

Cristina MIRÓ JOVÉ

---

## LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

Trabajo Fin de Máster  
dirigido por  
Enrique GARCÍA ECHEGOYEN

Universitat Abat Oliba CEU  
Facultad de Ciencias Sociales  
Máster de Abogacía

---

2016



*Laboro omnia vincit*

ANÓNIMO



## **Resumen**

*La garantía de indemnidad es una protección jurídica que el trabajador posee para que el empresario no pueda adoptar ningún tipo de represalia derivada del ejercicio de un derecho o interés que tienen todos los trabajadores.*

## **Resum**

*La garantia d'indemnitat és una protecció jurídica que posseeix el treballador perquè l'empresari no pugui adoptar cap tipus de represàlia derivada de l'exercici d'un dret o d'un interès que tenen tots els treballadors.*

## **Abstract**

*The indemnity guarantee is a legal protection that the employee has in order to the employer can't take any reprisal derives from a right or interest of all the employees.*

## **Palabras claves / Keywords**

Garantía de indemnidad – doctrina y jurisprudencia – derecho del trabajador – derecho fundamental – represalia
--



## Sumario

Introducción .....	9
1. Naturaleza jurídica.....	11
1.1. Los derechos de los trabajadores .....	11
1.2. Concepto .....	12
1.3. Marco normativo.....	14
2. Elementos para la vulneración de la garantía de indemnidad.....	15
2.1. Reclamación del trabajador.....	16
2.2. Represalia empresarial .....	16
3. Procedimiento judicial de un caso de despido con vulneración de la garantía de indemnidad .....	17
3.1. Supuesto de hecho de vulneración de la garantía de indemnidad.....	17
3.2. Relación laboral .....	18
3.3. Reclamación del trabajador .....	21
3.4. Carta de despido .....	22
3.5. Papeleta de conciliación.....	24
3.6. Acta de conciliación.....	25
3.7. Demanda .....	27
3.7.1. Cómputo del plazo .....	27
3.7.2. Jurisdicción, competencia y defensa .....	28
3.7.3. Escrito de demanda .....	29
3.8. Decreto de admisión de la demanda .....	38
3.9. La prueba .....	42
3.10. Celebración del juicio .....	44
3.11. Contestación a la demanda.....	45
3.12. Sentencia.....	50
4. Crítica a la garantía de indemnidad .....	57
Conclusiones .....	59
Bibliografía.....	61
Anexo.....	62



## Introducción

Debemos partir de la idea de que en toda relación laboral el trabajador se encuentra en una situación de subordinación a las órdenes del empresario, es por ello que surgió la necesidad de crear una protección especial para los trabajadores con normas como el Estatuto de los Trabajadores, los diferentes convenios, etc. Pero en ninguna de estas normas se encuentra regulada la garantía de indemnidad, hecho que nos sorprende y nos intriga a la vez. Es por ello que hemos creído necesario realizar este trabajo de final de máster sobre esta figura jurídica para poder aprender más sobre ella.

Antes de empezar propiamente con el trabajo debemos dejar claro que la garantía de indemnidad es un derecho que se ha ido desarrollando fruto de la doctrina creada principalmente por el Tribunal Constitucional y la jurisprudencia que hay sobre ella, esta consiste en evitar que los empresarios tomen represalias contra los trabajadores por reivindicar un derecho o un interés que poseen. Durante las siguientes páginas veremos de manera más amplia la garantía de indemnidad, des de su naturaleza jurídica, la diferente normativa que la crea, hasta un caso práctico sobre la vulneración de dicho derecho. Con todo lo que se irá exponiendo podremos conocer el contenido y el alcance de la garantía de indemnidad y lo que aún es mejor, podremos apreciar cómo se aplica dicho derecho.

Al ser un Trabajo de final de Máster enfocado a una vertiente más práctica, la gran parte de las siguientes páginas son un proceso propio de la jurisdicción social, el mencionado proceso empieza con un supuesto de hecho donde se nos explicará la situación de un trabajador que lo han despedido de su puesto de trabajo sin razón, según él, justificada. A continuación verán que hemos ido plasmando todos los escritos que se deberán realizar en un proceso de estas características, empezando por la carta de despido que ha recibido el trabajador; seguida de la papeleta de conciliación; el acta de conciliación, que evidentemente terminara sin acuerdo para poder seguir con el caso práctico; la demanda y la sentencia. Como se puede ver es un trabajo completamente práctico, aunque en cada apartado iremos explicando la parte teórico-procesal correspondiente a cada momento para así poder relacionar la teoría con la práctica.

Por último y al final de estas páginas encontraran el apartado de conclusiones en el que resumimos de manera genérica todo lo visto en este trabajo de final de máster y las conclusiones que se pueden extraer del mismo. También hay que avisar a los lectores que este trabajo va acompañado de un anexo donde están adjuntos tres documentos que por el tipo de formato no se pueden unir al cuerpo principal del presente trabajo, así como una tabla con el reporte de horas dedicadas al estudio y a la redacción de este documento.

## 1. Naturaleza jurídica

El término garantía de indemnidad no lo encontraremos en las leyes propias de la jurisdicción social, si no que se ha ido configurando a partir de la doctrina y de la jurisprudencia que hay sobre el concepto, ambas han concluido afirmando que la garantía de indemnidad es una vertiente del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva plasmado en nuestra Constitución y por ende vulnerar dicha garantía de indemnidad equivale a vulnerar un derecho fundamental, que tiene como único objetivo proteger a los trabajadores en el ámbito de las relaciones laborales. En los siguientes apartados, verán más detallado el concepto de garantía de indemnidad, el marco normativo que la compone, etc.

### 1.1. Los derechos de los trabajadores

Antes de entrar propiamente en la figura de la garantía de indemnidad, es necesario situarla en el marco normativo, para ello y en primer lugar debemos hablar de los derechos que tienen los trabajadores, porque tal y como se ha ido mencionado la figura jurídica de estudio es un derecho que pueden usar los trabajadores frente a las represalias que puedan imponerles los empresarios:

Los derechos de los trabajadores los encontramos regulados específicamente en el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores<sup>1</sup> titulado "*derechos laborales*", en el mencionado precepto encontramos plasmados todos los derechos básicos que tienen los trabajadores, tales como: la libre elección de profesión, la libertad para poderse unir a un sindicato, derecho a la huelga, derecho a la reunión, etc. Pero en nuestro caso el derecho que nos interesa es el que encontramos en la letra g) del anterior artículo mencionado, donde se nos dice que los trabajadores tienen derecho "*al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo*" este se encuentra estrechamente relacionado con la garantía de indemnidad, ya que los trabajadores deberán poder reclamar sus intereses sin miedo a ser represaliados. Y en el caso de que sean represaliados por ejercitar un derecho podrán recurrir al artículo 24.1 de la Constitución Española, ya que, cualquier español tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, por lo tanto, si a un trabajador se le aplica una

---

<sup>1</sup> Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

represalia por haber instado una reclamación a favor de sus derechos, la doctrina ha fijado que se le vulnerará el derecho a la tutela judicial efectiva o lo que es lo mismo se le vulnerará un derecho fundamental constitucional.

Como ya hemos dicho, los derechos de los trabajadores se encuentran regulados en el Estatuto de los Trabajadores y en la Constitución Española, dentro de esta última a parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva encontramos otros derechos: los que se dirigen única y exclusivamente a los trabajadores, como derecho a la huelga o a sindicarse<sup>2</sup> y otros que no están dirigidos directamente a los trabajadores pero que de igual forma se pueden reclamar ante los Jueces y Tribunales, como por ejemplo la libertad ideológica, religiosa, etc.<sup>3</sup> Es decir, a los trabajadores como a cualquier español se le aplicaran todos los derechos fundamentales regulados en la Constitución.

Por último y haciendo una breve incisión en la historia es importante decir que dichos derechos han ido ganando presencia en los últimos años, puesto que el avance social, cultural y económico de nuestra sociedad ha influido de manera notoria y ha provocado que los ciudadanos tomen conciencia de la importancia que tienen sus derechos y que la vulneración de los mismos es una falta muy grave que pueden llevar ante los Juzgados y Tribunales para su legítima defensa.

## **1.2. Concepto**

El concepto de la garantía de indemnidad se ha ido creando a partir de la jurisprudencia que hay sobre el término, el Tribunal Constitucional ha definido la garantía de indemnidad como *“la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos”* en la SSTC 14/1993 de 18 de enero. Lo que plasma la anterior sentencia es que la garantía de indemnidad protege el hecho de que un trabajador no puede resultar perjudicado por reclamar un derecho, de los previstos en el ya mencionado artículo 4.2 del Estatuto de los Trabajadores donde se especifica en el apartado g) que el trabajador tiene derecho al ejercicio de las acciones derivadas de su contrato.

