Que estos hechos sean calificados como de faltas justificativas de despido disciplinario tipificadas en el Estatuto.
- Que estas faltas sean imputables al trabajador despedido mediante los datos y pruebas aportados.

---

<sup>81</sup> GONZÁLEZ GONZÁLEZ. A: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*. Pag 252.

<sup>82</sup> Ley 36/2011, de 10 de Octubre, reguladora de la jurisdicción social. Art. 108.1.

<sup>83</sup> MATORRAS DÍAZ-CANEJA. A: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*. Pag 75.

- Que se respete el principio de proporcionalidad y gradualidad de la sanción impuesta.

- Que estas faltas no hayan prescrito ni hayan sido sancionadas ya previamente.

Reiterando lo expuesto, declarada la procedencia del despido queda ratificada la decisión empresarial de extinción del contrato de trabajo sin ninguna posibilidad de reclamación de indemnización por parte del trabajador.

## **2. El despido improcedente.**

La improcedencia significa no ser conforme a derecho<sup>84</sup>. La improcedencia en la revisión judicial del acto resolutorio empresarial implica el considerar que la extinción del contrato de trabajo no debía de haberse producido<sup>85</sup>.

La improcedencia puede ser calificada por dos razones. La primera es la **improcedencia por una razón formal**, cuando el despido no cumple con los requisitos formales exigidos por la ley, y la segunda, la **improcedencia material o de fondo**, que es aquella que se da cuando los hechos imputados por el empresario no son justificativos de los motivos de despido tipificados en la ley. A la hora de entrar a valorar la improcedencia el juez deberá examinar, primero, los requisitos de forma y, segundo, el fondo del asunto.

El juez puede considerar la existencia de improcedencia en el despido por no ajustarse esta decisión al principio de proporcionalidad y gradualidad de la sanción, autorizando al empresario a imponer una sanción de menor gravedad<sup>86</sup> en caso de que esta no haya prescrito en el plazo de 10 días siguientes a la firmeza de la sentencia, siempre y cuando se de la previa readmisión del trabajador.

El despido improcedente no es una figura libre de polémica. Como hemos indicado anteriormente, esta figura puede llegar a legitimar lo que una parte de la doctrina define

---

<sup>84</sup> Improcedencia. RAE. Disponible en: <https://dle.rae.es/improcedencia>

<sup>85</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*. Pag. 106

<sup>86</sup> ORTEGA LOZANO. P.G. (2018). *El despido disciplinario*. Tesis Doctoral. Consejería de Granada. Pag. 480.

como el ‘**despido libre costoso**’<sup>87</sup>, en cuanto el empresario libremente puede decidir extinguir la relación contractual con el trabajador bajo ciertas consecuencias económicas aun cuando se acredite en vía judicial la inexistencia de la causa que el empresario aduce como legitimadora de su decisión.

En cuanto a las **diversas razones por las que un despido puede ser declarado improcedente por razones de forma** nos encontramos: Efectuar un despido verbal, remitir una comunicación escrita de despido que no cumpla con los requisitos legales en torno a la concreción y claridad de los hechos, la fecha de efectos o del despido, incumplir los requisitos especiales en torno a los representantes de los trabajadores (expediente contradictorio/audiencia), incumplimiento de los requisitos especiales contenidos en convenio colectivo aplicable al caso concreto.

Por otra parte, para que un despido sea calificado como de **improcedente por razones de fondo deberemos encontrarnos ante una de las siguientes causas**:

1.- La decisión empresarial de despido atenta contra los principios de gradualidad y proporcionalidad de la sanción, al no ajustarse esta a la gravedad de los hechos imputados al trabajador.

2.- Los hechos imputados al trabajador que fundamentan el incumplimiento no han sido probados por el empresario con la suficiente veracidad mediante el uso de los correspondientes medios de prueba.

3.- Las faltas imputadas al trabajador ya han sido sancionadas antes, atentando contra el principio sancionador *non bis in idem*.

4.- Las faltas imputadas al trabajador han prescrito antes de la fecha del despido.

Una vez el órgano judicial ha declarado como improcedente el despido debemos acudir al artículo 56.1 ET para comprobar las consecuencias derivadas del mismo “*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*

---

<sup>87</sup> PÉREZ-BENEYTO ABAD, J. J.: “Despido improcedente: supuestos y efectos. Especial referencia a los salarios de tramitación”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, pag. 235.

*períodos 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”.*

Y es que es la propia ley la que otorga al empresario esta facultad de opción entre readmitir al trabajador o pagar una indemnización en el caso de improcedencia. Este derecho a elegir encuentra su fundamentación en el **Convenio número 158 de la OIT** cuyo artículo 10 establece que si la Sentencia llega “*a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada*”

Existe una excepción relativa a la facultad de opción del empresario que se materializa en el **despido improcedente a un representante de los trabajadores** (unitario, delegado sindical o prevención), ya que, en este caso, el derecho de opción del empresario cede a favor de la elección escogida por el representante en pos de favorecer el desarrollo de las facultades de representación propias de su puesto<sup>88</sup>.

Si el empresario opta por el primero de los efectos, **la readmisión del trabajador**, debe ser comunicado por escrito en los diez días siguientes a la publicación de la Sentencia. En dicho escrito deberá quedar concretada la fecha de reincorporación al trabajo y deberán ser abonados todos aquellos salarios de tramitación a los que el trabajador tiene derecho.

Por otra parte, el empresario puede optar por **indemnizar al trabajador**. Esta indemnización por calificación del despido como improcedente encuentra su fundamento en el perjuicio causado al trabajador por la ilegítima decisión que toma el empleador a la hora de extinguir sin fundamento su relación laboral<sup>89</sup>. En nuestro país la cuantificación de la indemnización que le corresponde al trabajador está tasada *ex lege*

---

<sup>88</sup> MONTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, en: *Estudios sobre el despido disciplinario*, pag 523

<sup>89</sup> MONTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, en: *Estudios sobre el despido disciplinario*, pag 523

por lo que el cálculo total se realizará en base a los criterios contenidos en la ley, dotando de certeza y predictibilidad a este sistema. Esta opción otorgada al empresario encuentra su fundamento en el precitado artículo 10 del Convenio 158 de la OIT así como en el artículo 24.b) de la Carta Social Europea revisada de 1996 que obliga a reconocer el derecho a una compensación adecuada a aquellos trabajadores cuyo contrato se extinguen sin una causa justa.

En cuanto a las finalidades de la indemnización por despido improcedente, en primer lugar, debemos indicar su **carácter corrector**. La indemnización pretende, por un lado, beneficiar al trabajador tras el despido, y por otro, neutralizar las consecuencias derivadas de la ruptura de la relación jurídica<sup>90</sup>. También podemos indicar el **carácter punitivo** de esta compensación, puesto que el empresario es castigado con el pago de cierta cantidad por la decisión de extinguir el contrato sin fundamentación necesaria<sup>91</sup>.

Hablando de las características propias de la indemnización, esta no tiene carácter salarial, por lo que, no se incluye en la base de cotización a la seguridad Social y no genera interés de demora<sup>92</sup>. Además posee la cualidad de ser un mínimo de derecho necesario, esto es, que puede ser incrementado por Convenio Colectivo o mediante pacto de ambas partes en el contrato, aumentando los días de indemnización a percibir o el número total de mensualidades<sup>93</sup>. Por último, la indemnización por despido es un bien ganancial y a la hora de tributar está dispensado del Impuesto sobre la Renta de la Personas Físicas.

En cuanto al cálculo de la indemnización por despido improcedente, las circunstancias claves a la hora de determinar la suma total serán el salario del trabajador y la antigüedad en la empresa. En este sentido deberemos acudir al artículo 56.1 ET que indica *“una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos 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*

---

<sup>90</sup> ORTEGA LOZANO, P.G. (2018). *El despido disciplinario*. Tesis Doctoral. Consejería de Granada. pag. 508.

<sup>91</sup> ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo*, Madrid, Civitas. pag 134.

<sup>92</sup> MONTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*. pag 526.

<sup>93</sup> DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A: *Despido y jurisprudencia: La extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*. pag 113.

*efectivo en el trabajo*”. Sin embargo existe una particularidad en el cálculo de la indemnización que afecta a aquellos trabajadores con una antigüedad superior al 12 de febrero de 2012, día en el que entró en vigor la reforma laboral, por el que la indemnización se calculará conforme a 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades, dando lugar a situaciones en las que la cuantía de la compensación se deberá realizar conforme a **dos tramos**<sup>94</sup> diferenciados según la antigüedad del trabajador:

**- Primer tramo:**

Si la Indemnización resultante supera los 1260 días: El importe total de la indemnización a abonar será el correspondiente a 1260 días de salario (42 mensualidades). A este importe no se acumularán los días de indemnización calculados para el segundo tramo.

Si la indemnización resultante del primer tramo supera los 720 días y es inferior a los 1260 días: Ese número de días será el que se utilice para calcular el importe total de indemnización a abonar. Tampoco se acumulan los días calculados para el segundo tramo.

Si la indemnización resultante del primer tramo no supera los 720 días: Se respetará dicho importe y el mismo se sigue incrementando a razón de 33 días por año (del segundo tramo).

**- Segundo tramo:**

Siempre indemnización de 33 días por año trabajado hasta un máximo de 24 mensualidades.

### **3. El despido nulo.**

Para concluir con la posible calificación del despido disciplinario nos toca abordar un amplio análisis de la declaración de nulidad, tanto por la gravedad que comportan estos tipos de despido como por la importancia que veremos posteriormente en el caso práctico.

---

<sup>94</sup> El despido improcedente. Indemnización. Iberley. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/despido-improcedente-10451>

El despido nulo viene regulado en el **artículo 55. ET** que establece: ‘Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas del trabajador’.

En el ámbito laboral solo se puede dar un tipo de nulidad en el despido, **la absoluta**, que requiere de una previa impugnación judicial del mismo<sup>95</sup> y derivará en una absoluta ineficacia de la decisión extintiva realiza por el empresario. De igual manera, los órganos judiciales solo podrán acogerse a la calificación de un despido como nulo cuando se base en uno de los motivos incluidos en el artículo 55.5 ET y en el artículo 108.2 LRJS<sup>96</sup>.

Analizando el primer párrafo del artículo 55.5 ET los derechos susceptibles de vulneración, y por tanto de ser calificados como nulos son: el derecho a la no discriminación de los artículos 14 de la Constitución Española, 4.2.c) y 17.1 ET y 12 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador que comprenden todos aquellos incluido en los artículo 14 a 29 de la Constitución Española. Junto a estos derechos también serán calificadas como nulas aquellas situaciones en las que se aprecien una especial vulnerabilidad del afectado como son las enumeradas en los apartados a, b y c del artículo 55, que comprenden circunstancias biológicas y/o familiares, que entraremos a profundizar posteriormente. Por último la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género protege aquellas situaciones de acaecidas sobre víctimas de violencia de género que traten de compaginar su difícil posición con la vida laboral activa<sup>97</sup>.

En cuanto al plazo de impugnación, la caducidad establecida en el artículo 59.3 ET para el ejercicio de la acción por despido opera de igual manera en los supuestos de nulidad por violación de derechos de fundamentales y discriminación.

Es importante indicar que una vez que el órgano jurisdiccional dicta la declaración de nulidad de un despido esta adolece de efectos *ex tunc* es decir, desde que el mismo

---

<sup>95</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, pags 249 y ss.

<sup>96</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 27 de Enero de 2009. Fundamento de derecho tercero.

<sup>97</sup> Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Disposición adicional séptima.

acto extintivo tuvo su origen. Este efecto tiene como objetivo la *restitutio in integrum*, es decir la restitución íntegra del derecho perteneciente al su titular anterior a la situación discriminatoria<sup>98</sup>.

