

## **Tema 35.**

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

**INDICE.**

**INTRODUCCIÓN.**

**1. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.**

**2. MODALIDADES DE EXTINCIÓN.**

**2.1. Por cumplimiento de contrato.**

**2.2. Por desaparición, jubilación o invalidez de sujetos.**

**2.3. Por decisión de partes:**

**2.3.1. Por ambas partes.**

**2.3.2. Por decisión del trabajador.**

**2.3.3. Por decisión del Empresario.**

**3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO.**

**3.1. Concepto y naturaleza.**

**3.2. Forma, tiempo y lugar.**

**3.3. Calificación y efectos Jurídicos.**

*CONCLUSION.*

## INTRODUCCIÓN:

**E**n el curso vital de una relación contractual, puede acabar por distintas razones, que plantean problemas Jurídicos, técnicos, económicos, sociales y humanos, por la especial trascendencia del trabajo como organizador social y principal medio de vida para el trabajador y su familia. De ahí que legislador haya articulado mecanismos que tratan de obstaculizar el abuso por parte del Empresario.

### 1. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.

Es el acto por el que finalizan las obligaciones respectivas del trabajador (*prestación laboral*) y **empresario** (*remuneración*) de forma definitiva. Con el fin de proteger al trabajador y la estabilidad del empleo, el ordenamiento Jurídico fija límites a la libertad contractual (*a diferencia del Contrato Civil que remite a su autonomía*) que dependerán del tipo de contrato y de la causalidad del cese. De este modo impone a las partes las siguientes **obligaciones** en todos los casos:

- a) *Preaviso por ambas partes*, oral o escrito (a excepción del contrato de interinidad), en el plazo fijado por el convenio colectivo, el contrato o la costumbre, siendo un mínimo de 15 días para los contratos de duración superior a un año. La no concesión de preaviso no anula la extinción, pero si quien lo hace es el empresario, deberá abonar al trabajador los salarios correspondientes al periodo incumplido (*en caso del trabajador se hará conforme a lo establecido por Convenio Colectivo, pudiendo igualmente indemnizar a la empresa*).
- b) Respeto a la *ley y a las obligaciones acordadas por contrato*, bajo el principio de *buena fe* (sigilo profesional, pacto de no concurrencia...) y de *irrenunciabilidad de derechos* por parte del trabajador (a diferencia del empresario, que sí podrá renunciar).
- c) El empresario debe además entregar al trabajador:
  - la propuesta de *liquidación de cantidades adeudadas* o finiquito (incluida la parte proporcional de festivos, pagas extras y vacaciones) (*Ver notas finales*)
  - *certificado de empresa y documentos de cotización* para solicitar la prestación por desempleo (en caso de que le corresponda, que debe solicitar entre los 15 días siguientes).
  - *mostrar a los representantes legales* de los trabajadores los documentos relativos a la extinción y permitirles su presencia en el momento de firmar el finiquito.

- d) Al trabajador se le puede requerir su firma como medio de prueba del mutuo acuerdo o voluntad del trabajador en la extinción y puede existir obligaciones posteriores (ej. pacto de no concurrencia que no podrá superar los 2 años después de la extinción).

## 2. MODALIDADES DE EXTINCIÓN.

### 2.1. Por cumplimiento de contrato:

Es aquel en el que la causa deriva del propio contrato, sin dar derecho a indemnización (salvo pacto contra) pero sí a desempleo.

a) Por expiración de éste (Temporal), siempre que medie denuncia de una de partes, que de no darse, se lo prorroga indefinidamente, salvo que acredite su naturaleza temporal. Su fin (salvo los formativos y los de interinidad) da derecho a una indemnización de **11 días** por año de trabajo en los contratos celebrados antes del **31/12/2014** (*8 días para los anteriores a 2011, 9 días para los celebrados antes de 2012, 10 días antes de 2013 y 12 días desde el 1/01/2015*).

b) Por causas señaladas válidamente en contrato: Ej. *no superar un periodo de prueba o un título al que se condicionara el contrato, o en el caso de interinidad*. Para su validez se exige:

- ❖ no constituir abuso de derecho por el empresario (en cuyo caso sería nulo y daría derecho a reclamar como despido improcedente);
- ❖ la causa ha de estar consignada válidamente en contrato (debe ser lícita, verdadera y no contraria a buenas costumbres);
- ❖ se alegue la causa por alguna de las parte (de no hacerlo se prorroga indefinidamente).