La garantía de indemnidad, propiamente, surgió de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, quien a través del derecho a la tutela judicial efectiva

---

<sup>2</sup> Art. 28 de la Constitución Española, 1978.

<sup>3</sup> Art. 16 de la Constitución Española, 1978.

recogida en el art. 24.1 de la Constitución Española creó una garantía para evitar cualquier represalia empresarial frente al trabajador por haber hecho uso de sus derechos. La jurisprudencia y la doctrina han ido modificando su significado y hoy en día la garantía de indemnidad protege:

- El acceso a los tribunales mediante acciones judiciales que realice el trabajador cuando considera que el empresario ha instado una represalia contra él por ejercitar un derecho u acción derivada de su contrato.
- La jurisprudencia también ha establecido que la garantía de indemnidad debe ampliar su protección no solo a ejercitar acciones judiciales sino que debe proteger al trabajador de cualquier represalia que realice el empresario contra algún acto previo o preparatorio<sup>4</sup> a la acción judicial.

Un ejemplo de que la garantía de indemnidad va mas allá de solo ejercitar una acción judicial es la Sentencia 55/2004<sup>5</sup>, de 19 de abril, donde se declaró nulo el despido disciplinario que venía causado por unas cartas dirigidas por el abogado de un trabajador a su empresa con reclamaciones sobre una patente de invención. El Tribunal deja clara su postura en los fundamentos de derechos, donde se dice lo siguiente:

*“la garantía de indemnidad del art. 24.1 CE cubre, en consecuencia, todo acto procesal o preprocesal necesario para acceder a los Tribunales de Justicia; tanto, entonces, el ejercicio de la acción en sede jurisdiccional, como los actos preparatorios o previos necesario para dicho ejercicio, pues el derecho a la tutela judicial efectiva es perfectamente compatible con el establecimiento de condicionamientos previos para el acceso a la jurisdicción. Bajo esas circunstancias, en efecto, los mencionados actos previos y obligatorios no pueden permanecer al margen del derecho fundamental de tutela judicial, ya que, de otro modo, se dificultaría la plena efectividad del derecho, resultando sencillo para quien persiga impedir y obstaculizar su ejercicio poner en práctica medidas represivas justo en el*

---

<sup>4</sup> STC 14/1993, de 18 de enero.

<sup>5</sup> JOSÉ LUIS GIL Y GIL. “Despido por represalia y garantía de indemnidad del trabajador”. *Relaciones Laborales*. (2005). Núm. 189, p. 120-121.

*momento anterior al planteamiento de la acción (SSTC 14/1993, de 18 de enero, 140/1999, de 22 de julio y 168/1999, de 27 de septiembre)”*

En conclusión de lo expuesto anteriormente cabe decir que la figura jurídica objeto de estudio, busca proteger al trabajador de cualquier medida represiva del empleador que tenga como finalidad castigar o dificultar la reivindicación de sus derechos ya sea mediante una reclamación judicial o una extrajudicial.

### **1.3. Marco normativo**

Como ya se ha mencionado en el punto anterior la garantía de indemnidad no está recogida en una sola norma sino que la crean una mezcla de diferentes normas, es por ello, que a continuación vamos a plasmar las diferentes fuentes en las que se basa la garantía de indemnidad:

- En primer lugar encontramos el ya mencionado artículo 24 de la Constitución Española, donde se nos dice lo siguiente: *“todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”* por lo que la garantía de indemnidad está estrechamente relacionada con un derecho constitucional y por lo tanto vulnerarla se puede igualar a vulnerar un derecho fundamental.
- En segundo lugar cabe decir que la garantía de indemnidad guarda una estrecha relación con el artículo 4.2.g) del Estatuto de los Trabajadores, donde se reconoce al trabajador el derecho *“al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo”*. Dentro del mismo precepto legal encontramos que una parte de la doctrina defiende que hay un vínculo entre el artículo 17.1 y la garantía de indemnidad, puesto que nos indica que:

*“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”*

Aunque la otra parte de la doctrina defiende que este artículo trata del derecho a la igualdad y no discriminación contemplado en el artículo 14 de la Constitución Española y no al derecho a la tutela judicial efectiva.

- Otra norma fundamental dentro del marco normativo propio de la garantía de indemnidad es el artículo 5. c) del Convenio nº 158 de la Organización Internacional del Trabajador sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982, donde se dice. *“entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes: [...] c) 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”*.

Como se puede apreciar en lo establecido anteriormente no existe mucha normativa que regule la garantía de indemnidad y es por ello que la doctrina y la jurisprudencia ha jugado un gran papel a la hora de establecer el significado de la garantía de indemnidad y lo que conlleva su vulneración. Para poder hacer más ameno este Trabajo de Final de Máster iremos mencionando la diversa jurisprudencia que existe al respecto a lo largo de las siguientes páginas.

## **2. Elementos para la vulneración de la garantía de indemnidad**

Para que estemos frente a una vulneración de la garantía de indemnidad deben concurrir tres elementos que son los siguientes: en primer lugar debe de haber una reclamación o una acción judicial instada por el trabajador en reclamación a sus derechos, seguido de una actitud represiva por parte del empresario a consecuencia de la reclamación y por último debe haber una relación temporal entre ambos elementos que la jurisprudencia ha llamado *nexo de causalidad*.

Estos elementos los ha ido estableciendo la diversa doctrina que existe sobre la garantía de indemnidad.

### ***2.1. Reclamación del trabajador***

Para que se pueda alegar vulneración de la garantía de indemnidad es lógico que el trabajador deba aportar algún indicio razonable que permita generar una sospecha acerca de que la posible represalia puede haber venido derivada de una reclamación de derechos, no sirve la mera declaración de la vulneración sino que el trabajador en este caso debe probarlo de manera suficiente.

En el caso práctico de este trabajo, vemos que el trabajador a parte de mencionar en el escrito de demanda que mantuvo varias conversaciones reclamando que se le pagaran las pagas extras, aporta en el mismo escrito una carta que mando al empleador exigiendo dichas cantidades, con lo que ya tenemos un indicio que demuestra la iniciativa del trabajador para hacer valer sus derechos. Cabe decir que la jurisprudencia también ha dado mucha importancia a la buena fe del trabajador, es decir, que sea una reclamación de vulneración de un derecho real y no una invención del trabajador aprovechándose de la alta protección que les da la normativa.

### ***2.2. Represalia empresarial***

Desde el momento en que hay un indicio suficiente llevado a cabo por el trabajador la carga de la prueba se invierte sobre el empresario que deberá probar que su actuación no fue represiva. En nuestro caso práctico el empleador deberá probar las razones que alega en la carta de despido y deberá dar motivos razonables y suficientes, cabe decir que en la jurisdicción social y concretamente en los casos de despidos la carga de la prueba se invierte y siempre recae sobre el empresario. Por lo tanto, el empleador deberá demostrar que las causas que motivan el despido son completamente ajenas a cualquier intención de represalia frente al trabajador, de lo contrario significará que la medida llevada a cabo por la empresa será injustificada y lesiva y por lo tanto impugnabile. La falta de una prueba sólida y suficiente por parte del empresario es un indicio que se hizo con ánimo represivo y por lo tanto con la intención de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva. En el caso que exponemos, el empresario dará razones para justificar el despido pero no va a probarlo suficientemente y lo haremos así para poder redactar una sentencia a favor del trabajador.

Otro criterio que debemos tener en cuenta es la proximidad temporal entre la incitativa del trabajador y la represalia o reacción del empresario, puesto que dicha represalia debe ser inmediata o en un momento cercano en el tiempo<sup>6</sup>. Pero se debe usar este criterio con cuidado, ya que, podría ser una práctica a seguir el hecho de esperar para llevar a cabo la represalia y así evitar que se califique como vulneración de la garantía de indemnidad. Por ello, este criterio por sí solo no tiene ningún tipo de validez sino que se debe comparar y juntar con los demás criterios (iniciativa del trabajador y reacción del empresario) para que tenga fundamento.