**1.- El despido nulo basado en razones discriminatorias** es el primer tipo de despido nulo que encontramos en el artículo regulador. Como hemos indicado anteriormente debemos acudir al artículo 14 CE para encontrar las situaciones en las que se puede basar la nulidad de un despido. En primer lugar este artículo condena aquellas situaciones que menoscaban al individuo en virtud de una condición o circunstancia personal o social siempre que tal situación no esté protegida por el ordenamiento de especial manera. Igualmente, la protección del artículo *‘no se agota, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación*<sup>99</sup>, que también determinarán la nulidad del despido basado en estas razones. En cuanto a las situaciones de despido, deberemos acudir al equivalente laboral del artículo 14 CE para identificar cuáles son las situaciones susceptibles de calificarse como nulas si se dan dentro de un ámbito de trabajo. Estamos hablando de los derechos que confiere el artículo 4.2 ET y que posteriormente son protegidos por el artículo 17 ET mediante la calificación de nulidad siendo estas *“situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español. Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”*

---

<sup>98</sup> Restitutio in integrum. Dialnet. Disponible en:  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5214047>

<sup>99</sup> Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia 233/2007 de 5 de noviembre de 2007. Fundamento jurídico quinto.

**2.- El despido nulo lesivo de derechos fundamentales o libertades públicas** comprende una amplia gama de actuaciones en las que se puede apreciar la declaración de nulidad. Para identificar que situaciones son merecedoras de tal calificación es necesario acudir la doctrina constitucional que establece una serie de pautas comunes. En primer lugar, el TC señala que la Constitución Española rechaza la sola titularidad de sus derechos y libertades públicas únicamente frente a los poderes públicos, sino que con carácter general **el sujeto titular de tales derechos lo es también en la vida social**<sup>100</sup>, en el ámbito particular. En segundo lugar, **la celebración de un contrato de trabajo no puede privar a las partes de los derechos constitucionalmente reconocidos**, conservando los derechos fundamentales un carácter preferente frente a la modulación propia de las condiciones de un contrato de trabajo<sup>101</sup>. En último lugar, el Tribunal Constitucional se inclina por declarar la nulidad radical de todo acto público o privado que suponga una vulneración de todos los derechos reconocidos entre los artículos 14 y 29 de la Constitución<sup>102</sup>, por lo que siempre que quede demostrado el menoscabo de un derecho fundamental del trabajador por la decisión extintiva del empresario el despido será calificado como nulo.

**3.- El despido nulo por embarazo y otras situaciones especialmente protegidas** constituyen otra parte importante de las situaciones que dan lugar a la calificación jurídica de nulidad. Este tipo de situaciones ostentan una larga tradición jurídica de protección como puede observarse en varios **Convenios de la OIT como el número 103 de 28 de Junio de 1952**, relativo a la protección de la maternidad, que en su artículo 6 protege a las empleadas embarazadas frente al despido del empresario o el Convenio número 183 OIT, de 30 de mayo de 2000, sobre la protección de la maternidad. A nivel comunitario nos encontramos la Directiva 76/207/CEE, de igualdad entre hombres y mujeres y la **importante Directiva 92/85/CEE** que establece una prohibición general de despido durante las situaciones de parto, embarazo y lactancia<sup>103</sup>, ostentando dicho artículo un efecto directo sobre los tribunales de los Estados miembros

---

<sup>100</sup> Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia 18/1984 de 7 de febrero de 1984. Fundamento jurídico sexto.

<sup>101</sup> Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia 204/1997 de 25 de noviembre de 1997. Fundamento jurídico segundo.

<sup>102</sup> Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia 114/1984 de 29 de noviembre de 1984. Fundamento jurídico segundo.

<sup>103</sup> Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Artículo 10.

que no realicen la labor de transposición en el plazo marcado por la Directiva, todo ello derivado de la doctrina comunitaria.

A nivel nacional, la mencionada Directiva se transpone a nuestro ordenamiento jurídico mediante la **Ley 39/1999**, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Esta ley introduce diversos supuestos de nulidad vinculados al embarazo y maternidad de la trabajadora y con la conciliación de la vida laboral y familiar. Posteriormente la **Ley Orgánica 3/2007** de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres amplía el ámbito protector de las situaciones de nulidad derivadas de las mencionadas situaciones, incluyendo dentro de la protección a una serie de supuestos relacionados con los períodos de suspensión del contrato de trabajo por paternidad, riesgo durante la lactancia natural y enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, los permisos o reducciones de jornada por cuidados de hijos prematuros, hospitalizaciones derivadas del parto y periodos de excedencia del artículo 46.3<sup>104</sup>. Importante es también la inclusión de la nulidad de los despidos de trabajadoras víctimas de violencia de género cuando la extinción este motivada en la reordenación o reducción de la jornada de trabajo, movilidad geográfica o suspensión del contrato.

Una vez tenemos configurado el marco normativo debemos centrarnos en el elemento central que recoge todas estas situaciones, el artículo 55.5 a, b y c ET. La protección derivada de este artículo tiene por finalidad la de **proporcionar a la mujer trabajadora una ámbito de protección judicial mayor frente a situaciones de discriminación ordinaria**. Como podemos observar la jurisprudencia se inclina por *“proporcionar a la trabajadora (y también en algunos casos al trabajador), una tutela judicial efectiva más enérgica que la actual y ordinaria en el ámbito de la discriminación genérica, por cuanto, en general, se dispensa la carga de prueba y acreditación de indicios, sobre la conculcación del derecho fundamental a la igualdad u otros, eximiendo de prueba no ya solo respecto del conocimiento o no de determinadas circunstancias como el embarazo, que todo hay que decirlo, se circunscribe al ámbito más interno, íntimo, privado y de dignidad<sup>105</sup> ... Con ello, se ha corregido jurisprudencialmente no solo esa imagen atentatoria contra la dignidad de la*

---

<sup>104</sup> Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres. Artículo 48.

<sup>105</sup> Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Sala de lo Social. Sentencia 640/2018 de 13 de marzo de 2018. Fundamento de derecho tercero.

*mujer, sino también las dificultades probatorias de acreditación de las circunstancias del conocimiento empresarial.*

Cuestión importante es la discusión acerca de las consecuencias derivadas de la **comunicación del embarazo al empresario** por parte de la trabajadora y como este hecho afectan a la calificación del despido. Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo se han decantado por una concepción objetiva de la nulidad del despido de la trabajadora embarazada. Esta corriente defiende el hecho de que la trabajadora puede comunicar o no su estado de embarazo porque pertenece al ámbito del derecho a su intimidad. Ahora bien, si opta por no comunicar su estado, y hay un desconocimiento real por parte del empresario, no puede activarse la protección legal, porque no puede imputarse al empresario una nulidad motivada por el incumplimiento de una prohibición que no tenía por qué observar<sup>106</sup>.

Por último hemos de detallar el **alcance temporal de la protección**. A la luz tanto de las directivas comunitarias como del marco normativo nacional podemos delimitar esta protección de la siguiente manera: la fecha inicial la marca la fecha del embarazo, y en cuanto a su finalización, la protección se extiende hasta los doce meses siguientes al parto, adopción o acogimiento.

En conclusión, la nulidad derivada de las situaciones de suspensión del contrato por nacimiento y cuidado del menor, riesgo para el embarazo, adopción o acogimiento, a despidos de trabajadoras embarazadas o de trabajadores en situación de excedencia por cuidado de hijos, o que estén disfrutando de permisos son supuestos de nulidad automática, especialmente protegidos por el legislador, siempre que se pruebe la existencia real de la situación protegida y el empresario no disponga de una razón que justifique la decisión extintiva.

**4.- La garantía de indemnidad** como causa de nulidad del despido es un supuesto de nulidad de construcción jurisprudencial que requiere de un breve análisis. El Tribunal Supremo define la garantía de indemnidad como *‘la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos [...] consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos*

---

<sup>106</sup> Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Social. Sentencia 1261/2003 de 28 de enero de 2003. Fundamento de derecho cuarto.

*de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo*<sup>107</sup>.

Esta garantía sirve como **medida protectora del derecho individual del trabajador a ejercer las acciones propias que le confiere el contrato de trabajo** frente a las posibles contramedidas del empresario destinadas a represaliar dicha acción.

Tratándose de una cuestión desarrollada jurisprudencialmente no está regulada como tal en la ley, sin embargo podemos observar como la garantía encuentra apoyo en ciertas normas como es la Convenio 158 OIT artículo 5 c): *‘entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes [...] presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o recurrir ante las autoridades administrativas competentes’*.

Las **medidas amparadas por la garantía de indemnidad** del trabajador deben ser incluidas en un sentido amplio, para ello la jurisprudencia se vale de *‘todo acto procesal o pre procesal necesario para acceder a los Tribunales de Justicia; tanto, entonces, el ejercicio de la acción en sede jurisdiccional, como los actos preparatorios o previos necesarios para dicho ejercicio’*<sup>108</sup>. Entre estos actos se deben incluir tanto la denuncia ante la Inspección de Trabajo, como la papeleta de conciliación o la propia demanda ante sede judicial, así como cualquier acto de reclamación realizado por el trabajador de otra forma privada, pero siempre que llegue al conocimiento del empresario de manera fehaciente, como puede ser una reclamación vía burofax o requerimiento notarial.

Por último debemos establecer unas pautas para identificar aquellos casos en los que se aprecie la vulneración de la garantía de indemnidad. En primer lugar, debe haberse realizado una **reclamación**, procesal, pre procesal o extraprocesal incluso, del trabajador. A continuación, debe apreciarse una **medida empresarial de carácter represivo** para dicho trabajador. Por último debemos identificar la existencia de un

---

<sup>107</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 17 de Febrero de 2015 .Fundamento de derecho segundo.

<sup>108</sup> Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sentencia nº 2072/2007 de 19 de junio de 2007. Fundamento de derecho cuarto.

**nexo causal entre la reclamación y la medida represiva** siendo importante la concurrencia de un elemento de temporalidad cercano y lógica entre la reclamación y la medida adoptada.

### **Efectos del despido nulo.**

Para concluir con el estudio del despido nulo debemos hacer una referencia a los **efectos derivados de la declaración de nulidad** de la decisión.

En primer lugar, la declaración de nulidad del despido tendrá como efecto la **readmisión inmediata del trabajador con el abono de los salarios dejados de percibir**. Para la determinación de estos salarios deberemos tener en cuenta la fecha del despido y la fecha de readmisión del trabajador. Para el cálculo de la cuantía debemos tomar como referencia el salario bruto de la última nómina percibida, incluida la parte proporcional de pagas. En el caso de que el salario del trabajador fuera variable se tendrá en cuenta la media de los últimos 12 meses.

En segundo lugar, debemos tener en cuenta la posible percepción de una **indemnización de daños y perjuicios derivados de la vulneración de los derechos fundamentales**. En cuanto a este hecho existen múltiples líneas de pensamiento acerca de la procedencia de una indemnización para el caso de que se vulnere un derecho fundamental. En primer lugar, nos encontramos con el imperativo legal dispuesto en el artículo 183.1 LRJS que obliga a pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas<sup>109</sup>. En este sentido, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado recientemente al respecto indicando que *‘la sentencia que declare la vulneración de un derecho fundamental debe pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización’*<sup>110</sup> resolviendo un recurso en el que ratifica la Sentencia del TSJ declarando improcedente el despido de una trabajadora. La consecuencia lógica que podemos sacar de este razonamiento es que con **independencia de la calificación del despido llevada a cabo por el órgano jurisdiccional (nulidad o improcedencia) si queda probada la vulneración de un derecho fundamental, ya sea por prueba ilícita o por causa de despido, la sentencia**

---

<sup>109</sup> Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Artículo 183.

<sup>110</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 61/2021 de 15 de marzo de 2021. Fundamento jurídico sexto.

**deberá pronunciarse sobre la cuantía de la correspondiente indemnización por vulneración de Derechos Fundamentales.** Para el cálculo de la indemnización se utiliza de forma análoga las cuantías previstas en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social debido a la dificultad para cuantificar económicamente los daños morales producidos a causa de la vulneración.