### 2.2. Desaparición, jubilación incapacidad de los sujetos:

#### 2.1.1. Desaparición, jubilación incapacidad del trabajador.

El carácter personalísimo de la relación laboral implica en estos casos:

- a) *Gran Invalidez, I. Absoluta o I Total para la profesión habitual* extinguén (salvo que le dé un puesto apto a su *Inv. Total*), aunque puede suspenderse 2 años si se prevé mejoría.
- b) La jubilación extingue automáticamente dando paso a pensión.

c) Muerte: se abonarán los salarios devengados a los herederos (incluida la parte proporcional de festivos, pagas extras y vacaciones). Sus familiares tienen derecho a :

- ❖ 15 días de salario a cargo de la empresa.
- ❖ Prestaciones por Muerte y Supervivencia a cargo de la Seguridad Social.
- ❖ indemnización especial por Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional (en su caso) a cargo del INSS o de la Mutua aseguradora, cuya cuantía será:
  - 6 meses de la Base Reguladora para el cónyuge,
  - 1 mes para cada huérfano, que puede sumar los 6 del cónyuge si mueren ambos;
  - si los padres viven a sus expensas: 9 meses si es uno y 12 si son dos ascendientes).

### 2.1.2. Desaparición, jubilación incapacidad del empresario:

En este caso sus efectos dependen de la personalidad jurídica de la empresa:

A) Si es persona física, siempre que no de lugar a una sucesión de empresa, en cuyo caso el empresario sucesor queda subrogado, sin extinguirse la relación laboral.

- a) *La Muerte* del empresario extingue la relación laboral, sin más requisito legal que la simple voluntad de los herederos de no continuar la actividad empresarial.
- b) *La Jubilación*, reconocida por la Seguridad Social (*Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*) si cesa su actividad, puede extinguir los contratos de los trabajadores, pero si mantiene la actividad y titularidad (*a través de sus representantes*) deben mantenerse.
- c) *La Incapacidad* (civil, enfermedad o accidente) del empresario, de modo que le impida ejercer sus facultades directivas, extingue por sí sola los contratos.

En los 3 casos (muerte, jubilación e incapacidad) el trabajador tendrá derecho a una indemnización de **1 mes de salario** y a la prestación por *desempleo*.

B) La extinción de personalidad Jurídica del Empresario (cierre) no extingue la relación laboral de forma automática sino que exige instar *Expediente de Regulación de Empleo* (**art 51TRET**) iniciando periodos de consultas con los representantes de los trabajadores y dando comunicación a la Administración laboral. El trabajador tendrá derecho a una indemnización de **20 días** de salario por año de trabajo, con un tope de **12 mensualidades** y a desempleo.

## 2.3. Extinción del Contrato por decisión de las partes:

### 2.3.1. Decisión de ambas partes (mutuo disenso):

Siempre que lo hagan de forma expresa (verbal o escrita) o tácita, fijando condiciones libremente, respetando la *licitud del objeto*, la *irrenunciabilidad* por el trabajador de *derechos* reconocidos legalmente o por Convenio Colectivo y *ausencia de vicios* de consentimiento (error, dolo, intimidación o violencia) bajo efecto de nulidad. No da derecho a desempleo.

### 2.3.2. Extinción por voluntad del trabajador.

A) Por dimisión: sin necesidad de alegar motivo ni más requisito que *preaviso* señalado en Convenio Colectivo o en los usos y costumbres locales, ya en su ausencia sería *abandono* (*incumplimiento del trabajador sancionable según C. Colectivo, debiendo resarcir de los daños al empresario*). Al ser voluntaria no da derecho indemnización ni prestaciones por desempleo.

B) Causa justificada, por incumplimiento contractual del empresario: (Art. 50 del ET):

- falta o retraso continuado en el abono del salario pactado;
- modificación sustancial de las condiciones trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o su dignidad;
- cualquier incumplimiento grave de las obligaciones empresariales (salvo fuerza mayor)
- negativa a reincorporar al trabajador a sus anteriores condiciones de trabajo en caso de modificación sustancial (**art. 40 y 41 ET**) declarada injustificada por sentencia judicial.

El trabajador queda exento del deber de *preaviso* y podrá solicitar ante el juzgado de lo Social, en el plazo de 1 año de prescripción, la extinción del contrato, con indemnización por *despido improcedente* (**33 días de salario por año de trabajo, con un tope de 24m**). El FOGASA es responsable subsidiario en caso de insolvencia o quiebra de la empresa (*reconocida por la Autoridad Laboral*) con el límite de **30 días** de los salarios adeudados y **12 m** de indemnización, tomando como salario diario máximo el *duplo del SMI*.

C) Fuera del **Art.50**, el ET contempla *otras decisiones del empresario con derecho a extinción por el trabajador* (*aunque con menor indemnización*) por dañosas aún justificadas:

- modificación sustancial de condiciones de trabajo en materia de tiempos (*sin lesionar su Formación o su dignidad*): **20días** de salario por año de trabajo, con un máx. de **9m**;
- traslados (**20días de salario** año de trabajo con un tope de **12 meses**).