### **3. Procedimiento judicial de un caso de despido con vulneración de la garantía de indemnidad**

Antes de exponer en las siguientes páginas de este trabajo todos los documentos y escritos propios del proceso judicial debemos tener en cuenta algunas cuestiones plasmadas en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. En el procedimiento laboral hay el procedimiento ordinario que es el genérico y luego encontramos en la ley varias modalidades procesales reguladas en el Título II. Como cabe esperar el Despido es una de estas modalidades procesales y por lo tanto todo el proceso será diferente al común, como sucede en nuestro caso práctico puesto que se trata de un despido y por lo tanto es una modalidad regulada en los artículos 103 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Social y tiene algunas características que se irán explicando en el cuerpo de este trabajo.

#### **3.1. Supuesto de hecho de vulneración de la garantía de indemnidad**

El **Sr. MATEO MARTÍNEZ GIL** ha venido prestando servicios para el restaurante de 4 tenedores: **BISTRÓ MIRÓ, S.L.** Se le ha aplicado como a todos sus empleados el Convenio colectivo propio (*Convenio Colectivo de trabajo interprovincial del sector de la industria de hostelería y turismo de Cataluña*). El Sr. MARTÍNEZ trabaja para el restaurante BISTRÓ MIRÓ, S.L desde el día 23-11-2011, a jornada completa, con categoría profesional reconocida por la empresa de Jefe de Sala (Nivel 1 según Convenio) con salario mensual bruto de 1.669.60€ mensuales. Se adjunta como **DOCUMENTO NÚMERO 1 y 2** (lo encontraran en el anexo adjuntado a este trabajo)

---

<sup>6</sup> STC 140/1999, STC 168/1999 y STC 101/2000.

el alta a la Seguridad Social del Sr. MARTÍNEZ y el contrato indefinido que se le realizó.

El Sr. Martínez siempre ha trabajado muy a gusto en el restaurante, pero desde hace un año ha tenido varias discusiones con los propietarios de Bistró Miró, S.L. El Sr. Martínez siempre ha cumplido con su trabajo de manera diligente y responsable, además de ser muy bueno como Jefe de Sala por ser una persona muy sociable.

En fecha 1 de septiembre de 2015 la empresa Bistró Miró, S.L le debía al Sr. Martínez y a todos los trabajadores las pagas extras del mes de Diciembre de 2014 y Junio de 2015 ascendientes a un total de **TRES MIL TRES CIENTOS TREINTA Y NUEVE EUROS con VEINTE CÉNTIMOS DE EURO //3.339.20€//**. Después de hablar “in voce” con los dueños del restaurante y al no recibir la cantidad que se le debía le mando un buro fax a la empresa en la que le pedía dichas cantidades.

Unos días después del buro fax el ambiente en el trabajo cambió y el Sr. Martínez sentía que los jefes no le hablaban como antes y que no le tenían en cuenta para tomar las decisiones. Pasados unos días, concretamente en fecha 03-12-2015 la empresa **BISTRÓ MIRÓ, S.L.** informó al trabajador **MARTÍNEZ** sobre su despido y se le entregó la correspondiente carta de despido.

En la carta de despido se alega como causa de despido disciplinario haber bajado el rendimiento de manera voluntaria en el lugar de trabajo, pero el Sr. Martínez sabe que no es así y cree que es una represalia por haber reclamado las pagas extras de Junio y Diciembre, ya que fue el único empleado que las reclamó. Por todo ello, quiere impugnar el despido y se pone en manos de una Abogada la Sra. **MARIA SILVA**, con número de colegiada: 22.860.

### ***3.2 Relación laboral***

Antes de empezar con todo el procedimiento deberemos analizar si la relación que hay entre el trabajador el Sr. MATEO MARTÍNEZ GIL y la empresa BISTRÓ MIRÓ, S.L. es o no laboral.

Para empezar vamos a hablar sobre la relación laboral, es importante delimitar la relación laboral de otras figuras afines puesto que muchas veces se tiende a creer que estamos ante una relación laboral cuando en verdad estamos en otra modalidad

contractual, como puede ser un contrato mercantil o civil, esta tendencia tiene muchas veces como fin eludir los deberes y responsabilidades que el ordenamiento jurídico impone al empleador, es por ello que es importante saber si estamos o no ante una relación laboral, para saber si podemos aplicar la normativa laboral al caso.

Para poder saber si estamos o no ante una relación de carácter laboral debemos acudir al primer artículo del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, donde se dice lo siguiente:

*“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”*

De este artículo se pueden extraer los requisitos que se deben cumplir para que exista una relación laboral, para ello debe ser una relación:

- Personal: debe ser el propio trabajador el que realice la actividad y no otra persona.
- Voluntaria: El trabajador debe realizar la actividad o el servicio de manera voluntaria, no puede ser obligado en contra de su voluntad.
- Por cuenta ajena: que será la puesta a disposición del empresario de los materiales necesarios para realizar el trabajo, la adopción del empresario de las decisiones en relación con el mercado, como la fijación de precios o tarifas, así como la remuneración del trabajador.
- Retribuida: el trabajador debe ser retribuido, es decir, debe percibir un salario.
- Dependiente: que consiste en que el trabajador está sometido al poder de organización y disciplina del empresario, deberá trabajar con los medios y materiales que le dé el empresario y recibirá órdenes de cómo y dónde debe realizar su trabajo

Para poder ser mas precisos en nuestro análisis debemos saber si estamos o no ante una relación laboral y que tipos de relaciones están excluidas del ámbito de aplicación de las normas laborales, para ello debemos acudir al propio Estatuto de los Trabajadores concretamente en su artículo 1.3 donde se tipifica que tipos de relaciones están excluidas:

- La relación de servicio de los funcionarios públicos.
- Las prestaciones personales obligatorias. (no se cumple el requisito de la retribución).
- La de consejeros en las empresas societarias cuando no desarrollen otra actividad en la empresa. (en este caso no se cumple el requisito de la dependencia).
- Los trabajadores realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad. (no se cumple el requisito de la retribución).
- Los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes lo lleven a cabo. Se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge y los familiares por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción. (en este caso no se cumple el requisito de la retribución).
- Personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, siempre que queden personalmente obligados a responder del buen fin de la operación asumiendo el riesgo. (no cumplen los requisitos de dependencia ni ajenidad).

Por último en la misma normativa (Estatuto de los Trabajadores) se encuentran reguladas en su artículo número 2 las relaciones laborales de carácter especial, estas son relaciones que reúnen todos los requisitos de la prestación de trabajo, pero que por sus especialidades se rigen por normativas propias:

- El personal de alta dirección.
- El servicio del hogar familiar.
- Los penados en instituciones penitenciarias.
- Los deportistas profesionales.
- Los artistas en espectáculos públicos.
- Las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresas sin asumir riesgo.
- Los discapacitados en centros especiales de empleo.
- Los estibadores portuarios.
- Los menores sometidos a la ejecución de medidas de internamiento para el cumplimiento de su responsabilidad penal.
- Los abogados.
- Los de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud.

Por lo tanto y expuesto lo anterior, podemos ver que en nuestro supuesto de hecho nos encontramos ante un caso de relación laboral al que se le aplicaran las normas del Derecho Laboral, ya que, se trata de un empleado que trabaja en un restaurante (personal, voluntariedad), donde cumple un horario que le ha impuesto el propio empresario y es el empresario el que le dice como debe hacer su trabajo (cuenta ajena y dependencia) y recibe un salario por hacerlo (retribuida), además no se encuentra en ninguno de los casos de relación laboral especial ni tampoco de relación excluida.

### **3.3. Reclamación del Trabajador**

Una vez ya sabemos que se trata de una relación laboral y que por lo tanto podemos aplicar las leyes propias del derecho laboral, vamos a empezar con todo el procedimiento.

Para hacer más amena la lectura de este trabajo iremos adjuntado, de forma ordenada, los diferentes documentos que serían propios de un procedimiento laboral de estas características. El primero de todos los documentos que debemos tener en cuenta en el caso que nos atañe es la reclamación extrajudicial que realiza el trabajador y sobre la que va a haber una represalia. En este supuesto de hecho se trata de un buro fax que mandó el trabajador reclamando las pagas extraordinarias de navidad y verano:

**BISTRÓ MIRÓ, S.L.**  
c/ Rambla del Celler SN  
Sant Cugat del Vallès

Estimados Señores,

Mediante el presente les informo que no me han sido abonadas la paga extra del mes de diciembre de 2014 ni tampoco la paga extra del mes de junio de este año 2015, a las que tengo derecho como trabajador de esta empresa **BISTRÓ MIRÓ, S.L.** en virtud del artículo 31 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores:

*"El trabajador tiene derecho a dos gratificaciones extraordinarias al año, una de ellas con ocasión de las fiestas de Navidad y la otra en el mes que se fije por convenio colectivo o por acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores. Igualmente se fijará por convenio colectivo la cuantía de tales gratificaciones.*

*No obstante, podrá acordarse en convenio colectivo que las gratificaciones extraordinarias se prorrateen en las doce mensualidades."*

Por lo expuesto anteriormente, pido mediante este escrito que me sean abonadas dichas gratificaciones extraordinarias en la mayor brevedad posible, de lo contrario la empresa no me dejará más remedio que acudir a la vía judicial.