## **5. CONCLUSIONES.**

**I.- El despido disciplinario es una figura jurídica y social extintiva individual del contrato de trabajo que conlleva una serie de consecuencias tanto en el marco jurídico como en el social.** La potestad para la decisión de extinguir un contrato de trabajo corresponde únicamente al empresario, y se trata de la manifestación más extrema que el ordenamiento confiere a esta parte de la relación laboral. Las bases en las que se sustenta dicha herramienta son la preservación del interés empresarial así como la buena organización en el trabajo y el establecimiento de un régimen sancionador para las conductas más graves de los trabajadores.

Aún siendo un instrumento que regula la extinción de relaciones laborales entre empresa y trabajador por cuenta ajena es indispensable que su uso cumpla con los requisitos de forma y fondo que el ordenamiento jurídico obliga a cumplir.

**II. La evolución histórica del despido marca el cambio de un inicial despido libre –ad nutum– en una institución formal y causal –ad causam–.**

El despido goza de amplia tradición histórica que evoluciona a través de los momentos más importantes presentes en la historia reciente de España.

Entre los siglos XIX y XX empiezan las primeras normas reguladoras de la figura del despido como causa de terminación de contrato de trabajo , con una corriente de

continuidad evolutiva en la determinación de sus causas durante la Dictadura Franquista , que marca cierta restricción de los derechos de los trabajadores, hasta la llegada de la Democracia a partir de 1978 en donde se fijan los principios constitucionales perfilan la figura del despido que tenemos hoy en día, convirtiendo al despido en una figura jurídica tasada en ley tanto formal como materialmente.

**III.- La regulación del despido disciplinario exige un incumplimiento grave y culpable por parte del trabajador.** La naturaleza del despido disciplinario exige inexcusablemente que las causas en que se basan el mismo estén tasadas legalmente, sean infringidas por el trabajador, y, según la teoría gradualista, revistan de un incumplimiento grave y culpable por su parte, siendo un instrumento de autotutela privada por parte de la empresa que no opera de manera automática en la relación laboral.

**IV.- El cumplimiento de los requisitos formales y de fondo por parte de la empresa cuando pretenda extinguir su relación laboral con el trabajador, mediante la figura del despido disciplinario, es uno de los elementos claves a la hora de establecer la procedencia de la decisión extintiva del empresario.**

**La existencia de la carta de despido, así como la forma y el contenido de la misma, así como su notificación y recepción por el trabajador,** es el requisito esencial para que el despido sea válido. El contenido de la carta debe proporcionar al trabajador un conocimiento claro, inequívoco y suficiente de los hechos que se le imputan así como la fecha en el que cuál la relación laboral queda sin efectos, tanto para que el trabajador pueda defenderse de ella así como para el inicio del cómputo del plazo para la impugnación de dicho despido.

**La conciliación laboral** obligatoria es indispensable para poder impugnar el despido y ejercitar la acción correspondiente ante el Juzgado competente de no terminar la misma con acuerdo entre las partes.

**V. La Sentencia Judicial calificara un despido como de procedente, ratificando la decisión del empresario, improcedente , con la extinción del contrato de trabajo por falta de formalidad en el despido o falta de justificación de su fondo, con readmisión al trabajador a su puesto de trabajo o indemnización , a elección del empresario, o , finalmente nulo , por vulneración de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, con las consecuencias en este caso de la inmediata readmisión del trabajador en el mismo puesto de trabajo y con las mismas condiciones, con el abono de salarios de tramitación y el posible percibo por el trabajador de una indemnización complementaria fijada jurisdiccionalmente por haberse vulnerado un Derecho Fundamental.**

## **6. BIBLIOGRAFÍA.**

- Acoso laboral o mobbing como motivo del despido disciplinario. Iberley. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/acoso-laboral-mobbing-motivo-despido-disciplinario-6459>
- Actos extrajudiciales en materia laboral. Iberley. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/actos-extrajudiciales-materia-laboral-56121>
- AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*
- ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”.
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo*, Madrid, Civitas.
- ÁNGEL MALO, M. La evolución institucional del despido en España. Una interpretación en términos de accidente histórico. Consejería de Salamanca.
- CACHON VILLAR, P. La reforma Laboral de 1997 y su incidencia en la empresa. Cuaderno de estudios empresariales. Número 8.
- Caducidad en derecho civil. Wolters Kluwer. Disponible en: [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUUNDcxMLtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzA7BAZlqlS35ySGVBqm1aYk5xKgDPAbBENQAAAA==WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUUNDcxMLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA7BAZlqlS35ySGVBqm1aYk5xKgDPAbBENQAAAA==WKE)
- Consecuencias de desobedecer las órdenes del empresario. Cuestiones laborales. Disponible en: <https://www.cuestioneslaborales.es/consecuencias-de-desobedecer-las-ordenes-del-empresario/>
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985,
- DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A: *Despido y jurisprudencia: La extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*
- Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado como motivo de despido disciplinario. Iberley. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/disminucion-rendimiento-trabajo-normal-pactado-causa-despido-disciplinario-521>
- El despido improcedente. Indemnización. Iberley. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/despido-improcedente-10451>
- Embriaguez. Diccionario de la lengua española (RAE). Disponible en: <https://dle.rae.es/embriaguez>
- Garantías frente al despido. Wolters-Kluwer. Disponible en: [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmjcwsLtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzA7BAZlqlS35ySGVBqm1aYk5xKgADyXdfNQAAAA==WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmjcwsLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA7BAZlqlS35ySGVBqm1aYk5xKgADyXdfNQAAAA==WKE)
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Despido por acoso*, en GORELLI HERNÁNDEZ, J: *El despido. Análisis y aplicación práctica*

- Incumplimiento grave y culpable del trabajador como causa del despido disciplinario. Iberley. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/incumplimiento-grave-culpable-trabajador-causa-despido-disciplinario-7271>
- Improcedencia. RAE. Disponible en: <https://dle.rae.es/improcedencia>
- La buena fe en el derecho civil. Wolter Kluwers. Disponible en: [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDc2NLtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAM8j2-zUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDc2NLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAM8j2-zUAAAA=WKE)
- La evolución de las relaciones laborales en el Estatuto de los trabajadores. CEOE. Disponible en: [http://contenidos.ceoe.es/resources/image/evolucion\\_relaciones\\_laborales\\_estatuto\\_trabajadores\\_2016.pdf](http://contenidos.ceoe.es/resources/image/evolucion_relaciones_laborales_estatuto_trabajadores_2016.pdf)
- La historia del despido en España. Nueva Tribuna. Consultado el 20 de Julio de 2021. Disponible en: <https://www.nuevatribuna.es/articulo/economia-social/despido-espana/20150312105839113567.html>
- La indisciplina y desobediencia en el trabajo. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/indisciplina-desobediencia-trabajo-64596>
- Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo. Iberley. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/faltas-repetidas-injustificadas-asistencia-puntualidad-trabajo-64593>
- La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo como causa de despido. Iberley. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/trasgresion-buena-fe-abuso-confianza-causa-despido-disciplinario-16521>
- Ley Benot, primera ley del derecho del trabajo en España. Disponible en: <https://www.uso.es/ley-benot-primera-ley-del-derecho-del-trabajo-en-espana/>
- Los daños de la reforma laboral de 2012. Servicio de estudios de la confederación de UGT. . Disponible en: [reforma-laboral-de-2012-ugt\\_0.pdf](#)
- MATORRAS DÍAZ-CANEJA. A: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y SERRANO FALCÓN, C. *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*.
- MONEREO PÉREZ, J. L. Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico.
- MONTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, en: *Estudios sobre el despido disciplinario*.
- MONTES A. MIGUEL. Análisis socioeconómico de la reforma laboral de 2012. Rebelión. Disponible en: <https://rebelion.org/analisis-socioeconomico-de-la-reforma-laboral-2012/>
- OLEA ALONSO, E y CASAS BAHAMONDE, M. *Derecho del Trabajo*. (2002)
- Ortega Lozano. P.G. (2018). *El despido disciplinario*. Tesis Doctoral. Consejería de Granada.
- Regulación del expediente contradictorio o disciplinario para el despido o sanción a miembros del comité de empresa o delegados sindicales. Iberley. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/regulacion-expediente-contradictorio-disciplinario-despido-sancion-miembros-comite-empresa-delegados-personal-13811>

- Regulación del despido disciplinario por ofensas verbales o físicas al empresario. Iberley. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/regulacion-despido-disciplinario-ofensas-verbales-fisicas-1351>
- Requisitos y contenido de la carta de despido. Iberley. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/requisitos-contenido-carta-despido-10111>
- Restitutio in integrum. Dialnet. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5214047>
- RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. *La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido*
- Salarios de tramitación en caso de readmisión tras declaración judicial del despido como improcedente o nulo. Iberley. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/salarios-tramitacion-5361>
- Seligrat González, V.M. *El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo*. VLex. Disponible en: <https://vlex.es/vid/acoso-razon-origen-racial-682426497>
- TALENS VISCONTI, E y BLASCO PELLICER, A. *La forma y el procedimiento del despido*. 2018. Tirant Online.
- Toxicomanía. Diccionario de la lengua española (RAE). Disponible en: <https://dle.rae.es/toxicoman%C3%ADa>
- VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: “Embriaguez habitual y toxicomanía” en: *Estudios sobre el despido disciplinario*.

#### **Fuentes legales.**

- Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.
- Ley 36/2011, de 10 de Octubre, reguladora de la Jurisdicción Social
- Ley de Contrato de Trabajo de 21 de Noviembre de 1931. Gaceta de Madrid número 326.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres.
- Ley 8/1980 de 10 de Marzo, del Estatuto de los Trabajadores. BOE número 64 de 14 de Marzo de 1980.
- Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.
- Ley 63/1997 de 26 de Diciembre de Medidas Urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida. BOE número 312 de 30 de Diciembre de 1997.
- Real Decreto legislativo 2/2015. Texto refundido del Estatuto de los Trabajadores.

- Real Decreto-Ley de 23 de Agosto de 1926. Código de Trabajo.
- Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sala de lo social. Sentencia número 1168/2020 de 13 de Febrero de 2020.
- Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sentencia nº 2072/2007 de 19 de junio de 2007.
- Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Sala de lo Social. Sentencia número 32/2000 de 25 de enero de 2000.
- Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Sala de lo Social. Sentencia número 709/2002 de 12 de Abril de 2002.
- Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Sala de lo Social. Sentencia número 402/2004 de 23 de Julio de 2004.
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo social. Sentencia número 9238/2008 de 11 de diciembre de 2008.
- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Social. Sentencia número 3456/2010 de 11 de mayo de 2010.
- Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Social. Sentencia 1261/2003 de 28 de enero de 2003.
- Tribunal Superior de Justicia de Murcia. Sala de lo Social. Sentencia de 8 de Noviembre de 1999.
- Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Sala de lo Social. Sentencia número 274/2000 de 21 de Febrero de 2000.
- Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Sala de lo Social. Sentencia 640/2018 de 13 de marzo de 2018.
- Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 3 de Junio de 1963.
- Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia número 785 de 18 de Mayo de 1990.
- Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 23 de Enero de 1991.
- Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia número 1662/1994 de 6 de Febrero de 1995.
- Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia número 4591/2010 de 19 de Julio de 2010.
- Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia número 770/2008 de 28 de febrero de 2008.
- Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia número 528/2007 de 21 de Mayo de 2008.
- Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 27 de Enero de 2009.
- Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 17 de Febrero de 2015.
- Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia 233/2007 de 5 de noviembre de 2007.
- Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia 18/1984 de 7 de febrero de 1984.
- Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia 204/1997 de 25 de noviembre de 1997.
- Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia 114/1984 de 29 de noviembre de 1984.
- Tribunal Constitucional. Sentencia 61/2021 de 15 de marzo de 2021.