### 2.3.3. Decisión unilateral del empresario:

**El despido** es el acto unilateral de efectos extintivos por circunstancias surgidas con posterioridad a la contratación (*a diferencia de la nulidad*), con carácter receiptivo, condicionado a su conocimiento por el trabajador, los representantes de los trabajadores y la Autoridad Laboral. Sus condiciones y efectos varían en función de las circunstancias que lo generan:

#### **J) Despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción:**

Se trata de una medida excepcional dispuesta en el **art.51 del ET** con el fin de preservar la viabilidad futura y el empleo, mejorando su posición competitiva en el mercado o frente a las exigencias de la demanda en la empresa, mediante una mejor organización de sus recursos. La ley fija unos límites, causales, formales y cuantitativos para su legalidad:

##### **A) Causas (que la empresa debe acreditar y justificar):**

- *económicas*: Cuando de sus resultados se desprenda una situación económica negativa que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo: pérdidas actuales o previstas, o disminución persistente de ingresos (*así se entenderá si disminuyen durante 3 trimestres consecutivos o las ventas del trimestre son inferiores a las del mismo trimestre del año anterior*).
- *técnicas*: cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción.
- *organizativas* cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal.
- *productivas* cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

##### **B) Umbrales cuantitativos:** se considera colectivo aquel despido que afecte:

- a) cese total de la actividad y del total de la plantilla, siempre y cuando fuese superior a 5.
- b) cuando en un periodo de **90 días** el despido afecte a un mínimo de:
  - a 10 trabajadores, en empresas con menos de 100;
  - el 10% en empresas con más de 100 y menos de 300 trabajadores;
  - 30 trabajadores cuando la empresa ocupe a más de 300 empleados.

En el cómputo se incluirá cualquier cese a iniciativa del empresario por motivos ajenos al trabajador (*salvo expiración del tiempo convenido o fin de obra o servicio*) siempre que su número sea superior a 5. Serán nulos y sin efecto, incurriendo en fraude de ley, los despidos en periodos sucesivos de 90 días en número inferior al necesario para ser colectivos, al amparo del **art52.c** (*amortización objetiva de puestos de trabajo*). Si no afecta a toda la plantilla, los representantes de los trabajadores y delegados sindicales tienen *prioridad de empleo*.

**C) Procedimiento:** Requiere iniciar un **periodo de consultas** con una duración máxima de **30 días, o 15** si la empresa cuenta con menos de **50** trabajadores. Se inicia mediante escrito dirigido por la empresa a los representantes de los trabajadores o en ausencia de éstos, a una comisión de trabajadores de la empresa elegidos democráticamente por la plantilla o designados por los sindicatos más representativos (*legitimados para negociar el Convenio aplicable a la empresa*). Entregará *copia* del escrito a la Autoridad Laboral, que deberá precisar:

- 1) Una memoria explicativa de las causas del despido, con las pruebas justificativas.
- 2) Número y clasificación profesional de los trabajadores habituales de la empresa el último año, y de los trabajadores afectados por el despido, indicando el criterio para designarlos.
- 3) Periodo a lo largo del cual está previsto efectuar las extinciones.
- 4) Miembros de la comisión negociadora, con un máx. de 13 miembros por cada parte, que debe constituirse en un máx. de 7 días.

La autoridad laboral trasladará la comunicación a la Entidad Gestora de la prestación por desempleo y a la Inspección de Trabajo, que emitirá un informe preceptivo. Asimismo, velará por la efectividad del periodo de consultas pudiendo remitir advertencias y recomendaciones a las partes (sin que suponga su paralización o suspensión) o mediar a petición de ambas. Podrán en cualquier momento sustituir el período de consultas por el procedimiento de *mediación o arbitraje* (en *el mismo plazo máx.*)

Las partes deben negociar de buena fe sobre la posibilidad de evitar o reducir los despidos y atenuar sus consecuencias, mediante medidas sociales de acompañamiento, tales como la recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad. Si afecta a más de 50 trabajadores, incluirá un *plan de recolocación externa* a través de empresas autorizadas, por un mínimo de 6 meses.

Finalizado el período de consultas el empresario comunicará a la autoridad laboral el resultado, dando copia del acuerdo (que requiere conformidad de la mayoría representantes de los trabajadores) o de su decisión final si no hubo acuerdo (así como a los representantes de los trabajadores) en un máx. de 15 días (*de no producirse supone su caducidad*).