Atentamente,



MATEO MARTÍNEZ GIL

01/07/2015.

### **3.4. Carta de despido**

En segundo lugar y siguiendo el orden cronológico, el documento que vendría después de la reclamación del trabajador es la represalia del empresario que en este caso se trata de una carta de despido disciplinario:

En Barcelona, 03/12/2015

Señor **MATEO MARTÍNEZ GIL,**

Sirva la presente para comunicarle que, al amparo de lo establecido en el artículo 57 del vigente Convenio Colectivo aplicable a su relación laboral, y en concordancia con las disposiciones del artículo 56.7 del mismo texto legal, nos vemos en la necesidad de formalizar la presente **NOTIFICACIÓN DE DESPIDO** de acuerdo a los siguientes,

#### **H E C H O S**

1. Haber disminuido de manera voluntaria y continuada su rendimiento normal de la labor en el lugar de trabajo que ocupa.

#### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL DESPIDO**

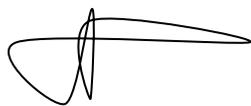
**PRIMERO.-** Es de aplicación el artículo 56.7 del vigente Convenio Colectivo, en ***cuanto tipifica como falta muy grave la disminución voluntaria y continuada en el rendimiento normal de la labor.***

**SEGUNDO.-** Es también de aplicación el artículo 57 del mismo texto legal en cuanto dispone como ***sanción para las faltas muy graves la rescisión del contrato de trabajo por despido disciplinario.***

**TERCERO.-** Debe también considerarse aplicable el artículo 55.1 del vigente Estatuto de los Trabajadores, en cuanto dispone como formalidad necesaria para el ***despido disciplinario la notificación por escrito con mención de los hechos que lo motivan y la fecha de efecto.***

Así pues, es nuestra obligación comunicarle fehacientemente que ante los hechos descritos, debe usted considerarse ***DESPEDIDO*** de esta empresa con plenos efectos de extinción de la relación laboral a partir del mismo día **03/12/2015**

Firmado: **BISTRÓ MIRÓ**



Como vemos en la carta de despido se trata de un despido disciplinario por “*disminución voluntaria y continuada en el rendimiento normal de la labor*”, el despido es una modalidad procesal en las normas del derecho laboral y hay unos plazos que el trabajador debe tener en cuenta para actuar cuando crea que el despido no está justificado. Para saber dichos plazos debemos acudir al artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores o al 103.1 de la Ley de la Jurisdicción Social, donde se nos dice que contra el despido se tiene un plazo de veinte días hábiles para oponernos. También debemos tener en cuenta que el cómputo del plazo se inicia al día siguiente a la fecha en que es efectivo el despido, en nuestro caso, el cómputo del plazo empezaría al día siguiente a la recepción de la carta de despido, es decir el plazo de veinte días empieza el: 04/12/2015

Para poder realizar el cálculo del plazo correctamente debemos saber que en la jurisdicción laboral los sábados, los domingos y los festivos no computan, así como no computa el mes de Agosto en virtud del artículo 43.4 de la Ley de la Jurisdicción Social.

### **3.5. Papeleta de conciliación**

Como en nuestro supuesto de hecho el trabajador no está de acuerdo con el despido va a oponerse al mismo y para ello es necesario que presente la papeleta de conciliación, en nuestro caso y dado que el formato que hemos usado para realizar la papeleta no es compatible con el de este trabajo, la hemos adjuntado como **Documento número 3 en el Anexo.**

Sobre la papeleta de conciliación cabe destacar algunos conceptos. En primer lugar la conciliación en la jurisdicción social tiene carácter obligatorio y esto es debido a que uno de los principios que rigen la jurisdicción social es evitar el proceso y fomentar la mediación entre las partes, es decir se busca a toda costa que las partes lleguen a un acuerdo, tanto es así que la ley reguladora de la jurisdicción social prevé dos conciliaciones previas al juicio; la primera se encuentra regulada en los

artículo 63 y siguientes de la ley, y se debe anunciar mediante papeleta de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma esta función, en nuestro caso cómo se trata de un despido que se realiza en Catalunya el órgano competente para realizar este acto es el SEMAC (Servei de Mediació, Arbitratge i Conciliació); y la segunda conciliación se encuentra prevista en el artículo 84 de la Ley Reguladora y se realiza ante el letrado de la administración de justicia justo antes del acto de juicio.

Otra de las razones por las que la papeleta de conciliación es importante es porque suspende el plazo de caducidad e interrumpe el de prescripción, es decir, en nuestro caso tal y como prevé el artículo 65.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, tendremos un plazo máximo de quince días, desde el 08/12/2016 (fecha en que se presenta la papeleta) para poder realizar la conciliación, pero después de dicha conciliación el computo se retoma NO se reinicia.

Por último comentar que en el caso que nos compete la papeleta de conciliación la presenta el propio trabajador puesto que es él el que no está de acuerdo con el despido y quiere iniciar la vía judicial

### **3.6. Acta de conciliación**

Como ya se ha comentado en el apartado anterior el siguiente paso procesal es realizar la conciliación, para ello el *Departament d'Empresa y Ocupació* cita a las partes a realizar el acto conciliador, la asistencia a dicho acto es de carácter obligatorio para los litigantes, tanto es así, que en el caso que alguna de las partes se la cite debidamente y no se persone se deberá hacer constar expresamente en el certificado del acta de conciliación y se tendrá por intentada sin efecto, en cuyo caso el juez o tribunal impondrá las costas del proceso a la parte que no hubiere comparecido sin justa causa, todo ello previsto en el artículo 66 de la Ley de Jurisdicción Social.

Cabe destacar otra vez la importancia en la jurisdicción social de la conciliación, ya que, lo acordado en el acta constituirá título para iniciar las pertinentes acciones ejecutivas sin necesidad de ratificación ante el juez o tribunal, es decir se equiparará a una sentencia firme a efectos de ejecución.

A continuación veremos el acta de conciliación que se realiza en el caso de estudio de este trabajo que terminará sin acuerdo para así poder seguir con los demás documentos procesales.

**GENERALITAT DE CATALUNYA**  
**DEPARTAMENT D'EMPRESA I OCUPACIÓ**  
Serveis Territorials a Barcelona

**ACTA DE CONCILIACIÓ**

Expedient núm. 000000/2015

A Barcelona a les 10:20 hores del dia 16 de desembre de 2015

**DAVANT MEU**, Maria Sola Lanau, lletrada conciliadora designada per conèixer en aquest acte de l'expedient indicat a l'encapçalament, incita en virtut de papereta de conciliació en reclamació per ACOMIADAMENT (notificat 03-12-2015 i amb efectes 03-12-2015) registrada d'entrada en aquests Serveis Territorials en 08-12-2015 per:

Mateo Martínez Gil

Enfront de:

BISTRÓ MIRÓ, S.L

**COMPAREIXEN:**

Per la part sol·licitant:

Mateo Martínez Gil amb DNI 000000000, en nom propi, que consta citat/ada i del/de la que figuren a l'expedient les altres circumstàncies personals.

Per la part no sol·licitant:

BISTRÓ MIRÓ, S.L, que ha estat citat/ada, representat/ada per Sergi Miró amb DNI 000000000, administrador/a.

**OBERT L'ACTE**

La part interessada sol·licitant s'afirma i ratifica en el contingut de la papereta i manifesta que no està d'acord amb l'acomiadament.

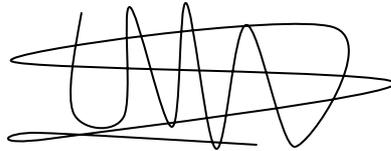
Concedida la paraula a la part interessada no sol·licitant BISTRÓ MIRÓ, S.L manifesta que s'oposa a la demanda per les raons que al·legarà en el moment processal oportú.

L'acte de conciliació finalitza **SENSE AVINENÇA**.

Llegida l'acta, que les parts troben conforme, la signen i els en dono la corresponent còpia certificada. De tot plegat dono fe.