## **7. CASO PRÁCTICO. DESPIDO DISCIPLINARIO NULO.**

### **7.1.- Exposición del caso práctico. Circunstancias, hechos y documentos.**

#### **7.1.1 Consulta en el despacho.**

Don Pedro Pérez Ríos nos manifiesta que ha venido prestando servicios para la Administración Pública, desde el día 3 de Julio de 2010, desempeñando el cargo de profesor de lengua española como lengua extranjera, profesor del máster de español así como una serie de otros cargos en virtud de una serie de nombramientos administrativos sucesivos y repetidos los primeros años y posteriormente mediante una sucesión de contratos administrativos menores, con una contratación como Autónomo, en la modalidad de arrendamientos de servicios, nunca se ha entendido su relación por tanto como laboral por cuenta ajena.

Nos explica Pedro que el tiempo de prestación de servicios ha variado a lo largo de los años, siendo los primeros años de trabajo solo los veranos, pero todos, en los mismos meses, aumentando sucesivamente el tiempo de prestación hasta alcanzar en el año 2021 un total de 11 meses de clases impartidas.

El cliente nos indica que ha realizado multitud de tareas en diferentes puestos asignados a lo largo de sus años de trabajo. Tanto de profesor de lengua y cultura español, tutoría del máster, coordinador de nivel, tutor de alumnos ECTS y profesor de español para los negocios, realizando siempre el mismo trabajo en el mismo lugar de trabajo, el centro de la empresa bajo sus órdenes de trabajo y con sus materiales para el desempeño del mismo, es la empresa la que se encarga de organizar las tareas y cursos a realizar según el temario que la misma le facilita a nuestro cliente, a quien también se le facilita los alumnos que va a tener y a quienes se les a impartir las clases, las cuales se pagan por los asistentes a las mismas directamente a la empresa, nunca al profesor, nuestro cliente. Dicho trabajo se realiza por D. Pedro durante el mismo periodo de tiempo, de octubre/noviembre hasta junio/ julio.

Tras esto, Pedro nos explica su situación, en agosto de 2016 la empresa comunica a los profesores la obligatoriedad de tramitar la alta en autónomos, comprometiéndose a abonarles como parte de su remuneración, la cuota correspondiente, hecho que se deja de hacer a los pocos meses.

A partir del año 2014, la empresa se ve obligada a la suscripción de sucesivos contratos administrativos menores con un límite salarial de 18.000 euros de donde sale la remuneración de los servicios aparentemente como Autónomo de D. Pedro.

Debido a la precaria situación de Pedro en su trabajo, a la creencia de la existencia de una relación de falso autónomo, y por tanto de carácter laboral por cuenta ajena, y al estrecho límite salarial que se le impone, la manera de cobro de sus servicios etc, procede a formular **denuncia ante la Inspección de Trabajo el 13 de Abril de 2021**, con el objetivo de regularizar su relación laboral frente al organismo autónomo.

Sin una respuesta por parte de la Inspección de Trabajo, Pedro continúa trabajando hasta el 26 de Octubre de 2021 fecha de finalización del curso correspondiente. Tras esperar un tiempo prudencial hasta su nueva contratación, lo que venía sucediendo todos los años mediante correos electrónicos que le eran enviados a finales de cada año para empezar en enero del siguiente, nuestro cliente no recibe el contrato de renovación que habitualmente suscribe en esas fechas, tras la finalización de sus servicios ni noticia alguna por parte de la empresa. Pedro decide ponerse en contacto con la misma para aclarar su situación a lo que le responden *‘ya no disponen de más trabajo para él’* por lo que Pedro entiende que se ha extinguido su relación con la Administración, pese a que no se le ha dicho de esta manera por la misma.

Ante esta situación Pedro que entiende que le une una relación laboral con la empresa por cuenta ajena y que la actitud de la misma supone un despido como represalia a la denuncia que el mismo interpuso en la Inspección de Trabajo meses atrás, pide nuestra ayuda para ver qué **acciones judiciales** puede emprender contra su empleadora hasta ese momento.

#### **7.1.2. Estudio del caso. Acción judicial a emprender.**

Una vez analizadas las circunstancias relativas al caso de Pedro podemos concluir que existe una decisión de prescindir de los servicios por parte de la empresa, basada

posiblemente en la denuncia interpuesta por nuestro cliente en la Inspección de Trabajo. Habría en primer lugar que demostrar la existencia de relación laboral por cuenta ajena, en la modalidad correspondiente, para determinar que ha habido un despido tácito con vulneración de la garantía de indemnidad, para lo que habrá que demostrar que el despido ha sido nulo con las consecuencias que ello conlleva.

En primer lugar, para poder demostrar que efectivamente se ha sucedido una extinción contractual fraudulenta que pueda llegar a ser calificada por los Tribunales como de despido debemos demostrar la **real existencia de una relación laboral de derecho común** regulada por el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 1 que, según el relato constatado por el cliente, se aprecia existente por la concurrencia de las notas determinantes de dependencia, ajeneidad, voluntariedad y retribución presentes en la relación laboral entre ambas partes. Para la demostración de tales extremos deberemos hacer uso de las pruebas que nos brinda el derecho, fundamentalmente documental y testifical que prueben nuestras pretensiones, la existencia de relación laboral por cuenta ajena, y la existencia de un despido por la vulneración de la garantía de indemnidad.

Una vez demostremos la existencia de la relación laboral entre las partes, debemos analizar las circunstancias concurrentes relativas a la extinción de la relación laboral. Este estudio nos lleva a la conclusión de que, tras la denuncia de Pedro a la Inspección de Trabajo, y, en principio, exclusivamente por este motivo, la empresa decide prescindir de sus servicios aunque la empresa no cree en la existencia de una relación laboral, en una acción dirigida claramente a represaliar al trabajador por ejercer tal denuncia meses atrás. En definitiva, intentaremos demostrar que nos encontramos ante un **despido nulo por vulneración de la garantía de indemnidad del trabajador**, y por lo tanto procederemos ejercer la acción por despido regulada en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, **no sin ejercitar de manera subsidiaria la acción de despido improcedente** para el caso de que no se admita la primera opción, comenzando con el trámite previo y preceptivo de la conciliación extrajudicial ante el ORECLA.

## **7.2.- El acto de conciliación extrajudicial previo ante el ORECLA.**

Tras analizar la acción por la que procederemos a impugnar el despido disciplinario nulo por parte de la CEC, es necesario cumplir con el trámite previo obligatorio antes de acudir a la vía judicial, la conciliación previa. La papeleta de conciliación a presentar es la siguiente:

### **AL ORGANISMO DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS LABORALES EN CANTABRIA**

**D. PEDRO PERÉZ RÍOS**, mayor de edad, con D.N.I 72354056-N y con domicilio a efecto de notificaciones en la Calle Los Ciruelos 38 4º izquierda, 39011, Santander, ante este organismo comparece y, como mejor proceda en derecho, DICE:

Que por medio del presente escrito, a tenor de lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley de la Jurisdicción Social vengo a formular **DEMANDA DE CONCILIACIÓN** previa y preceptiva en conflicto individual por **DESPIDO NULO Y SUBSIDIARIAMENTE DESPIDO IMPROCEDENTE** frente a la empresa **CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN DE CANTABRIA**, en la persona de su representante legal, con NIF J-3212345H y domicilio en Av. De los Castros 42, 39005, Santander, todo ello en base a los siguientes

### **HECHOS**

**PRIMERO.-** D. Pedro Pérez Ríos es trabajador de la Consejería de Educación de Cantabria (CEC) en el campus de Las Llamas, Santander, Cantabria desde el día 3 de Julio de 2010, ostentando diferentes cargos, profesor de español como lengua extranjera y profesor tutor del máster de español como lengua extranjera, con una jornada diaria de 9:00 a 14:00 horas. Todo ello en virtud de nombramientos administrativos y posteriormente mediante la suscripción de sucesivos contratos administrativos menores.

**SEGUNDO.-** Los periodos de prestación de servicios que Pedro ha realizado para la CEC se dividen de la siguiente manera:

Desde 2010 hasta 2013, el demandante prestaba servicios durante el periodo de verano.

En el año 2014, Pedro imparte clases desde junio hasta diciembre, un total de 17 meses. En 2015, trabaja desde mayo hasta diciembre, haciendo un total de 8 meses.

En 2016 Pedro presta sus servicios desde marzo hasta diciembre, un total de 10 meses. A partir de este año la CEC comunica a los profesores la obligatoriedad de la inscripción y alta en el régimen de autónomos de la Seguridad Social a partir de Septiembre, con la promesa de hacerse cargo la Consejería del pago de las cuotas correspondientes, hecho que se da los primeros meses pero que, sin previo aviso, deja de existir, dejando una profunda carga económica a los profesores.

El alta de D. Pedro figura en el régimen de autónomos desde el día 1 de Septiembre de 2016 hasta el día 31 de octubre de 2020, nueva alta el día 4 de enero de 2021 y baja el día 30 de octubre de 2021.

En 2017, Pedro trabajó durante todo el año exceptuando el mes de julio, y durante al año 2018 trabajó todos los meses excepto abril y julio, haciendo un total de 10 meses.

A partir de este año mi mandante presta sus servicios mediante sucesivos contratos de administración menores en adjudicación directa en los que se fija un importe máximo de 18.000 euros exentos de IVA, abonados por la CEC. Una vez superado el importe anual máximo de 18.000 euros la Consejería dejaba de llamar a mi mandante.

Durante el año 2019, Pedro impartió clases durante todos los meses excepto julio y diciembre, un total de 10 meses, y en el año 2020 prestó sus servicios durante todo el año excepto en julio, noviembre y diciembre, 10 meses.

Desde julio de 2020 hasta el 27 de octubre de 2021 mi mandante ha prestado servicios como profesor, tutor y coordinador de nivel en los cursos de lengua y cultura española impartidos en la CEC.

**TERCERO.-** Que como consecuencia de la potestad organizativa desempeñada por la CEC durante todos los años de trabajo en los que Pedro ha prestado sus servicios como profesor se pueden apreciar las notas características del artículo 1 del Estatuto de los trabajadores que determinan la existencia de una relación laboral. En primer lugar existe la voluntariedad propia de la relación de trabajo que Pedro mantiene con la empresa. En segundo lugar, la Consejería retribuye a Pedro a modo de contraprestación económica por los servicios realizados por este. En tercer lugar, se puede apreciar la dependencia propia de la relación laboral al observarse que es la CEC quien realiza todas aquellas tareas destinadas a la organización del trabajo, aulas, alumnos, materiales, contenidos de las asignaturas y horarios dentro de los cursos que la propia Consejería

imparte. Por último, es clara la ajeneidad resultante por la prestación del trabajo para otra persona, en este caso la CEC.

**CUARTO.-** A consecuencia de este hecho es aplicable a la relación laboral el **Convenio Colectivo de personal laboral de la CEC** encuadrándose Pedro en la categoría profesional del Grupo II, técnico de organización, a efectos de antigüedad y salario.

**QUINTO.-** Con fecha de 13 de abril de 2021. D. Pedro ante la difícil situación tanto laboral como económica en la que se encuentra presenta denuncia ante la Inspección de Trabajo. En dicha denuncia se solicitan que se investiguen los hechos relativos a la existencia de una situación de falso autónomo y consecuentemente se establezca la existencia de la relación laboral entre la los profesores y la CEC.

**SEXTO.-** Que con fecha de 26 de octubre de 2021 Pedro deja de dar las clases correspondientes al último curso impartido y espera la recepción habitual del nuevo contrato con la Consejería para reanudar la prestación de servicios. Tras esperar un tiempo prudente y no recibir el habitual contrato Pedro se pone en contacto con la CEC solicitando una explicación sobre lo acaecido, a lo que la empresa la responde con un escueto mensaje que indica que *‘ya no disponen de más trabajo para él’*.