Asimismo, el empresario *podrá notificar* individualmente por escrito los despidos a los trabajadores afectados, precisando las causas de la extinción. Deberán transcurrir al menos 30 días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido. Cuando afecte a más del 50 por 100 de los trabajadores, el empresario debe comunicar la venta de bienes (*excepto los que constituyan su tráfico normal*) a los representantes legales de los trabajadores y a la autoridad laboral. Las empresas de más de 100 trabajadores que incluyan en el despido a trabajadores de 50 o más años de edad y tuviesen beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores, deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público. (*esto no se aplicará si la empresa pertenece a un grupo multinacional que tenga pérdidas en España y beneficios en el exterior, que no estarán obligadas a abonar sus costes de cotización ni sus prestaciones por desempleo, como hasta ahora; reforma RD Ley 22/2013 de PGEx para 2014*)

\* *La autoridad laboral podrá impugnar a efectos de nulidad, los acuerdos del periodo de consultas cuando crea que hubo fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, o la entidad gestora de prestaciones por desempleo informara que la extinción pudiera tener por objeto su obtención indebida por los trabajadores. Sin embargo la reforma 2012 eliminó el permiso previo de la autoridad laboral (salvo en las extinciones por fuerza mayor) por lo que el empresario puede decidir llevar a cabo el despido colectivo de forma unilateral tras el periodo de consultas, por lo que a los trabajadores solo les queda impugnar individual o colectivamente).*

El trabajador tendrá derecho a una *indemnización de 20 días* por año de trabajo, con un tope de **12 meses** (*superable por Convenio*) y a la prestación por *desempleo*. La falta de abono por el empresario o el desacuerdo con las cuantías será recurrible ante la Jurisdicción social en 20 días de caducidad, en proceso laboral ordinario (**art.103 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral: despido disciplinario y sanciones**).

## 2. Despido por fuerza mayor

La situación de fuerza mayor la constituye un hecho *involuntario, imprevisible o inevitable y extraordinario* (no por incumplimiento del empresario), que *imposibilite* la prestación laboral *definitivamente* (si fuera temporal sería suspensión). Debe ser constatada por la Administración

Laboral, cualquiera que sea el número de trabajadores afectados, emitiendo expediente administrativo correspondiente (**51.7ET**).

El Procedimiento se inicia a solicitud de la empresa, junto a la documentación *estrictamente necesaria* que acredite la F. Mayor y la simultánea comunicación a representantes trabajadores aunque no exige *periodo de consultas*. La autoridad laboral dicta resolución en **5 días**, que surte efecto desde el día del hecho causante de FM (a efectos de salario y de cotización). El silencio se entenderá positivo, y la resolución será recurrible mediante un recurso ordinario por vía administrativa.

Los trabajadores tienen derecho a *indemnización económica* de **20 días** de salario por año de trabajo con un tope de **12 mensualidades**, y a la prestación de desempleo (si procede). La autoridad laboral puede acordar que la totalidad o parte de indemnización trabajadores sea satisfecha por el **FOGASA**, asumiendo una responsabilidad directa, sin perjuicio de su derecho a resarcirse del empresario. Las partes pueden demandar por vía judicial la resolución administrativa y la resolución del FOGASA, así como la valoración o impago de las indemnizaciones (**art.103 de la Ley de Procedimiento Laboral**).

*Nota: la autoridad laboral competente será*

- Director Provincial de Trabajo, de ámbito provincial y en número inferior a 200 trabajadores (y aun excediendo dichos límites, por delegación del Director General).
- Director General de Trabajo, si afecta a más de 200 trabajadores, o supera el ámbito provincial, o cuando tenga especial trascendencia social.
- órgano fijado por las Comunidades Autónomas que hayan transferido tales competencias, en su ámbito.

### 3) Despido por causas objetivas: (art. 52 y siguientes)

El aquel referido a trabajadores singulares, no colectivos, pero no por incumplimiento “culpable o doloso” de éstos (*a diferencia de los disciplinarios*). Su propósito es liberar al empresario de los daños que le supondría mantener sus contratos ante determinadas circunstancias. El legislador fija límites causales, formales y cuantitativos.