La lletrada conciliadora:

Maria Sola Lanau



### **3.7. Demanda**

El siguiente paso después de haber realizado el acto de conciliación sin acuerdo, es presentar la demanda al juzgado correspondiente, para ello deberemos tener en cuenta lo siguiente:

#### **3.7.1. Cómputo del plazo**

Recordemos que el plazo que tiene el trabajador para realizar las acciones pertinentes sobre el despido es de veinte días, pero este plazo se suspendía quince días máximo para realizar la conciliación. Para hacerlo más visible y entendedor vamos a contar el plazo que nos queda para presentar la demanda de nuestro supuesto de hecho y para ello debemos tener en cuenta las siguientes fechas:

Carta de despido	03/12/2015 efecto des del día siguiente 04/12/2015
Papeleta de conciliación	08/12/2015
<b>Entre ellas han pasado dos días hábiles</b>	

El computo del plazo empieza a contar des de el 04/12/2015 (viernes) hasta el 08/12/2015 que es cuando se suspende, por lo tanto han pasado 2 días, de los 20 que tenemos como límite. Se suspende el plazo hasta el día siguiente a la

realización del acta de conciliación sin acuerdo, lo que significa que el 17/12/2015 se reanuda el plazo de los 18 días (puesto que dos ya los hemos gastado), por lo tanto si vamos sumando teniendo en cuenta los festivos de navidad y los fines de semana tenemos hasta el 19 de enero de 2016 para poder presentar la demanda.

Cabe decir que una vez vence el plazo este se puede ampliar en virtud del artículo 45.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social donde se nos dice que la presentación de la demanda puede hacerse hasta las 15:00 horas del día hábil siguiente al último día del plazo, es decir tendríamos hasta el día 20/01/2016 para poder presentar la demanda al decanato.

### **3.7.2. Jurisdicción, competencia y defensa**

La jurisdicción la encontramos regulada en los artículos 1 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y como se plasma en ellos, son competentes los órganos jurisdiccionales del orden social en las materias que tratan sobre temas laborales y de Seguridad Social, así como, las impugnaciones de las Actuaciones de las Administraciones relacionadas con las materias anteriores. En nuestro caso práctico es competente el Juzgado de Terrassa, porque es el que por territorio corresponde a Sant Cugat del Vallès en materias de la jurisdicción social.

La competencia la encontramos regulada en los artículos 4 y siguientes del mismo precepto legal y en ellos se dice que los órganos del orden social podrán conocer y resolver cuestiones previas que pertenezcan a otro orden, para dar más rapidez al proceso, en nuestro supuesto de hecho no tendrán que resolver ninguna cuestión de otro orden porque no se va a plantear, pero si fuera el caso los juzgados de los social podrían resolver la cuestión de otra jurisdicción. En nuestro caso conocerá el asunto el Juzgado de lo Social de Terrassa en virtud de lo establecido en el artículo 6 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social: *“los juzgados de lo social conocerán en única instancia de todos los procesos atribuidos al orden jurisdiccional”*.

En último lugar creemos importante dedicar una líneas de este trabajo al asunto de la defensa letrada, ya que, en el orden social no es obligatoria en primera instancia y ello lo vemos plasmado en el artículo 21 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, donde se dice que en primera instancia la intervención de abogado, graduado social o procurador es facultativa, en cambio en el recurso de suplicación

es de carácter obligatorio. Además si el demandante quiere asistir representado por abogado lo deberá hacer constar en la demanda para que así el demandado pueda también ir representado por abogado o graduado social y de esta manera garantizar el principio de igualdad de las partes.

### **3.7.3. Escrito de demanda**

#### **AL JUZGADO SOCIAL DE TERRASSA**

Que **MATEO MARTINEZ GIL**, mayor de edad, con DNI. Núm. 53291660Q i domicilio 08182 SANT CUGAT DEL VALLÈS calle Caldes, 35, L, como mejor proceda en derecho **COMPARECE Y DICE:**

Que interpongo escrito de demanda **EN RECLAMACIÓN DE DESPIDO NULO Y SUBSIDIARIAMENTE IMPROCEDENTE** instado por la empresa **BISTRÓ MIRÓ, S.L.** con domicilio en 08190 SANT CUGAT DEL VALLÈS, calle Rambla del Cellar, núm. 20, demanda que se basa en los siguientes:

#### **H E C H O S :**

##### **PRIMERO.- CIRCUNSTANCIAS PERSONALES**

Que el DEMANDANTE es trabajador de la empresa **BISTRÓ MIRÓ, S.L.** con las siguientes características:

- Antigüedad en la empresa des de fecha 23 de noviembre de 2011, con contrato por lo tanto indefinido y jornada real de trabajo de 60 horas semanales, de martes a domingo haciendo hincapié en este sentido que aunque en el contrato la jornada formalmente establecido era de 40 horas semanales, la realidad es que des de el primer día la jornada diaria ha sido superior a las 10 horas ( de

11,30 a 16,30 i de 19,30 hasta el cierre del local, siempre más tarde de las 00:30), dando servicio como jefe de sala des de su apertura hasta el cierre y la posterior liquidación de la caja. Se adjunta al presente escrito el contrato de trabajo que se realizó, como **DOCUMENTO NÚMERO 1** (que en nuestro caso lo tenemos adjunto en el Anexo , como documento número 2)

- Con categoría profesional de jefe de Sala.
- Que la empresa **BISTRÓ MIRÓ, S.L.** no prorrateo las pagas extras y por lo tanto la retribución mensual salarial bruta era de **//1.669,60 €// MIL SEIS CIENTOS SESENTA Y NUEVE euros con SESENTA céntimos.** (menos los meses de Diciembre y Junio en los que, teóricamente, el salario era de **//3.339,20// TRES MIL TRES CIENTOS TREINTA Y NUEVE euros con VEINTE céntimos.**)

Aunque se va a acreditar documentalmente en el presente escrito se quiere poner de manifiesto que la empresa no pago ni las horas extraordinarias efectuadas ni tampoco las últimas pagas extras de navidad de 2014 ni verano 2015, gratificaciones extraordinarias a las que tengo derecho como trabajador en virtud del artículo 31 del Estatuto de Trabajadores. Se adjunta al presente escrito la nómina del mes de diciembre de 2014 y la nómina del mes de junio de 2015 como **DOCUMENTO NÚMERO 2,** con la finalidad de mostrar que no se pagaron las mencionadas pagas extras.

Que la empresa tampoco lo ha compensado con días festivos siempre con la promesa reiterada de compensarlo más adelante en función de las posibilidades del servicio. Que nunca he reclamado que me paguen las horas extraordinarias porque el volumen el trabajo era muy elevado, pero lo que sí que reclamé fue el pago de las pagas extras mediante un buro fax que mandé a la empresa y que adjunto en este escrito como **DOCUMENTO NÚMERO 3** (que en nuestro caso lo encontramos en el apartado 3.3 de este trabajado, titulado reclamación del trabajador).

## SEGUNDO. - DEL DESPIDO

Que meses antes de recibir la carta de despido tuve varias conversaciones con los representantes de la empresa porque aún no habían abonado a ninguno de los trabajadores la paga extra de navidad (que se tenía que abonar en Diciembre de 2014). Que delante de mis reiteradas quejas los responsables me dijeron que no estaban pasando un buen momento económico pero que nos abonarían las pagas tan pronto como pudiesen. Pasado unos meses y viendo que tampoco nos efectuaban el ingreso de la paga extra de verano, volví a quejarme a los responsables de la empresa mediante un buro fax, del que no obtuve ninguna respuesta. Se ha adjuntado al presente como documento número 3 el citado buro fax.

Que a pocos meses de esta conversación concretateme en fecha 3 de diciembre de 2015 al ir a mi sitio de trabajo la empresa no me permitió acceder al mismo y me despidió mediante la correspondiente carta de despido, dándome como única y falsa explicación la disminución voluntaria y continuada del rendimiento normal de la labor. Sobre lo anterior debo dejar claro que siempre he realizado más horas de las establecidas en mi contrato y nunca las he reclamado, que siempre he realizado bien mi trabajo y que hasta día de hoy no he tenido ninguna queja. Es por ello que no tiene ningún fundamento la razón alegada por la empresa en la carta de despido.

Después de entregarme dicha carta el encargado me requirió que recogiera de inmediato mis efectos personales y me hizo firmar unos documentos de los que no me dieron copia, facilitándome únicamente la certificación de cotizaciones para tramitar el subsidio, hecho que realice de inmediato el mismo día para agilizar el trámite al máximo.

Como complemento a esta explicación, tampoco no me liquidaron los salarios pendientes ni las horas extraordinarias ni las pagas extras no satisfechas, ni ningún tipo de cantidad indemnizatoria por el despido.