**SÉPTIMO.-** Que a consecuencia del anterior mensaje, el actor cree que esta extinguida su relación con la empresa y Pedro, entendiendo que su relación ha sido de carácter laboral, y no como trabajador autónomo, cree que tal decisión de la empresa ha sido un despido tácito.

**Tal despido es tácito** ya que no ha habido como tal carta de despido.

En segundo lugar, **el despido debe ser calificado como nulo**, puesto que el motivo principal que lleva a la Consejería a la extinción contractual es la interposición de la denuncia de Pedro ante la Inspección de trabajo con el objetivo de solucionar su situación con respecto al reconocimiento de la relación laboral. Este hecho debe ser considerado como la vulneración de la garantía de indemnidad del trabajador puesto que supone la adopción de una medida de represalia llevada a cabo por la empresa como consecuencia de acción individual legítima llevada a cabo por Pedro.

**OCTAVO.-** Que como consecuencia de la situación anteriormente descrita se solicita que **se declare, primero, la existencia de relación laboral por cuenta ajena entre la CEC y Pedro, segundo, se declare la existencia de despido, calificándolo como NULO, condenando a la CEC a la readmisión inmediata del trabajador con abono de los salarios de tramitación** y subsidiariamente y para el caso de no estimar la anterior pretensión, se declare el despido como improcedente y condene a la CEC a la readmisión del trabajador o al abono de la indemnización legalmente establecida.

**NOVENO.-** Don Pedro Pérez Ríos no ostenta ni ha ostentado ningún cargo como representante sindical ni representante de los trabajadores durante la vigencia de la relación laboral.

**DÉCIMO.-** Designo como representante ante el ORECLA al Letrado D. Iván del Río Quirós con las más amplias facultades para obtener acuerdos o desistir.

Por todo lo expuesto,

**SOLICITO AL ORECLA** que tenga por presentado este escrito con sus copias, se sirva de admitirlo y en virtud de su contenido se tenga por

formulada demanda de conciliación previa contra la empresa **CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN DE CANTABRIA** y, tras los trámites legales oportunos, se sirva a señalar día y hora para la celebración del Acto de Conciliación, extendiéndose certificación del Acta que se levante.

Es de justicia que pido en Santander a 5 de noviembre de 2021.

Tras la presentación de la papeleta de conciliación se procederá a señalar día y hora para el acto, en el que, tras los pertinentes trámites entre las partes y la conciliadora se levantará acta consistente en el siguiente documento:

## **ABIERTO EL ACTO,**

La parte interesada solicitante manifiesta su pretensión de ratificarse en el escrito introductorio.

La parte no solicitante manifiesta que la extinción contractual no puede calificarse como de despido al no existir relación laboral entre la Consejería y el trabajador, por lo que no concurre ninguna de las causas tasadas para calificar la extinción como de despido.

Intentado por el órgano conciliador un acercamiento de posturas entre las partes, y rechazando la parte no solicitante la reclamación efectuada, el acto se cierra SIN AVENENCIA.

Leído el Acta, que encuentran conforme, la firman los comparecientes ante el secretario del ORECLA de Cantabria, entregándose la correspondiente copia certificada a las 12 horas del día de hoy.

*Y para que conste y así pueda acreditarse donde fuera necesario expido la presente el mismo de la celebración de la comparecencia que certifico.*

Fdo. La secretaría.

Tras no llegar a acuerdo en el preceptivo acto de conciliación se procederá a **interponer la demanda de despido** ante el Juzgado de lo Social de Santander conforme a los hechos y pretensiones ya fijados en la papeleta de conciliación.

### 7.3.- La demanda de despido nulo.

#### **AL JUZGADO DE LO SOCIAL DE SANTANDER QUE POR TURNO CORRESPONDA**

**D. PEDRO PERÉZ RÍOS**, mayor de edad, con D.N.I 72354056-N y con domicilio a efecto de notificaciones en la Calle Los Ciruelos 38 4º izquierda, 39011, Santander, bajo la representación del letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Cantabria **DON IVÁN DEL RÍO QUIRÓS**, conforme acredito con la copia de escritura de poder que al presente se acompaña, ante el Juzgado comparezco y como sea más procedente en derecho **DIGO**:

Que por medio del presente escrito vengo a interponer **DEMANDA POR DESPIDO NULO y SUBSIDIARIAMENTE DESPIDO IMPROCEDENTE** frente a la empresa **CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN DE CANTABRIA**, en la persona de su representante **legal**, con NIF J-3212345H y domicilio en Av. De los Castros 42, 39005, Santander, todo ello en base a los siguientes

#### **HECHOS**

**PRIMERO.-** D. Pedro Pérez Ríos es trabajador de la Consejería de Educación de Cantabria (CEC) en el campus de Las Llamas, Santander, Cantabria desde el día 3 de Julio de 2010, ostentando diferentes cargos, profesor de español como lengua extranjera y profesor tutor del máster de español como lengua extranjera, con una jornada diaria de 9:00 a 14:00

horas. Todo ello en virtud de nombramientos administrativos y posteriormente mediante la suscripción de sucesivos contratos administrativos menores.

**SEGUNDO.-** Los periodos de prestación de servicios que Pedro ha realizado para la CEC se dividen de la siguiente manera:

Desde 2010 hasta 2013, el demandante prestaba servicios durante el periodo de verano.

En el año 2014, Pedro imparte clases desde junio hasta diciembre, un total de 17 meses. En 2015, trabaja desde mayo hasta diciembre, haciendo un total de 8 meses.

En 2016 Pedro presta sus servicios desde marzo hasta diciembre, un total de 10 meses. A partir de este año la CEC comunica a los profesores la obligatoriedad de la inscripción y alta en el régimen de autónomos de la Seguridad Social a partir de Septiembre, con la promesa de hacerse cargo la Consejería del pago de las cuotas correspondientes, hecho que se da los primeros meses pero que, sin previo aviso, deja de existir, dejando una profunda carga económica a los profesores.

El alta de D. Pedro figura en el régimen de autónomos desde el día 1 de Septiembre de 2016 hasta el día 31 de octubre de 2020, nueva alta el día 4 de enero de 2021 y baja el día 30 de octubre de 2021.

En 2017, Pedro trabajó durante todo el año exceptuando el mes de julio, y durante al año 2018 trabajó todos los meses excepto abril y julio, haciendo un total de 10 meses.

A partir de este año mi mandante presta sus servicios mediante sucesivos contratos de administración menores en adjudicación directa en

los que se fija un importe máximo de 18.000 euros exentos de IVA, abonados por la CEC. Una vez superado el importe anual máximo de 18.000 euros la Consejería dejaba de llamar a mi mandante.

Durante el año 2019, Pedro impartió clases durante todos los meses excepto julio y diciembre, un total de 10 meses, y en el año 2020 prestó sus servicios durante todo el año excepto en julio, noviembre y diciembre, 10 meses.

Desde julio de 2020 hasta el 27 de octubre de 2021 mi mandante ha prestado servicios como profesor, tutor y coordinador de nivel en los cursos de lengua y cultura española impartidos en la CEC.

**TERCERO.-** Las funciones llevadas a cabo por mi mandante han variado a lo largo de los años, siendo estos: profesor de español como lengua extranjera, profesor tutor del máster de español como lengua extranjera, coordinador de nivel, tutor de alumnos ECTS, profesor de español para los negocios y coordinador de los cursos de español.

**CUARTO.-** En cuanto a la organización del trabajo desempeñado durante todos estos años por D. Pedro dentro de la CEC ha sido la propia Consejería quien se ha encargado de la mayoría de tareas correspondientes a las siguientes modalidades:

La CEC se encarga de indicar cada mes las tareas a desarrollar, los profesores que van a impartir las clases, niveles, el horario de las clases y los aulas que corresponden.

La Consejería proporciona los medios para desempeñar el trabajo. Aulas, ordenadores, instalaciones, libros, material y proyector.

El personal de la CEC es el encargado de abrir y cerrar las aulas.

En cuanto a los alumnos, es la Consejería la que fija su horario, el cobro y la programación de los contenidos de cada asignatura dejando a los profesores solamente cierta libertad para organizar ese contenido dentro del horario fijado.

En definitiva, dada la potestad organizativa llevada a cabo por la CEC es concluyente indicar la existencia de una relación laboral entre las partes contratantes, constatando la concurrencia de todos los requisitos necesarios incluidos en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores. En primer lugar, se puede apreciar la voluntariedad como expresión libre del trabajo llevada a cabo por las partes. En segundo lugar, se da una retribución a los profesores a modo de contraprestación económica por el desempeño del trabajo realizado. En tercer lugar, puede verse claramente la nota de ajeneidad, como prestación del trabajo para otra persona, en este caso la CEC. Por último, puede apreciarse claramente la característica de la dependencia, al estar Pedro dentro del ámbito organizativo llevado a cabo por la Consejería en el uso de la potestad empresarial que se le confiere dentro de la relación laboral. Pedro imparte asignaturas con un contenido, horarios, aulas, materiales y organización previamente establecidos por la Consejería.

**QUINTO.-** Con fecha de 13 de abril de 2021. D. Pedro ante la difícil situación tanto laboral como económica en la que se encuentra presenta denuncia ante la Inspección de Trabajo. En dicha denuncia se solicitan que se investiguen los hechos relativos a la existencia de una situación de falso autónomo y consecuentemente se establezca la existencia de la relación laboral entre la los profesores y la CEC que se ha descrito anteriormente.

La CEC ante tal denuncia se pone en contacto con Pedro para indicar que ‘está trabajando en ello’ pero a día de hoy sigue sin encontrar ninguna solución.

**SEXTO.-** Con fecha 30 de octubre de 2021 Pedro finaliza las clases, y tras un tiempo prudencial de espera en el que normalmente le remiten el nuevo contrato para impartir clases se pone en contacto con la Consejería para conocer su situación. La Consejería le responde mediante un escueto mensaje por correo electrónico en el que indica que *‘ya no disponen de más trabajo para él’*.

Ante ese comunicado por parte de la empresa, el actor piensa que la misma ha extinguido su relación contractual, que supone un despido tácito, al extinguir una relación que el actor cree es laboral por cuenta ajena, sin cumplir con las formalidades legales establecidas para un despido, siendo este además Nulo, al apreciar que el mismo tiene lugar o está provocado por la acción individual y legítima llevada a cabo por D. Pedro en defensa de sus intereses como trabajador de la Consejería. Esta medida de represalia que supone la falta de un motivo objetivo y razonable de despido, supone la vulneración del Derecho Fundamental a la Garantía de Indemnidad de mi mandante, que a todas luces ha visto como , tras la denuncia formulada ante la Inspección, la demandada procede a comunicarle la finalización de sus servicios. Esta vulneración de la garantía de indemnidad da lugar a la calificación del despido como nulo con las correspondientes consecuencias legales.

**SÉPTIMO.-** La CEC es un órgano de la administración pública que se rige por las disposiciones de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de funcionamiento y organización de la administración General del Estado y por la Ley 39/2015 de Procedimiento administrativo común.

El **Convenio Colectivo de aplicación al caso concreto es el Convenio Colectivo de Personal laboral de la CEC**, por lo que, atendiendo a las características del trabajo realizado por D. Pedro se le debería encuadrar dentro del Grupo II, Técnico de programación/Técnico de área económica, con un salario base establecido por Convenio de 1.488,15 euros mensuales más antigüedad (118,89 euros) resultando en un total de 1.607,04 euros mensuales. **Dicho convenio se adjunta como documento número 1.**

**OCTAVO.-** Mi representado no es representante sindical.

**NOVENO.-** En fecha 7 de noviembre de 2021 fue realizado ante el ORECLA el preceptivo acto de conciliación extrajudicial donde se intentó llegar a una posible solución entre las partes con el resultado de **SIN AVENENCIA**. Se adjunta la certificación del acto de conciliación como **documento número 2.**

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**I.- JURISDICCIÓN.** Corresponde al orden jurisdiccional social el conocimiento de este asunto conforme a lo establecido en el artículo 2.g) de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social.