A) Las causas que justifican el despido podemos agruparlas en dos tipos:

**1º) Causas objetivas relativas a la capacidad del trabajador:**

- a. Ineptitud sobrevenida o conocida tras la colocación efectiva (*tras periodo de prueba*) cuya inhabilitación o incompetencia no sea intencionada y no derive de IT ni invalidez.
- b. Falta de adaptación a las modificaciones técnicas del puesto siempre que:
  - ✓ hayan sido razonables para los conocimientos del trabajador,
  - ✓ no resulten de una movilidad funcional,
  - ✓ se le ofrezca un curso reconversión o formación profesional, durante el cual se le abonará el salario medio que viniera percibiendo.
  - ✓ hayan pasado al menos 2 meses desde la modificación tecnológica.
- c. Faltas de asistencia que aún justificada (no culpable) sean intermitentes y superen el **20%** de la jornada hábil en 2 meses consecutivos, o el **25%** en 4 meses discontinuos en un periodo de 12 meses (*reforma: no exige un índice de absentismo de la plantilla*)

No computan para su cálculo las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral con baja acordada por los servicios sanitarios y tenga una duración de más de 20 días consecutivos, (*por contra sí computan las ausencias por enfermedad de menor duración, sobre las que el legislador hace caer presunción de fraude*), así como las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda

**b) Causas objetivas derivadas de necesidades de funcionamiento de la empresa.**

Necesidad acreditada de **amortizar puestos de trabajo, fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción**, justificadas por la autoridad laboral y cuyo nº sea inferior al legalmente fijado como despido colectivo. (**Art 52.c**)

**B) El Procedimiento** en ambos casos comprende los siguientes trámites del empresario

- I) Comunicación por escrito al trabajador expresando la causa (no exige fecha, a diferencia disciplinario), y a los representantes en los 20 días siguientes.

II) Irá acompañada de una indemnización de **20 días por** año de trabajo, con un tope de **12 meses**. La aceptación de ésta por el trabajador, así como de la licencia de 6h. no implica su conformidad, ni le impide demandar.

*Cuando la decisión extintiva se funde en el artículo 52, c), por causa económica, y no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización, lo hará constar en la comunicación escrita, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva.*

III) Durante el plazo de preaviso de **15 días**, tendrá licencia de **6 horas** semanales para buscar un nuevo empleo, cuyo uso no supone conformidad con el despido ni impide demandar. Si amortizó puestos de trabajo, al amparo del **52.c**, debe enviar una copia del escrito de preaviso a los representantes de los trabajadores, quienes tendrán prioridad de trabajo. Sin embargo, no es necesario iniciar periodos de consulta.

**El procedimiento** para recurrir la decisión extintiva, así como **contenido de la demanda, el plazo, su calificación y sus efectos**, coincide con el de *despido disciplinario y sanciones* (art.**103 y siguientes de la LPL**) con las siguientes **especialidades**:

- ✓ **El plazo** es también **20 días** hábiles de caducidad, a contar desde el momento de extinción, pero puede adelantarla desde la fecha de comunicación del preaviso, aún continuando la prestación laboral (*a diferencia del disciplinario, donde cesa el trabajo*).
- ✓ A los supuestos de **nulidad** del despido disciplinario, se añade el que se efectuara en *fraude de ley*, acogiéndose a causas objetivas en lugar de hacerlo por despido colectivo.
- ✓ **Si se declara procedente** (en causa y forma) extingue el contrato, dando derecho a la citada indemnización, así como los salarios correspondientes al plazo de preaviso en el supuesto de que no se hubieran cumplido. Se diferencia así del despido disciplinario, en el que el trabajador solo tiene derecho a desempleo.
- ✓ Si resulta **improcedente** y el empresario opta por la readmisión, el trabajador deberá reintegrar la indemnización percibida, mientras que si opta por compensación económica, deducirá el importe de la indemnización percibida (esto no ocurrirá en el despido disciplinario, ya que no habrá percibido dicha indemnización).

### **3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO.**

### 3.1. Concepto y naturaleza. (art 54).

El incumplimiento de obligaciones laborales hace incurrir al trabajador en responsabilidad cuya sanción dependerá de la gravedad de la falta, siendo las más graves, causa de despido:

#### a) Relativas a la prestación laboral.

- ✓ *Faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo:* para ello debe existir incumplimiento grave y culpable y ser repetidas e injustificadas. Los convenios sectoriales fijan el nº de días que se consideran graves y sancionables con despido.
- ✓ *Disminución continua y voluntaria del rendimiento “normal o pactado”* por Convenio Colectivo, costumbre, rendimiento del trabajador medio, o desempeño anterior del propio trabajador. Para ser causa justa de despido es necesario que la disminución sea *notoria* y la presencia de *voluntariedad* (*la culpa se presume cuando no consta ningún motivo ajeno al trabajador*) y *continuidad*.

(\*¿Es lícito el despido por disminución de rendimiento respecto al anterior pero siendo mayor a la media “normal” de CC? En la jurisprudencia prevalece el marcado por el Convenio Colectivo, salvo que exista dolo).