**TERCERO.- DE LA NULIDAD Y LA SUBSIDIARIA IMPROCEDENCIA**  
**DEL DESPIDO**

Por todo lo expuesto en anterioridad, el despido que ha sufrido esta parte se debe de considerar NULO en virtud de la vulneración de un derecho fundamental, puesto que, según la explicación de los hechos acontecidos, vemos que dicho despido es una represalia por haber reclamado extrajudicialmente las pagas extras de navidad y verano, cuando el trabajador tiene derecho a ejercer cualquier acción individual derivada de su contrato de trabajo y así se establece en el artículo 4 letra g del Estatuto de los Trabajadores.

Por lo tanto estamos ante un caso claro de vulneración de la garantía de indemnidad, en el que se ha vulnerado el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de nuestra Constitución y en este mismo sentido se pronuncia reiterada jurisprudencia, como por ejemplo: la STC 14/1993, de 18 de enero del Tribunal Constitucional donde se definió la garantía de indemnidad por primera vez:

*"la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos"*

En el mismo sentido se pronuncian otras sentencias tales como: STC 7/1993, STC 197/1999, STC 140/1999, STC 5/2003, STC 55/2004, STC 38/2005 entre otras.

Por lo tanto y por todo lo expuesto se debe declarar NULO el despido de la empresa **BISTRÓ MIRÓ S.L.** y subsidiariamente y en el caso de que no se declare nulo, deberá declararse como IMPROCEDENTE.

#### **CUARTO.- DE LA CONCILIACIÓN PREVIA**

Esta parte pone de manifiesto que en fecha 16 de diciembre de 2015 se celebró la conciliación previa ante el *Servei de Conciliacions Individuals del Departament d'Empresa i Ocupació de la Generalitat de Catalunya*, que terminó sin acuerdo.

Se acompaña como **DOCUMENTO NÚMERO 4** (que en nuestro caso lo encontramos en el apartado 3.6 de este trabajo titulado acta de conciliación) copia de la citada conciliación.

Los anteriores hechos se basan en los siguientes:

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **I. Jurisdicción y Competencia**

Es competente el juzgado al que se dirige la presente demanda en virtud de lo establecido en los artículo 1 y 2 a) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, puesto que la pretensión que se ejercita tiene como base el contrato de trabajo celebrado entre el actor y la demandada.

La competencia corresponde a los juzgados de lo social y concretamente a los Juzgados de Terrassa en virtud de los artículos 6 y 10.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

#### **II. Legitimación**

Ambas partes se encuentran legitimadas en el presente procedimiento por sus condiciones de empresario y trabajador.

Al tratarse de una vulneración de un derecho fundamental será necesaria la presencia del Ministerio Fiscal, tal y como establece el artículo 177 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

### **III. Procedimiento**

La presente demanda se adapta en su contenido a los requisitos y exigencias del artículo 80 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Según lo dispuesto en el artículo 63 de la referida Ley procesal se ha intentado la conciliación previa, como se ha acreditado en el presente texto.

### **IV. Fondo del asunto**

El artículo 24 de la Constitución Española, que regula el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva y que dispone de manera taxativa que:

“1.Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”

El artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores donde se regula cuando el despido es improcedente:

“4. El despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. Será improcedente en caso contrario o cuando en su forma no se ajustara a lo establecido en el apartado 1.”

El artículo 4.2. g) del Estatuto de los Trabajadores:

“el ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo”

Del mismo texto legal el artículo 17.1 donde se indica que serán nulas:

“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 principio de igualdad de trato y no discriminación”

El artículo 5 c) del Convenio nº 158 de la OIT donde se calificará como improcedente:

“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”.

Sentencia 14/1993, criterio seguido por las STC 197/1998, STC 140/1999 entre otras

“que del ejercicio de la acción judicial, de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza”

El principio de *Iura novit Curia*.

Por todo lo expuesto,

**SUPLICO AL JUZGADO**, que tenga por presentado este escrito y la documentación que lo acompaña, que lo admita a trámite y en sus meritos que tenga por interpuesta en tiempo y forma demanda de **DESPIDO NULO Y SUBSIDIARIAMENTE IMPORCEDENTE**, contra la empresa BISTRÓ MIRÓ S.L. cuyos datos constan en la primera parte de esta demanda y previos los trámites legales oportunos, designe día y hora para la celebración del acto de juicio y una vez celebrado este último dicte sentencia en la cual y en vista de los hechos expuestos i los fundamentos de derecho referido en este escrito y todos aquellos que en virtud del principio general de "iura novit cúria" sean de aplicación a este pleito, **declare la NULIDAD del despido con efectos el 3 de diciembre de 2015, por vulneración de la garantía de indemnidad y en consecuencia se condene a la empresa BISTRÓ MIRÓ, S.L. a reincorporar al suscriptor de la presenta a su antiguo puesto de trabajo con el desempeño de las funciones y condiciones laborales que venía realizando, abonando los salarios que ha dejado de percibir des de la fecha del despido hasta el dictado de la sentencia.**

Subsidiariamente a lo anterior, **que se declare la IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO referido, condenando en este caso de forma expresa a la empresa a optar según lo dispuesto legalmente entre la readmisión el trabajador en las condiciones anteriores al despido o al pago de la indemnización máxima legalmente establecida.**

**PRIMER OTRISÍ DIGO:** Que sin perjuicio de las pruebas que esta parte pueda proponer en el acto de Juicio Oral, interesa a esta parte la práctica de las siguientes:

**A) INTERROGATORIO DE LA PARTE DEMANDADA**, consistente en que por este Juzgado se acuerde citar al representante de la empresa con la expresa advertencia de que si no comparecen o lo hace de forma diferente a la solicitada se le declarará por confeso a los hechos de la demanda u aquellos que tengan relación con el objeto del pelito además de las multas

previstas en el artículo 304 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**B) DOCUMENTAL**, consistente en que se requiera a la demandada para que aporte con una antelación de 15 días a la celebración del acto de juicio:

- Boletines de la cotización de la Seguridad Social correspondientes a la empresa **BISTRÓ MIRÓ, S.L.** relativos a los ejercicios del año 2014 y del año 2015 a los efectos de poder verificar la situación de la demandada en relación a su alta y baja en el Régimen General de la Seguridad Social.
- Contratos laborales vigentes con los trabajadores que actualmente están prestando servicios en **BISTRÓ MIRÓ, S.L.**
- Hojas de salario de los trabajadores del mismo periodo en que se han pedido los boletines de las cotizaciones del punto anterior, incluido también los correspondientes al **Sr. MATEO MARTINEZ GIL.**
- Documentación acreditativa del cumplimiento de las disposiciones legales en materia de **SEGURIDAD LABORAL, PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y SALUD EN EL TRABAJO**, así como la acreditación de haber dado al trabajador demandante la formación establecida en dicha materia.

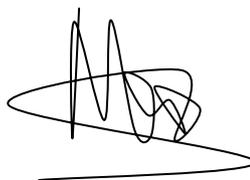
**SUPLICO AL JUZGADO:** Que admita las pruebas propuestas y ordene lo necesario para proceder con su práctica.

**SEGUNDO OTROSÍ DIGO:** Que para la defensa en este juicio asigno a la Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, **MARIA SILVA GARCÍA**, colegiada número 22860, con domicilio profesional en Sant Cugat del Vallès, calle Igualada, núm. 21, domicilio al que designo a efectos de notificaciones y otras diligencias.

**SUPLICO AL JUZGADO:** Que tenga por realizadas las anteriores manifestaciones y acuerde resolverlas de conformidad a lo solicitado.

Es justicia que pido en Terrassa el 16 de enero de 2016.

**Firmado.- Mateo Martínez Gil**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mateo Martínez Gil', with a long horizontal flourish extending to the right.

### **3.8. Decreto de admisión de la demanda**

Una vez se deposita la demanda en el decanato de los Juzgados de lo Social se reparte al juzgado que por turno corresponda y el Letrado de la Administración de Justicia de ese juzgado, en virtud de lo establecido en el artículo 81 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social deberá informar a las partes mediante decreto, manifestando si se admite la demanda o por si el contrario se debe subsanar algún error que haya en ella y para subsanarlos dará el plazo de tres días. A continuación veremos el escrito correspondiente de admisión de demanda:

#### **JUZGADO DE LO SOCIAL N° 2 de TERRASSA**

Domicilio: Rambleta Pare Alegre, 08224

Teléfono: 936932574

Procedimiento Despido 470/2016

Materia: Despido

DEMANDANTE: D. MATEO MARTÍNEZ GIL

DEMANDADO: BISTRÓ MIRÓ, S.L.