**II.- COMPETENCIA.** Es competente el Juzgado de lo Social al que nos dirigimos conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social.

**III.- LEGITIMACIÓN.** Corresponde a mi mandante la legitimación activa en este proceso atendiendo a lo establecido en el artículo 17 de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social.

**IV.- PROCEDIMIENTO.** Por tratarse de un despido nulo el procedimiento aplicable es el previsto en los artículos 103 y ss. de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social.

**V.- FONDO DEL ASUNTO.** En primer lugar, en cuanto a la naturaleza de la relación jurídica entre las partes es de aplicación el artículo 1 del Estatuto de los trabajadores que indica:

*‘Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario’.*

La relación debe calificarse como de laboral puesto que concurren las notas características de la misma: voluntariedad, retribución, ajeneidad y dependencia. Como ha quedado demostrado la organización del trabajo corresponde por entera a la parte demandada quien fija horarios, contenidos, aporta material, fija profesores, niveles y cursos. Por todo esto se deduce que Pedro actúa por cuenta ajena bajo la dependencia de la parte empresarial de la relación que en este caso es la CEC.

Al constatarse la existencia de la relación laboral es de aplicación además al caso concreto el Convenio Colectivo de Personal Laboral de la CEC a modo de establecer la categoría profesional y el salario correspondiente a la parte demandante. En este caso deberemos acudir a las disposiciones relativas al Grupo II, puesto que Pedro, siendo licenciado, trabaja de forma ocasional, no permanente, desempeñando funciones de coordinación, sin tener ningún tipo de personal que depende de él.

Una vez establecidas las disposiciones relativas a la relación laboral y a la categoría profesional debemos entrar en el fondo relativo a la situación de despido.

El artículo 55.5 y 6 del Estatuto de los trabajadores regulan las disposiciones acerca del despido nulo indicando que:

*‘Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador’.*

En los casos de despido nulo la jurisprudencia exige la necesidad de que *‘quien afirma la discriminación acredite la existencia de un panorama o clima propicio a la conducta discriminatoria o lesiva de derechos fundamentales que haga propicia su imputación’* (SSTS de 13 de octubre de 1989, RJ 1989,7170) mediante el uso de razonables indicios que

*‘generen una apariencia o presunción sobre la realidad de la conducta empresarial que se denuncia’. (STC 41/1989 de 22 de marzo).*

Está suficientemente acreditado que el indicio más claro sobre la vulneración de la garantía de indemnidad sobre mi mandante es el despido acometido por la empresa abruptamente solo tras la denuncia dirigida a la Inspección de Trabajo.

La vulneración garantía de indemnidad es una causa de despido nulo de construcción jurisprudencial que se define como *‘la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos [...] consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo’* (STS de 17 de Febrero de 2015).

En definitiva, la CEC está vulnerando la garantía de indemnidad y el derecho a la tutela judicial efectiva de mi mandante acometiendo un despido como medida de represalia ante la denuncia formulada por este ante la Inspección de trabajo en el ejercicio de una acción individual legítima destinada a regularizar la precaria situación laboral en la que se encontraba.

Por todo lo expuesto,

**SUPlico AL JUZGADO DE LO SOCIAL**, que habiendo presentado este escrito con sus copias y documentos adjuntos tenga por interpuesto en tiempo y forma **DEMANDA DE DESPIDO NULO O SUBSIDIARIAMENTE IMPROCEDENTE** previa declaración de existencia de relación laboral por cuenta ajena contra la **CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN DE CANTABRIA**, acuerde señalar día y hora para la celebración del acto del juicio, y tras este y de los demás trámites oportunos, incluido el de recibimiento a prueba que expresamente se solicita, desde este momento, dicte Sentencia por la que **se declare la existencia de relación laboral por cuenta ajena entre la CEC y su trabajador Pedro Pérez Ríos así como la posterior existencia de DESPIDO declarándose la nulidad del este, condenando a la CEC a la readmisión inmediata del trabajador con abono de los salarios de tramitación Y A TODAS LAS CONSECUENCIAS DEVENGADAS DE DICHO DESPIDO NULO**. Subsidiariamente y para el caso de no estimar la anterior pretensión, **se declare el despido como improcedente y condene a la CEC a la readmisión del trabajador ,o ,al abono de la indemnización legalmente establecida, todo ello en base a los criterios de antigüedad, salario y días establecidos en el Convenio Colectivo de aplicación**.

Es de justicia que pido en Santander a día 15 de noviembre de 2021.

**OTROSÍ PRIMERO DICE:** Que en la celebración de la vista del juicio, comparecerá el Letrado que encabeza la presente demanda, en representación del demandante, designado a efecto de notificaciones el domicilio ya expresado en el encabezamiento.

**SUPLICO AL JUZGADO**, que así se sirva de acordarlo

**OTROSÍ SEGUNDO DICE:** Que conforme al artículo 90 de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social, interesa el derecho de esta parte la práctica, en dicho acto, de las siguientes pruebas:

1. DOCUMENTAL. Requerida a la CEC para aportar todos los documentos relativos a los cursos impartidos como profesor o tutor de la misma desde el 3 de julio de 2010 hasta el 27 de octubre de 2021.

2. TESTIFICAL, que se propondrán en el acto de juicio oral o con antelación suficiente conforme al artículo 90 LRJS para que sean citados por el juzgado los siguientes testigos:

- **Dña. Lucía Fernández González**, con D.N.I 7654321-G.

- **Dña. Laura Gómez Muñoz** con D.N.I 7654321-H.

- **D. Sergio García Fernández**, con D.N.I 7654321-L.

**SUPLICO AL JUZGADO**, que tenga por hechas dichas manifestaciones, siendo justicia que reitero en lugar y fecha indicados con anterioridad.

### 7.3.2. Proposición de prueba anticipada.

La demanda es admitida a trámite y la **celebración del juicio** se fija para el 1 de Febrero de 2022 en el juzgado de lo Social número 1 de Santander.

Tras la presentación de la demanda y en virtud del artículo 82.4 LRJS procederemos a presentar la petición de **prueba anticipada** con el objetivo de instar a la parte demandada a aportar aquellos documentos que por su carácter, volumen y complejidad no son de acceso a la parte demandante y que revisten de una especial importancia para el devenir y la resolución del procedimiento:

#### AL JUZGADO DE LO SOCIAL NÚMERO 1 DE SANTANDER.

D. IVÁN DEL RÍO QUIRÓS, letrado actuando en nombre y representación de D. PEDRO PÉREZ RÍOS, según consta acreditado en el **procedimiento de Despido número 1/2022**, que se sigue en este juzgado a su instancia contra la CEC, ante este juzgado comparezco y como mejor proceda en Derecho **DICE**:

Que mediante este escrito y para su aportación ANTES DE LA VISTA DEL JUICIO de dicho proceso, señalado para el día 1 de Febrero, SOLICITAMOS LOS SIGUIENTES MEDIOS DE PRUEBA:

#### **DOCUMENTAL.-** Consistente en:

1.- Que por este juzgado se libre atento oficio a la INSPECCIÓN PROVINCIAL DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE CANTABRIA, para que aporte a este procedimiento todas las diligencias y actuaciones realizadas por este organismo en el expediente iniciado por el señor Pérez Ríos, número de expediente 0001/2021, según denuncia presentada por el mismo con fecha de 13 de Abril de 2021. Se acompaña como **documento número 1** dicha denuncia sellada.

2.- Que por este juzgado se libre atento oficio a la INSPECCIÓN PROVINCIAL DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE CANTABRIA, para que aporte a este procedimiento todas las diligencias y actuaciones realizadas por este organismo en el

expediente iniciado por Dña. Lucía Fernández González y Dña. Laura Gómez Muñoz contra la Consejería de Educación número de expediente OS-3453423546-08JRC.

Además, que se inste a la INSPECCIÓN PROVINCIAL DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE CANTABRIA a la vista de las actuaciones realizadas en el anterior procedimiento cuál es el convenio de aplicación para esta empresa, en este caso la CEC, y cuáles son los baremos de salario, grupos, categorías, y tablas salariales, todo ello aplicable en este caso al Señor Pérez, como trabajador de dicha empresa, ejerciendo las actividades que le constan a dicha Inspección y que obran reflejadas en el expediente.

3.- Que por este juzgado se requiera a la entidad demandada CEC, para que por quien corresponda se remita a este proceso la siguiente documentación requerida:

- Recibos de pagos realizados y facturas de los salarios del actor, Pedro Pérez Ríos, correspondientes a los años 2010 hasta 2021, ambos inclusive, en que trabajó para dicha empresa, los partes de trabajo y actividad por asistencia realizados durante todos estos años. Horario de clases impartidas por el demandante, actividades realizadas como profesor, tutor y coordinador, que se especifiquen los periodos de actuación de cada trabajo desempeñado, los cursos concretos impartidos, listado de alumnos que han acudido a dichos cursos, aportación de las modalidades de pago realizadas al actor desde 2010 hasta 2021, listado de materias a impartir, con especificación de fechas y horarios.

- Expediente administrativo que obre en su poder de todo este proceso, dada la intervención de la Abogacía del Estado y el carácter público de la entidad demandada.

- Que remitan a estas actuaciones las reclamaciones previas interpuestas por las profesoras Dña. Lucía Fernández González y Dña. Laura Gómez Muñoz contra la Consejería de Educación, así como las resoluciones dictadas por la demandada resolviendo dichas actuaciones, reconociendo la existencia de una relación laboral por cuenta ajena.

- Que remitan a estas actuaciones las liquidaciones que les ha efectuado la Tesorería Territorial de la Seguridad Social desde 2010, por falta de cotizaciones a dicha Consejería por sus trabajadoras profesoras por considerarlas que tienen relación laboral por cuenta ajena.

4.- Que por este juzgado se **libre exhorto al Juzgado de lo Social número 3 de Santander** para que se libre testimonio de dos profesoras de la CEC contra la demandada en un caso similar al presente, en el proceso número de Autos 001/2008, y se remitan a las actuaciones y en concreto, testimonios de las demandadas, reclamación previa, contestación a la reclamación previa, actas expedidas por la Inspección de Trabajo y Sentencia dictada en dicha Instancia.

Toda esta prueba, la pedimos con la debida antelación y para que sea aportada **ANTES DEL DÍA DEL JUICIO SEÑALADO PARA EL PRÓXIMO 1 DE FEBRERO.**

Dicha documentación es fundamental para la resolución del procedimiento, ya que demuestra la existencia de la relación laboral por cuenta ajena mantenida entre mi mandante y la parte demandada así como para determinar el Convenio Colectivo aplicable, el puesto de trabajo, salario y antigüedad.

Por todo lo expuesto,

**SUPLICA AL JUZGADO** que tenga por presentado este escrito y con sus copias tenga por **SOLICITADA Y ADMITIDA A TRÁMITE PRUEBA ANTICIPADA** pedida en este escrito y se haga lo oportuno para su práctica, y que se aporte con la antelación máxima posible antes de la celebración de la vista del juicio del 1 de febrero.

Por ser de justicia que se pide en Santander a 20 de diciembre de 2021.

#### **7.4.- La celebración del juicio. Medios de prueba y conclusiones.**

Tras la proposición de prueba anticipada llega el día de la celebración del juicio. Concretamente el acto comenzará con un trámite previo, la conciliación judicial ante el juez, en el que se intentará un acercamiento entre las partes con el objetivo de evitar el inicio del propio acto mediante la llegada de un acuerdo. Ante la alta probabilidad de que dicho acto no prospere se procederá a iniciar el acto del juicio.