#### b) Relativas al deber de disciplina.

- *Indisciplina o desobediencia:* incumplir órdenes del empresario siempre que sean claras, legítimas (en ejercicio de sus funciones directivas) y regulares.
- *Embriaguez habitual o toxicomanía* reiterada o esporádica si pusiera en peligro su actividad laboral.
- *Ofensas verbales o físicas, o acoso de origen racial, étnico, religioso, sexual,* al empresario, a los trabajadores o a sus familias, así como a clientes y público (si bien la previa provocación disculpa o atenúa la falta).

#### c) Relativas al debe de buena fe contractual y abuso de confianza en el trabajo aun cuando no resultase dañada la empresa :

- *violación del debe de fidelidad o sigilo profesional (revelación de secretos).*
- *competencia desleal, abuso de poder, o de confianza o del patrimonio de la empresa,*
- *descuido o negligencia grave en el cumplimiento del deber laboral, etc.*

### 3.2. Forma, tiempo y lugar.

- El plazo para imponer la sanción es de 60 días siguientes a la fecha en que el empresario conociera su incumplimiento, y en todo caso, a los 6 meses de haberse cometido, pasados los cuales prescribe.
- Debe notificar al trabajador y a los representantes por escrito (*carta de despido*) figurando los motivos y fecha en que surtirá efecto (cuyo fin es garantizar sus derechos y delimitar la demanda), pero no hay preaviso ni licencia de 6 horas.
- entregar la propuesta de finiquito cuya aceptación, si bien lo impide demandar, si puede suponerse su conformidad (a diferencia del Despido objetivo). Los representantes tienen derecho a estar presentes en el momento de su firma.
- Si estuviera afiliado a un sindicato, debe dar audiencia a los delegados de la sección sindical. Si fuera un representante de los trabajadores se exige la apertura de expediente contradictorio en el que serán oídos, además del interesado, los restantes representantes. Por Convenio Colectivo se puede fijar requisitos adicionales.

### 3.3. Calificación del despido y efectos jurídicos.

Desde el día siguiente al despido el trabajador es declarado de Oficio por la Inspección de trabajo en *Alta especial* y en situación legal de desempleo (sin perjuicio de su posible retorno al trabajo), cobrando dicha prestación a cargo del Servicio Público de Empleo, que asume la cotización del empresario a la Seguridad Social (que se limita a Contingencias Comunes) y descontando la del trabajador de dicha prestación).

Si no está conforme, debe **demandar** ante el Juzgado de lo Social por el procedimiento de despido del **Art 103LPL** que deberá seguir los siguientes trámites. (*\*recordamos que se aplica igualmente al despido por causas objetivo, con las salvedades indicadas*)

**Plazo 20 días** hábiles de caducidad, que se suspende por presentación de la papeleta de conciliación, reanudándose pasada ésta por el plazo restante.

#### 1º) Acto de conciliación:

Es un requisito previo para la tramitación de cualquier procedimiento por despido, ante la autoridad laboral competente, o la unidad de mediación, arbitraje y conciliación competente

(en función del ámbito). La asistencia de las partes es obligatoria y de no comparecer alguna se archiva (*si falla el demandante*) y deja abierta la vía judicial (*si falla el demandado*) igual que si no se llega a acuerdo. El acuerdo es ejecutivo entre las partes, sin necesidad de ratificación judicial y puede impugnarse por la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos. Las partes pueden designar un árbitro que dicta laudo en 10 días, impugnable solo si éste se excede en el plazo o en sus funciones (*regulando más allá de las condiciones pactadas*)

## **2º) Demanda ante el Juzgado de lo Social,**

Además de los requisitos de toda demanda (**art.80LPL**, órgano ante el que se presenta, partes, hechos, súplica, fecha y firma), debe especificar: lugar de trabajo, categoría profesional, salario, antigüedad, fecha del despido, hechos en que se funda y condición de representante o afiliado, en su caso. El empresario tiene la carga de la prueba de los hechos imputados. El procedimiento será urgente y preferente: celebrado el juicio, el juez dictará sentencia en 5 días, en 2 la notifica y será inmediatamente ejecutiva.

## **3º) Calificación y efectos:**

**a) Procedente:** cuando se haya acreditado la concurrencia de la causa imputada y se hayan cumplido los requisitos de procedimiento. El resultado es la extinción del contrato sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación.

**b) Nulo** el despido por las siguientes causas:

- tener un móvil discriminatorio prohibido en la Constitución o en ley, o se violan derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. *Ej. despedir a un trabajador por afiliarse a Sindicato o participar en la actividad sindical, representativa o reivindicativa).*
- durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad (art.45.1.d) (o el notificado en fecha tal que el preaviso finalice dentro de dicho período).
- a trabajadoras embarazadas (*desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión del párrafo anterior*) y trabajadores que hayan solicitado o estén disfrutando de alguno de los permisos contemplados en **el art. 37.4 y 5** (lactancia de un hijo menor de 9m, guarda legal por cuidado de un menor de 8 años o con discapacidad), o una excedencia por

motivos familiares (**art. 46.3**); así como las trabajadoras víctimas de la violencia de género en situación de reorganización de jornada, suspensión o movilidad geográfica.