**DILIGENCIA.-** En Terrassa, a diecisiete de enero de dos mil dieciséis.

La extiendo yo, el /la Letrada de la Administración de Justicia, hacer constar que ha sido presentada demanda por D/Dña. MATEO MARTÍNEZ GIL, contra la empresa BISTRÓ MIRÓ, S.L. en materia de despido, que ha correspondido a este Juzgado en turno de reparto, Doy fe.

#### **DECRETO**

En Terrassa a diecisiete de enero de dos mil dieciseises.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** D/Dña. MATEO MARTÍNEZ GIL presento demanda que fue repartida a este Juzgado de lo Social, contra BISTRÓ MIRÓ, S.L. en materia de Despido.

#### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** Examinada la anterior demanda, se estima, a la vista de los datos y documentos aportados que la parte demandante reúne formalmente los requisitos de capacidad y/o representación, necesarios para comparecer en juicio, conforme a lo determinado en la LEC así como los requeridos en el artículo 80.1 c) y d) de la L.R.J.S

**SEGUNDO.-** Por lo expuesto, procede la admisión a trámite de la demanda y dese traslado y cítese a las partes, señalándose día y hora para la vista.

**TERCERO.-** Conforme al art. 78 de la L.R.J.S si las partes solicitasen la práctica anticipada de prueba, el Juez o Tribunal decidirá lo pertinente para su práctica. Asimismo, conforme al art. 90.3 de la L.R.J.S, las partes podrán

solicitar, al menos con **cinco días de antelación a la fecha de juicio**, aquellas pruebas que, habiendo de practicarse en el mismo, requiera diligencia de citación o requerimiento siendo labor del Letrado de la Administración de Justicia facilitar la admisión y práctica en el acto de juicio de los medios de prueba anunciados por la parte.

**CUARTO.-** De conformidad con lo dispuesto en el art. 53 de la L.R.J.S las partes deberán indicar en la primera comunicación ante este Juzgado los datos relativos a nº de teléfono, fax, dirección electrónica o similar, así como los cambios que puedan realizarse para poder ser utilizados como instrumentos de comunicación con las partes.

**QUINTO.-** Asimismo procede hacer las siguientes advertencias y apercibimientos: A la parte demandante, que si no asistiere a la vista y la parte demandada no alegare interés legítimo en la continuación del proceso, se tendrá por desistida de la demanda. A la parte demandante, que conforme a lo preceptuado en el art. 21 de la L.R.J.S si el demandante pretendiese comparecer en el juicio asistido de abogado o representado por procurador o graduado social colegiado, lo hará constar en la demanda. Asimismo el demandado pondrá esta circunstancia en conocimiento del Juzgado o Tribunal por escrito, dentro de los dos días siguientes al de su citación para el juicio, con objeto de que, trasladada tal intención al actor, pueda éste estar representado por procurador o graduado social colegiado o designar abogado en otro plazo igual o solicitar su designación a través del turno de oficio. La falta de cumplimiento de estos requisitos supone la renuncia de la parte al derecho de valerse en el acto de juicio de abogado, procurador o graduado social colegiado.

A ambas partes, que deben comparecer a la vista con las pruebas de que intenten valerse. Se indicará también a las partes, que en el caso de solicitarse citación judicial de partes, testigos o peritos deberán pedirlo al menos con cinco días de antelación a la fecha del juicio, debiendo indicar al

Juzgado que personas han de ser citadas por el tribunal para que asistan a la vista, bien como testigos, peritos o conocedoras de los hechos sobre los que tendría que declarar la parte, facilitando los datos y circunstancias precisa para llevar a efecto la citación, conforme al art. 90.3 L.R.J.S. Asimismo, se indicará a ambas partes que deben comunicar a este tribunal los datos relativos a n° de teléfono, fax, dirección electrónica o similar así como los cambios que se produzcan durante la sustanciación de este proceso.

**SEXTO.-** En los supuestos previstos en el art. 156 LEC, consúltese los registros oportunos de la base de datos informática de la oficina judicial.

#### **PARTE DISPOSITIVA**

1.- Tener por repartida la anterior demanda, con la que se formará el oportuno procedimiento, registrándose en el libro correspondiente.

2.- Se admite PROVISIONALMENTE a trámite la demanda presentada y se señala para el acto de conciliación y, en su caso, juicio, en única convocatoria la audiencia del día **20/03/2016 a las 11:00h** en la Sala de Audiencia de este Juzgado (a la 5.1) que se sustanciará por las reglas del procedimiento de Despido.

Cítese a las partes para dicho acto, dando traslado a la parte demandada de copia de la demanda y de los documentos acompañados, así como del de subsanación.

Consúltese los registros oportunos de la base de datos informática de la oficina judicial si fuera necesario para la localización de las partes.

#### **ADVIÉRTASE A LAS PARTES**

1.- Que deben concurrir a juicio con todos los medios de prueba de que intenten valerse.

2.- Que si el demandante citado en forma no comparece, ni alega justa causa que se lo impida, se le tendrá por desistido de la demanda.

3.- Que la incomparecencia injustificada del demandado, citado en forma no impedirá la celebración del juicio, que continuará sin necesidad de declarar su rebeldía.

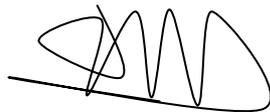
4.- Póngase los autos en presencia de S.S<sup>a</sup> llma. A fin de que resuelva sobre la prueba propuesta.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Mediante recurso de REPOSICIÓN ante este Juzgado, no obstante lo cual, se llevará a efecto lo acordado. El recurso deberá interponerse por escrito en el plazo de TRES días hábiles contados desde el siguiente de la notificación, con expresión de la infracción cometida a juicio del recurrente, sin cuyos requisitos no se admitirá el recurso (art 186.1 LEC)

Así lo acuerdo y firmo. Doy fe.

El/La Letrado de Administración de Justicia.

**ANA NUÑEZ BADIA.**

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a horizontal line at the bottom, positioned below the name ANA NUÑEZ BADIA.

### **3.9. La prueba**

La regla general en la jurisdicción social es la prevista en el artículo 87.1 de la Ley reguladora donde se dice que se debe proponer la prueba en el acto de juicio y que se deberá practicar en el mismo, pero cabe la posibilidad de poder solicitar con una antelación de cinco días, antes de la celebración del juicio, aquellas pruebas que requieran citación o requerimiento ello lo vemos regulado en el artículo 90.3 de la Ley Reguladora, en nuestro caso práctico vamos a solicitar varias testificales y lo haremos mediante el escrito que a continuación vamos a exponer:

**JUZGADO DE LO SOCIAL N° 2 de TERRASSA**

Procedimiento Despido 470/2016

DEMANDANTE: D. MATEO MARTÍNEZ GIL

DEMANDADO: BISTRÓ MIRÓ, S.L.

**AL JUZGADO**

Don **MATEO MARTINEZ GIL**, mayor de edad, con DNI. Núm. 53291660Q i domicilio 08182 SANT CUGAT DEL VALLÈS calle Caldes, 35, L, como mejor proceda en derecho **COMPARECE Y DICE:**

Que al amparo del artículo 90.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción social y en tiempo y forma oportuno, esta parte solicita la siguiente prueba para que este juzgado haga la correspondiente citación:

- La testifical de la Señora María Rico Puerta, trabajadora con la categoría de camarera en el restaurante Bistró Miró, S.L. con residencia en:

C/ Francesc Macià, nº 4, 1º 1ª, Sant Cugat del Vallès.

- La testifical del Señor Álvaro Pal Mestre, trabajador con la categoría de camarero en el restaurante Bistró Miró, S.L. con residencia en:

C/ Victor Català, nº13, 5ª 3ª, Sant Cugat del Vallès.

En su virtud,

**SUPLICO AL JUZGADO** que teniendo por recibido el presente escrito con sus copias y por hechas las manifestaciones que en él se contienen, se realice la correspondiente citación de los anteriores testigos para que comparezcan el día y hora de la celebración de la vista.

Es justicia que pido en Terrassa el 10 de marzo de 2016.



MATEO MARTÍNEZ GIL

En este caso hemos creído necesario presentar a estos testigos porque al ser trabajadores de la demandada podrán alegar que tampoco recibieron las pagas extras de Junio y Diciembre así como que el Señor Mateo Martínez Gil fue el único que reclamó dichas cantidades.