En primer lugar, nos ratificaremos en nuestro escrito de demanda dando paso a la contestación oral por parte de la CEC. Tras la contestación de la demanda pasaremos a la fase de proposición de prueba en la que pasaremos a exponer cuáles son los medios de prueba en los que nos apoyaremos a continuación. La nota de proposición de prueba LA PRESENTAREMOS POR ESCRITO en este procedimiento y es la siguiente:

#### **NOTA DE PROPOSICIÓN DE PRUEBA QUE PRESENTA LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DE PEDRO PEREZ RÍOS EN EL PROCEDIMIENTO 1/2022 DEL JUZGADO DE LOS SOCIAL NÚMERO 1 DE SANTANDER.**

##### **1.- DOCUMENTAL consistente en:**

- **Número 1.** Documentos solicitados mediante prueba anticipada en fecha de 15 de diciembre de 2021, aportada en su día por los diferentes órganos requeridos para su actuación.
- **Número 2.** Vida laboral del actor.
- **Número 3.** Denuncia a la inspección de trabajo de Pedro Pérez Ríos de 13 de Abril de 2021.
- **Número 4.** Resolución de la inspección de trabajo sobre dicha denuncia de 13 de Mayo de 2021.
- **Número 5 - 6.** Reclamación previa trabajadoras Dña. Lucía Fernández González y Dña. Laura Gómez Muñoz contra la Consejería de Educación, así como las resoluciones dictadas por la demandada resolviendo dichas actuaciones, reconociendo la existencia de una relación laboral por cuenta ajena.

- **Número 7.** Email de fecha 28 de noviembre de 2016 de la UMIP que insta a sus trabajadores a la suscripción de contratos administrativos menores con límite de 18.000 euros donde se incluirá la cuota de autónomos que será abonada por la CEC.
- **Número 8.** Correo de fecha 25 de Septiembre de 2018 que demuestra la indicación de la CEC, las clases que debe impartir, así como las funciones a realizar.
- **Número 9.** Email de fecha 21 de febrero de 2020 donde se reconoce que mi representado ha pasado el límite de los 18.000 euros, no pudiendo dar más clases ni contratar más reconociendo la existencia de la situación de falso autónomo.
- **Número 10-17.** Presupuestos facilitados por la CEC al trabajador sobre los datos que debía rellenar en los contratos administrativos menores desde el año 2016 a 2021.
- **Número 18 - 21.** Email de fecha 2016, 2017 y 2018 enviados por la CEC al señor Pérez donde se demuestran las tareas del actor aparte de profesor, tutor y coordinador.
- **Número 22.** Certificado de la CEC del año 2015 donde se le propone como coordinador de nivel.
- **Número 23.** Correos de 2016 que acreditan ser coordinador de máster
- **Número 24.** Correos de 2016 que acreditan ser profesor tutor de alumnos ECTS.
- **Número 25.** Correos de 2017 que acreditan la función organizativa de las aulas y espacios por parte de la CEC, para dar clases y examinar.
- **Número 26- 30.** Correos demostrativos de la entrega de materiales, equipos informáticos, aulas y ubicación de alumnos por parte de la CEC.
- **Número 31-39.** Certificado de participación en todos los cursos acreditados por el profesor Pérez. Años 2010-2021.
- **Número 40.** Nóminas abonadas al señor Pérez desde el año 2010 hasta octubre de 2021.
- **Número 41.** Facturas emitidas por los contratos administrativos menores en el que se ve reflejado el pago de la cuota de autónomos. 2016-2021.
- **Número 42.** Correos acreditativos de la promesa de pago de la cuota de autónomos por parte de la CEC. 2016.

- **Número 43- 50.** Correos de 2017 a 2021 de la CEC estableciendo los horarios, calendario, matrícula, directrices, cambios de alumnos, distribución de clases y asignaturas del año correspondiente.
- **Número 51.** Correo de 2017 estableciendo los honorarios correspondientes a los profesores así como las directrices a seguir con el contrato administrativo menor.
- **Número 52.** Correo de 2018 estableciendo los honorarios correspondientes a los profesores así como las directrices a seguir con el contrato administrativo menor.
- **Número 53.** Correo de diciembre de 2020 donde se dice que la CEC cuenta con el actor para el año siguiente.
- **Número 54.** Certificados de retenciones e ingresos a cuenta del actor emitidos por la CEC desde 2016 a 2021.
- **Número 55.** Correo de 30 de octubre de 2021 en el que la CEC responde al Señor Pérez que de momento ya no disponen de más trabajo para él.
- **Número 56.** Título universitario del señor Pérez.
- **Número 57.** Convenio Colectivo aplicable a la demanda.

**2. TESTTIFICAL** consistente en la declaración de los siguientes citados al procedimiento:

1. **Dña. Lucía Fernández González**, con D.N.I 7654321-G, profesora de la CEC en el departamento de lengua y literatura desde el año 2007.

2. **Dña. Laura Gómez Muñoz** con D.N.I 7654321-H, profesora de la CEC en el departamento de lengua y literatura desde el año 2007.

3. **D. Sergio García Fernández**, con D.N.I 7654321-L. Profesor de lengua española de la CEC desde el año 2010.

#### **7.4.2. Desarrollo de la práctica de la prueba.**

Tras la proposición de la prueba por ambas partes el juez procederá a aceptar aquellas pruebas que por su pertinencia sean de vital importancia para la consecución y resolución del vigente procedimiento. A continuación se procederá al **desarrollo de la práctica de la prueba**:

**1. Traspaso de la documentación:** Se procederá a entregar la **documental** y sus correspondientes copias a la parte demandada.

**2. Testifical:**

- A Dña. Lucía Fernández González con el objetivo de conocer el contenido de su reclamación previa a la Consejería intentando solucionar la situación relativa a la existencia de relación laboral con la CEC así como su resolución y posterior estimación parcial como manera de acreditar la existencia de relación laboral entre el trabajador y la empresa.

- A Dña. Laura Gómez Muñoz con el objetivo de conocer el contenido de su reclamación previa a la Consejería intentando solucionar la situación relativa a la existencia de relación laboral con la CEC así como su resolución y posterior estimación parcial como manera de acreditar la existencia de relación laboral entre el trabajador y la empresa.

- A D. Sergio García Fernández, compañero de Pedro, con el objetivo de ratificar la situación descrita en la demanda sobre la relación laboral, las funciones y puestos desempeñados por Pedro, la existencia de la potestad organizativa de la CEC y la inexistencia de la situación de no trabajo alegada por la Consejería en el correo enviado a Pedro.

**7.4.3. Conclusiones.**

Como último paso en el acto del juicio cada una de las partes procederá a presentar sus conclusiones finales. Estas conclusiones elevarán a definitiva las posturas de las partes y, tras un breve repaso de los hechos controvertidos, fundamentalmente se procederá a realizar una valoración de la práctica de la prueba presentada de cara a demostrar nuestras peticiones en este juicio por despido.

## CONCLUSIONES.

Tras la celebración del juicio correspondiente al procedimiento número 1/2022 en el que se discute el despido disciplinario nulo del Señor Pérez Ríos su representación procesal procede a presentar **CONCLUSIONES sobre la prueba practicada en estas actuaciones**, lo cual pasamos a realizar en tiempo y forma en base a las siguientes

## ALEGACIONES

### HECHOS PROBADOS:

#### 1- EXISTENCIA DE RELACION LABORAL.

Ha quedado ampliamente demostrada la existencia de relación laboral entre mi mandante, Pedro Pérez Ríos, y la entidad demandada, la Consejería de Educación de Cantabria. En primer lugar mediante la valoración de la prueba practicada y aportada han quedado demostradas las concurrencias de todas aquellas notas características que determinan la existencia de la relación laboral.

En primer lugar, de la documental practicada queda demostrada la **prestación de los servicios de mi mandante en la Consejería de Educación de Cantabria entre los años 2010 y 2021** como profesor en diferentes ámbitos. De los diferentes certificados y correos así como de las declaraciones practicadas por su compañeros que acreditan su prestación se puede apreciar las diferentes prestaciones que mi mandante ha realizado para la Consejería en diferentes puestos de trabajo, no limitándose solo a ser profesor de lengua española comprendiendo otras funciones como son las de profesor tutor del máster de español como lengua extranjera, coordinador de nivel, tutor de alumnos ECTS, profesor de español para los negocios y coordinador de los cursos de español.

Queda claro que la **Consejería es la entidad encargada de retribuir el trabajo** realizado por sus profesores a modo de contraprestación por sus servicios como se ha podido observar a través de todos los documentos, facturas y movimientos bancarios aportados en el acto del juicio en los que siempre ha sido la CEC la encargada de abonar el pago de los salarios a mi mandante desde el día en el que este entró a la Consejería hasta su último día de trabajo.

Por otra parte las diferentes testificales no dejan lugar a dudas sobre el hecho de que es la Consejería quien se encarga de pagar a los profesores, todos ellos preguntados por el método y las fechas de pago, coincidiendo todas las declaraciones en el ingreso mediante transferencias bancarias a principios de cada mes.

Además, **con la documental presentada de las testigos Dña. Lucía y Dña. Laura se acredita que la demandada ha admitido en esas dos situaciones iguales a la del actor, la existencia de relación laboral**, por lo que se desprende de las contestaciones de la empresa a sus reclamaciones previas y la resolución de los procesos judiciales iniciados por ellas contra la demandada, terminado los mismos con sentencias favorables a la existencia de relación laboral.

**Queda demostrada la concurrencia de una relación laboral por cuenta ajena**, puesto que en todo momento el trabajador se encuentra sometido al poder de dirección del empresario, obteniendo los beneficios no directamente, sino a través de los pagos realizados por la Consejería en virtud de los servicios prestados. Este hecho ha sido demostrado mediante la documentación aportada consistente en los diferentes correos electrónicos remitidos por la Consejería al señor Pérez en el que se prueba el sometimiento de la plantilla a las directrices establecidas por el empresario en virtud de su poder de dirección. De igual manera es el empresario quien ha fijado en todo momento la cuantía a recibir por sus trabajadores a modo de salario.

De las testificales practicadas podemos concluir que ninguno de los profesores tenía ningún tipo de margen en la negociación de la cuantía a percibir en su salario, siempre siendo fijada por la Consejería, tampoco podían ejercer un poder de dirección propio en cuanto siempre tenían que estar sometidos a aquellas instrucciones impuestas por la parte empresarial.

**Queda demostrada la existencia de dependencia de mi mandante en la relación laboral** puesto que en todo momento, en 11 años de relación laboral, la potestad organizativa ha sido siempre desempeñada por la CEC. Mediante los emails aportados al procedimiento así como por las respuestas derivadas de las testificales de los compañeros de trabajo de Pedro se puede apreciar la concurrencia de ausencia de organización empresarial propia, asistencia al centro de trabajo, sometido a un horario, siempre el mismo, y uno fijo pese a que no haya clases, desempeño personal del trabajo,

de cuyos resultados se beneficia la empresa, la misma siempre cuenta con él, para las mismas funciones en el mismo periodo de tiempo, y con el mismo equipo de profesionales de manera habitual todos los años, su actividad es programada por la empresa claramente, siguiendo sus instrucciones para realizar el trabajo, distribución de clases, instrucciones sobre el plan de trabajo, guías de trabajo, clases planificadas, cambios de las mismas, programa y asignaturas que dar, indicaciones de días, horas, y lugar de trabajo, siempre en el domicilio de la empresa, facilitando todo el material de trabajo, y a los alumnos a los que dar las clases, alumnos que solo tienen relación con la empresa, en todos los sentidos, y sobre todo en cuanto a cobro y pago de matrícula, indicación de cambios horarios y de trabajo a realizar, como profesor simple o como tutor y coordinador de asignatura, sujeto a un horario fijo, retribuido, voluntario, fijando unas clases con tiempo de permanencia, existan o no alumnos, diciendo lo que tienen que cobrar y cobrando siempre lo mismo, con un salario fijo acomodado a la figura de contrato menor administrativo.