- al trabajador/a que se reincorpore al trabajo al finalizar los períodos de suspensión por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de 9 meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo..

Todo ello será de aplicación como causas de nulidad salvo que se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados.

**Efectos:** el despido se tiene por no efectuado, lo que obliga a la readmisión inmediata, con alta en la Seguridad Social desde la fecha del despido, y al abono de salarios de tramitación, deduciendo la prestación por desempleo ya percibida. Si no procede a la readmisión o lo hace irregularmente, el trabajador puede en el plazo de 20 días solicitar la ejecución de sentencia por el *incidente de no readmisión o de readmisión irregular, el juez dicta auto de readmisión* en 5 días con indemnización de hasta **15 días de salario** por año de trabajo, con un tope de 12m, más la equivalente a **despido improcedente**, así como los salarios dejados de percibir hasta la fecha. En tal caso continuará percibiendo la prestación por desempleo.

c) **Improcedente:** (razones de fondo y de forma) si no se acreditó la causa imputada y por no cumplir los requisitos mencionados para el despido. El empresario podrá anticiparse a la sentencia realizando un nuevo despido en los 20 días siguientes al inicial, o en los 7 días siguientes a la sentencia, pagando los salarios entre ambos despidos.

**Efectos:** El empresario tiene 2 opciones, que efectuará por escrito o por comparecencia ante secretaría del juzgado en **5 días** desde la notificación de sentencia. De no hacerlo, se entenderá que opta por readmisión:

- ❖ readmitirle, abonando los salarios de tramitación, y deduciendo la prestación por desempleo percibida (*que entregará a la entidad gestora junto a las cotizaciones*). En tal caso comunicará al trabajador por escrito en los **10 días** siguientes a la notificación de la sentencia, la fecha de reincorporación (*que se producirá a partir de los 3 días siguientes a la recepción del escrito*).

- ❖ Indemnizarle con **33 días** de salario por año de trabajo, con el tope de **24 mensualidades**. La extinción se hace efectiva desde la fecha del cese en el trabajo, consolidando el trabajador la prestación por desempleo percibida, con derecho a seguir cobrando la restante.
  - \* Si el trabajador encontrara otro empleo descontará su salario de los de tramitación.
  - \* Si el trabajador es un representante legal o sindical, le corresponderá a él la opción entre readmisión o indemnización, recibiendo en ambos casos los *salarios de tramitación*; y puede instar el incidente de no readmisión o readmisión irregular.

### NOTAS.

1) **Finiquito:** el empresario debe abonar (*se aconseja estudiarlo con los ejercicios que se adjuntan*):

- Salario de los últimos días trabajados y no cobrados (*está sujeto a cotización a la Seg. Social y a efectos de IRPF*)
- Vacaciones no disfrutadas: 2,5 días por mes, desde el 1 de enero hasta el cese (*y está sujeta a cotización a la Seg. Social y a retención por cuenta de IRPF*)
- Parte proporcional de Pagas extraordinarias: Si las pagas tienen devengo semestral recibirá parte de la paga del semestre en que cesa, calculada desde el inicio del semestre hasta el cese. Si el devengo es anual recibirá parte de las dos pagas contando desde la última que recibió hasta el cese (*están sujetas a IRPF pero no cotiza a la Seg. Social porque se cotiza por ellas de forma prorrataada mes a mes*)
- Indemnización, en caso de que proceda calculada del siguiente modo:  
 = Antigüedad x **días de indemnización** que corresponden (*dependiendo del despido*) x **salario diario** (*que incluirá Salario base+ complementos salariales + prorrata de pagas extras*).

(\*) Al tener *carácter indemnizatorio*, aparece en la nómina como percepción extrasalarial, estando exentas de cotizar a la Seguridad Social y a IRPF, salvo en lo que excedan de los máximos que fija el Estatuto para cada despido. Sin embargo esto ha cambiado a partir del anteproyecto de *Reforma de la Ley Tributaria aprobada por el Consejo de Ministros el 1 de Agosto de 2014* (*pendiente aún de ratificación por las Cortes*), que considera que están sujetas a retención por cuenta IRPF, con independencia de la modalidad de extinción, *las indemnizaciones por despido superiores al mínimo exento*, que (*después de la presión de los sindicatos y buena parte de la opinión pública*) queda fijado en *180.000 euros*. De este modo, deberán tributar solo por la parte que excede de dicho mínimo exento. Asimismo, al tratarse

de rentas obtenidas de forma irregular, el importe sujeto se reducirá en un 30%, tanto si se percibe en pago único como si se hace de forma fraccionada.

(\*) La Autoridad laboral puede ordenar en caso de despidos objetivos y colectivos por insolvencia de la empresa o en despidos por fuerza mayor, que el **FOGASA** abone la totalidad o parte de la indemnización (máximo **una anualidad**) y de los salarios adeudados, incluidos los de tramitación (máx. de **120 días**), calculados sobre el máx. de **duplo del SMI diario**. Sin embargo la **Ley 22/2013**, de 23 de diciembre, **de los Presupuestos Generales del Estado para 2014** suprime la cobertura del FOGASA de **8 días** por año de servicio de la indemnización en empresas de menos de 25 trabajadores (*antes abonaba 8 de los 20 días de la indemnización legal*). Ahora asume una responsabilidad subsidiaria (*en caso de quiebra, suspensión de pagos, concurso de acreedores o quedara exonerada por la autoridad laboral en caso de fuerza mayor*).

2) Los **salarios de tramitación** son los dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia de nulidad o improcedencia con readmisión o hasta que hubiese encontrado otro empleo (*en caso de los representantes de los trabajadores se perciben siempre, aunque éstos optaran por extinguir*). Están sujetos a cotización a la Seguridad Social y a IRPF y computan como alta a efecto de prestaciones. Si pasaron más de 90 días hábiles el empresario podrá reclamar al Estado los que excedan dicho plazo (*1º por vía administrativa y en caso de denegación, por vía judicial ante el juzgado que conoció el caso*). *En caso de insolvencia provisional del empresario, el trabajador puede reclamarlos al FOGASA, si bien se incluirían dentro del máximo de 120 días que abona este organismo.*

### CONCLUSIÓN:

*En la extinción del contrato entran en conflicto los principios de libertad contractual y libertad empresarial, con el derecho al trabajo. El Ordenamiento Jurídico trata de conjugarlos pero en los últimos años, asistimos a una progresiva erosión legal de la estabilidad de empleo, y han hecho del despido uno de los instrumentos más frecuentes en las políticas de empleo para la flexibilización del mercado de trabajo y el reajuste ante los ciclos económicos regresivos, generando inseguridad jurídica al trabajador e importantes costes sociales y humanos.*

*A continuación tienes un CUADRO CON LAS DIFERENTES INDEMNIZACIONES.*

<b>Tipo de Despido</b>	<b>Calificación del Despido</b>	<b>Tipo de contrato</b>	<b>Indemnización</b>
-OBJETIVO o COLECTIVO	PROCEDENTE	INDEFINIDO	20 días de salario por año trabajado, con un máximo de 12 mensualidades.
-OBJETIVO o COLECTIVO	IMPROCEDENTE	INDEFINIDO ORDINARIO (contratos celebrados antes del 12/02/12)	45 días de salario por año trabajado, con un máximo de 42 mensualidades, por el tiempo trabajado hasta el 11/02/12 y de 33 días de salario por año trabajado, con un máximo de 24 mensualidades, por el tiempo trabajador desde el 12/02/12 hasta la fecha del despido.  Si la indemnización por el tiempo trabajado hasta el 11/02/12 supera las 24 mensualidades, ya no se devengaría indemnización por el tiempo trabajado a partir del 12/02/12.
-OBJETIVO o COLECTIVO	IMPROCEDENTE	INDEFINIDO (contratos celebrados a partir del 12/02/12)  INDEFINIDO DE FOMENTO AL EMPLEO	33 días de salario por año trabajado, con un máximo de 24 mensualidades.
-DISCIPLINARIO	PROCEDENTE	INDEFINIDO	Sin indemnización
-DISCIPLINARIO	IMPROCEDENTE	INDEFINIDO (contratos celebrados antes del 12/02/12)	45 días de salario por año trabajado, con un máximo de 42 mensualidades, por el tiempo trabajado hasta el 11/02/12 y de 33 días de salario por año trabajado, con un máximo de 24 mensualidades, por el tiempo trabajador desde el 12/02/12 hasta la fecha del despido.  Si la indemnización por el tiempo trabajado hasta el 11/02/12 supera las 24 mensualidades, ya no se devengaría indemnización por el tiempo trabajado a partir del 12/02/12.
-DISCIPLINARIO	IMPROCEDENTE	INDEFINIDO (contratos celebrados a partir del 12/02/12)	33 días de salario por año trabajado, con un máximo de 24 mensualidades.