Por todas estas notas descritas anteriormente **queda ampliamente acreditada la existencia de la relación laboral con la CEC.**

## **2.- EXISTENCIA DE DESPIDO**

Una vez determinada la existencia de la relación laboral no queda más que indicar que la terminación del contrato con fecha de 30 de octubre de 2021 es sin lugar a dudas un **despido disciplinario**. Desde el recibimiento del email remitido por la empresa al señor Pérez podemos observar claramente la intención que tiene la empresa de extinguir la relación contractual vigente entre las partes. Este email, aportado en el procedimiento como documento, que no sirve en ningún caso de carta de despido, no cumple en ningún momento con los requisitos formales exigidos legalmente para la validez del despido, debida cuenta que el correo no especifica las causas ni demuestra la falta de trabajo que alega la empresa, cuando otros trabajadores han declarado sobre la normalidad de la prestación de servicios que realizan con respecto a este año.

## **3. DESPIDO NULO POR VULNERACIÓN DE LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD.**

Una vez acreditada tanto la existencia de una relación laboral entre mi mandante y la CEC como el posterior despido acometido en fecha de 30 de octubre de 2021 toca

comenzar con las conclusiones relativas a la vulneración de la garantía de indemnidad del señor Pérez que da lugar a la calificación del despido como nulo. En primer lugar queda acreditada la existencia mediante su aportación al procedimiento de la denuncia dirigida a la Inspección de Trabajo por parte de Pedro buscando regular su difícil situación laboral con la Consejería en Abril de 2021. La Consejería, como ha quedado demostrado, **ha sido consciente en todo momento de la denuncia interpuesta por mi mandante**, empezando la CEC a realizar el informe que posteriormente se envía en contestación a todas las cuestiones pedidas por la Inspección, mediante correo electrónico.

Es en este momento cuando, sin ningún tipo de justificación documental, ni aviso previo, ni carta de despido, y tras el conocimiento pleno de la denuncia interpuesta, cuando la Consejería decide extinguir el contrato de trabajo con mi representado, sin mediar palabra hasta que mi mandante se pronunció, ni siquiera habiendo acreditado la causa de despido durante la práctica de la prueba de este procedimiento. Esto da lugar por completo a **la nulidad del despido** acometido por la CEC como consecuencia de la vulneración de la garantía de indemnidad de Pedro utilizando una medida de represalia (el despido) como consecuencia de la denuncia anteriormente realizada.

**La demandada no ha probado que haya algún otro motivo de no contar con él** para impartir las clases en este año 2022, mientras que la misma actividad se sigue impartiendo por otros profesores en las mismas condiciones y circunstancias como han venido relatando sus compañeros en las testificales practicadas.

Ya en los meses anteriores al despido se puede apreciar claramente con la prueba documental aportada que la Consejería no remite a mi mandante los contratos administrativos, ni las directrices correspondientes a la organización de las clases que habitualmente le mandaba los años anteriores, todo este hecho coincidente con el lapso temporal en el que se tramita la denuncia interpuesta a la Inspección de Trabajo.

En un caso similar al que nos encontramos la jurisprudencia ya fija los criterios relativos a la vulneración de la garantía de indemnidad:

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid la Sala de lo Social de fecha 23 de septiembre de 2016: CUADRAGESIMO-QUINTO.- Y en lo que toca específicamente a la garantía de indemnidad, la sentencia del mismo Alto Tribunal 6/2.011, de 14 de**

febrero (recurso de amparo nº 634/07), pone de manifiesto: "(...) Invocada por los demandantes de amparo la vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE (EDL 1978/3879) ), conviene recordar la doctrina de este Tribunal sobre la denominada 'garantía de indemnidad'. Como hemos reiterado en numerosas ocasiones, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado igualmente cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. Por tal razón hemos dicho que el derecho consagrado en el art. 24.1 CE (EDL 1978/3879) no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (entre las más recientes, recogiendo anterior doctrina, SSTC 55/2004, de 19 de abril (EDJ 2004/23384) ; 87/2004, de 10 de mayo (EDJ 2004/25771) ; 38/2005, de 28 de febrero (EDJ 2005/11555) ; 144/2005, de 6 de junio (EDJ 2005/67809) ; y 125/2008, de 20 de octubre (EDJ 2008/196679) )".

CUADRAGESIMO-SEXTO.- Proclamando después: "(...) En el campo de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce, en primer lugar, en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos ( SSTC 14/1993, de 18 de enero (EDJ 1993/181) ; 38/2005, de 28 de febrero (EDJ 2005/11555) ; y 138/2006, de 8 de mayo (EDJ 2006/80231) ), de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo ( art. 24.1 CE (EDL 1978/3879) y art. 4.2 g) del Estatuto de los trabajadores (EDL 2015/182832) )".

CUADRAGESIMO-SEPTIMO.- A continuación, tras exponer los criterios clásicos

sobre este derecho fundamental, establece: "(...) Es preciso aclarar, sin embargo, que dicha tutela, característica de la garantía de indemnidad, consistente en la prohibición constitucional de represalias como las descritas, no agota la cobertura de esa vertiente del derecho fundamental. En efecto, además de las decisiones empresariales que vengan perfiladas por un ánimo o motivación de reacción contra el ejercicio previo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, actúa asimismo la tutela cuando, aun no existiendo dicho propósito, concurre un perjuicio que quede objetiva y causalmente vinculado al mismo. Y es que, como hemos dicho, en el caso concreto en relación con el derecho a la huelga, no resulta admisible que se niegue 'la vulneración del derecho fundamental alegado sobre la base de la falta de intencionalidad lesiva del sujeto infractor, pues, como hemos declarado en anteriores ocasiones, la vulneración de derechos fundamentales no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo; esto es, a la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control. Este elemento intencional es irrelevante, bastando constatar la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado prohibido por la norma ( SSTC 11/1998, de 13 de enero (EDJ 1998/11) ; 124/1998, de 15 de junio (EDJ 1998/6495) ; 126/1998, de 15 de junio (EDJ 1998/6502) ; 225/2001, de 26 de noviembre (EDJ 2001/53273) ; y 66/2002, de 21 de marzo (EDJ 2002/4815) )' ( STC 80/2005, de 4 de abril (EDJ 2005/37140) ) ".

CUADRAGESIMO-OCTAVO.- Terminando de este modo: "(...) En esta segunda hipótesis será preciso, para considerar afectado el derecho fundamental, que concurren dos elementos, a saber: la conexión causal de la medida empresarial y el ejercicio del derecho de referencia y la existencia de un perjuicio laboral para quien lo ejercitó. En otras palabras, habrá también lesión si, por razón exclusiva del ejercicio del derecho, se causa un perjuicio efectivo y constatable en el patrimonio jurídico del trabajador. En suma, el art. 24.1 CE (EDL 1978/3879) en su vertiente de garantía de indemnidad resultará lesionado tanto si se acredita una reacción o represalia frente al ejercicio previo del mismo, como si se constata un perjuicio derivado y causalmente conectado, incluso si no concurre intencionalidad lesiva. Por tanto, como la vulneración del art. 24.1 CE (EDL 1978/3879) puede producirse en ese doble plano (lesiones intencionales y lesiones objetivas contrarias a la garantía de indemnidad) el análisis que a tal efecto corresponde efectuar a los órganos judiciales no puede situarse exclusivamente en el primer ámbito (voluntad de represalia) pues, de quedar

*descartada la lesión desde ese prisma, será preciso adicionalmente ponderar y valorar el derecho fundamental en juego examinando si se ha causado un daño al patrimonio jurídico del trabajador, aunque no se aprecie ánimo lesivo ".*

**En conclusión y siguiendo corriente jurisprudencial idéntica al caso concreto el derecho de indemnidad está vulnerado y por ello el DESPIDO ES NULO con la consecuencia de la readmisión a su puesto de trabajo inmediata por parte de la empresa y con la adquisición de todos sus derechos laborales como trabajador que es por cuenta ajena y el resto de circunstancias que de esa situación se devengan.**

#### **4. SUBSIDIARIAMENTE EL DESPIDO DEBE SER CALIFICADO COMO IMPROCEDENTE.**

En virtud del despido no realizado conforme a derecho, ni material ni formalmente, el despido deberá ser calificado subsidiariamente como de improcedente dando lugar a las siguientes consecuencias: **readmisión o indemnización a cargo de la empresa, con todas las consecuencias, cotizaciones no realizadas, devoluciones de pago indebido de autónomos abonados por mi representado.**

Para el cálculo de la **indemnización por improcedencia** se utilizarán los siguientes parámetros:

1. La naturaleza de los servicios prestados por mi mandante, como ha reconocido en su contestación la parte demandada, es laboral.

2. La relación laboral es de contrato indefinido no fijo.

3. El Convenio Colectivo aplicable es el Convenio Colectivo de personal laboral de la CEC, como se puede concluir de los informes presentados al acto del juicio relativo a la resolución de las denuncias a la Inspección de dos compañeras de trabajo, Dña. Lucía Fernández González y Dña. Laura Gómez Muñoz.

4. La antigüedad aplicable debe tenerse en cuenta desde el año 2007, fue en este momento en el comenzó mi representado a trabajar, solo en verano, eso sí, menos periodo, pero debe considerarse a efectos de su antigüedad dicha fecha, ya que, la declaración de fraude en la contratación presupone la antigüedad desde el primer contrato, y este fue en el 2007.

5. El grupo de inclusión de mi representado en el Convenio Colectivo debería ser el GRUPO II, puesto que, Don Pedro Pérez es licenciado y de forma ocasional desempeña funciones de coordinación de alumnado, sin embargo no ostenta personal que esté a su cargo, entrando en la definición incluida en el mencionado grupo.

6. El salario que le corresponde a Don Pedro en función del grupo profesional determinado, la antigüedad y las tablas salariales contenidas en el Convenio Colectivo es de 1.485,15 euros mensuales más el complemento por antigüedad de 118,69 euros, lo que hace un salario bruto mensual de 1.607,04 euros. Cómputo diario de 53,57 euros.

7. La jornada de prestación de servicios de mi representado es a tiempo completo. Así ha quedado demostrado en todos los emails, correos y documentos aportados al procedimiento así como en las testificales practicadas. La empresa tampoco cumple ninguno de los requisitos establecidos en el artículo 12 ET para que el contrato se considere a tiempo parcial.

Por todo lo expuesto, **la relación es laboral, de carácter indefinido y no fijo, a jornada completa, con la antigüedad del año 2007, y dentro del Grupo II del Convenio declarado y admitido de aplicación. Esta relación ha sido extinguida mediante un despido nulo que vulnera la garantía de indemnidad del trabajador, y subsidiariamente improcedente por los motivos expuestos, en este caso, si se considera del grupo II deberá basar su indemnización, sino se le readmite, a razón de 53,57 euros al día, desde el año 2007, con todos los beneficios y complementos correspondientes.**

Finalmente y a modo de resumen, para concluir debemos indicar que una vez realizada la valoración de la prueba practicada solicitamos que la Sentencia:

1. Que se declare la existencia de una relación laboral por cuenta ajena entre la empresa y mi representado, de carácter indefinido no fijo, a jornada completa, incluido en el Grupo II del Convenio Colectivo de aplicación, con aplicación del complemento de antigüedad desde el año 2007, con un salario día de 53,57 euros.

2. Que se declare que mi representado ha sido despedido con fecha efectos de despido de 30 de octubre de 2021 y que se declare dicho **despido nulo**, por vulneración de la garantía de indemnidad y se condene a la empresa a su readmisión inmediata al

actor en su puesto de trabajo en las condiciones anteriormente.

3. Que de no declararse el despido nulo, se declare subsidiariamente improcedente con las consecuencias establecidas para el mismo. Con imposición de costas a la parte demandada.

Es de Justicia que pido en Santander a 1 de febrero de 2022.

**Con las conclusiones finaliza el juicio, que queda visto para Sentencia.**