### **3.10. Celebración del Juicio**

Como ya se ha ido comentado a lo largo de este trabajo en la Jurisdicción Social encontramos dos tipos de vistas la ordinaria, que se encuentra regulada en el artículo 85 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y la vista de inversión de posiciones, regulada en el artículo 105 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y la propia en los juicios por despido.

Como bien define el artículo publicado en fecha 10-06-2014 en EIDerecho.com de María Isabel Toledo Romero de Ávila:

*“La inversión de posiciones pretende ajustarse al principio de igualdad procesal y contribuye sin duda a que el trabajador pueda articular mejor su derecho a la defensa, habida cuenta que la norma obliga a que sea el empresario demandado el primero en exponer sus posiciones, sin que constituya una inversión de la carga de la prueba.”<sup>7</sup>*

Por lo tanto nuestro acto de juicio se caracterizará por la oralidad y la concentración así como por ser diferente al juicio ordinario por la mencionada inversión de posiciones.

En primer lugar el actor (en nuestro caso el Sr. Mateo Martínez Gil) se ratificará al escrito de demanda sin realizar ninguna alegación. En segundo lugar se le dará la palabra a la parte demandada (en nuestro caso a la empresa Bistró Miró, S.L.) que podrá plantear las excepciones previas y contestar a la demanda de manera oral, finalizando con la solicitud del recibimiento del pleito a prueba. Seguidamente se le

---

<sup>7</sup> María Isabel Toledo Romero de Ávila. (2014). El juicio laboral y su práctica en Sala. Recuperado 09-08-2016, des de [http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/juicio\\_laboral\\_11\\_688180001.html](http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/juicio_laboral_11_688180001.html).

da el turno de palabra al actor para realizar las alegaciones que crea correspondientes y será en este momento donde deba solicitar el recibimiento del pleito a prueba.

El juez abrirá la fase probatoria, donde deberá proponer primero la parte demandada y después la parte actora, en el caso que se inadmita un medio de prueba podremos formular protesto a efectos de segunda instancia y que conste en acta el medio de prueba denegado. Seguidamente se realizará la práctica de la prueba en este orden: interrogatorio de parte, testifical y pericial, una vez practicada la prueba se realizarán las conclusiones y al contrario del procedimiento ordinario empezará la demandada y por último la demandante.

Cabe destacar (se volverá a mencionar en la Sentencia) que en los casos de vulneración de un derecho fundamental, el demandante, es decir, Mateo Martínez Gil, deberá aportar *indicios suficientes que conduzcan al órgano judicial a creer en la posibilidad de que pudiera haber una lesión del derecho fundamental*, es decir no basta con alegar la existencia de vulneración del derecho fundamental, pero tampoco se exige aportar prueba definitiva de la vulneración, sino que con indicios es suficiente. Cuando el demandante haya aportado estos indicios toda la carga de la prueba recaerá sobre el empresario que deberá justificar objetiva, razonablemente y con suficiencia probada las medidas adoptadas y su proporcionalidad. En el caso que el empresario acredite que no hay vulneración de derecho el despido no se podrá calificar como nulo sino en todo caso se podría llegar a calificar como improcedente, porque en el escrito de demanda lo hemos solicitado subsidiariamente.

### **3.11. Contestación a la demanda**

Para empezar debemos dejar claro que la oposición a la demanda en el procedimiento de la jurisdicción social se hace de manera oral en el mismo acto de juicio, pero dada la imposibilidad de hacerlo vamos a poner algunas de las cuestiones que el empresario debería alegar en su favor.

En nuestro caso la empresa BISTRÓ MIRÓ, S.L. deberá defender la procedencia del despido, justificando los hechos alegados en la carta. No podrá alegar hechos distintos a los contenidos en dicha comunicación escrita y recordemos que la razón principal que se alego en la carta de despido fue la siguiente:

**“PRIMERO.-** Es de aplicación el artículo 56.7 del vigente Convenio Colectivo, en **cuanto tipifica como falta muy grave la disminución voluntaria y continuada en el rendimiento normal de la labor.**”

Es decir la empresa BISTRÓ MIRÓ, S.L. deberá aportar prueba suficiente para mostrar ante el tribunal que el trabajador el Sr. MATEO MARTÍNEZ GIL disminuyó de manera intencionada el rendimiento de su labor de trabajo.

En primer lugar en el acto de juicio el demandado deberá plantear si hay alguna cuestión previa, como puede ser la caducidad de la acción, la excepción de incompetencia, como por ejemplo que no se tratara de una relación laboral sino que fuera una relación mercantil o la falta de legitimación, como por ejemplo que no fuera empresario del trabajador despedido. En este caso y como cuestión previa si nosotros fuéramos el empresario miraríamos si se ha citado correctamente al Ministerio Fiscal (que en teoría lo debe de hacer el propio Juzgado por existir una vulneración a un derecho fundamental) y en el caso que no se le hubiese citado nosotros formularíamos la siguiente cuestión previa:

“Al amparo de lo establecido en el artículo 177.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y dado que la adversa reclama en su escrito de demanda la petición de nulidad del despido por quebranto de la garantía de indemnidad, esta parte entiende que debe suspenderse el presente señalamiento para dar debido cumplimiento a la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal en este procedimiento, salvo que la actora reformule su demanda y desista de la petición de nulidad por quiebra de la garantía de indemnidad.”

Después de haber planteado la cuestión previa ante el tribunal, el Juez si puede deberá resolver la cuestión previa o por el contrario deberá suspender el acto de juicio. En nuestro caso vamos a suponer que la cuestión previa se resuelve y por lo tanto se proseguirá con el acto de juicio, el segundo paso que deberá realizar la empresa es la oposición a la demanda de la actora y lo hará oponiéndose hecho por hecho:

Para oponernos a la demanda:

En su integridad excepto aquellos extremos que de forma expresa se reconozcan, así pues y para una mejor sistemática en el seguimiento, contestaremos para oponernos uno por uno y por orden los hechos que se postulan en la demanda.

**En cuanto al HECHO PRIMERO - circunstancias personales.**

Efectivamente y tal y como se acredita en el documento nº 1 aportado por la parte actora, se reconoce a la misma las siguientes circunstancias de su contrato de trabajo:

- Contrato de trabajo ordinario e indefinido de fecha 23 de noviembre de 2011.
- Categoría laboral de jefe de Sala, según el "Convenio colectivo de trabajo interprovincial del sector de la industria de hotelería y turismo de Cataluña para los años 2014, 2015 y 2016"
- Formalización de alta en el régimen General de la Seguridad Social, tal y como se acredita mediante **DOCUMENTO NÚMERO 1** que aporta esta parte (El alta a la Seguridad Social la encontramos en el primero documento del Anexo adjuntado a este trabajo).
- Jornada laboral de 40 horas semanales y no de 60 horas tal y como quiere hacer creer la parte contraria en su escrito de demanda.
- Salario mensual bruto según convenio de 1.669,60€.

En cuanto al pago de las gratificaciones extraordinarias, ya se mandó una circular a todos los trabajadores donde se les exponía de manera clara que debido a las circunstancias de crisis que pasaba la empresa las pagas extras se abonarían con un poco de retraso. Hecho al que no se opuso ningún trabajador en su momento, dado que todos conocían la situación en la que se encontraba el restaurante. Se adjunta como **DOCUMENTO NÚMERO 2** dicha circular.

**En cuanto al HECHO SEGUNDO - El despido.**

Que al cabo de unos meses el actor el Sr. MATEO MARTÍNEZ GIL empezó a reclamar dichas pagas, mediante varias conversaciones con los responsables del restaurante a lo que le contestaron que aún no podían abonar las pagas pero que en cuanto pudieran lo harían. Ante esta situación el trabajador empezó a reducir voluntariamente el ritmo de trabajo, hecho que provocó mal ambiente entre los compañeros además de pérdidas en el restaurante. Es por esta razón que en fecha 3 de diciembre de 2015 se le entregó la correspondiente carta de despido.

A la vista de lo expuesto, esta parte entiende que el único sentido de dicha reclamación de cantidad, a la que ya se le dijo que se le abonaría cuando se pudiera, es la constitución de una cobertura inicial previa para justificar una posterior reclamación de quebranto de la garantía de indemnidad. Sobre ello ya se pone claramente de manifiesto que:

- El despido disciplinario no es consecuencia ni directa ni indirecta de la reclamación de cantidad efectuada tanto por buro fax como de forma verbal, sino que es debido a esta injustificada disminución del trabajo, que según el convenio constituye una falta muy grave que tiene como consecuencia la rescisión del contrato de trabajo por despido disciplinario (art. 56.7 y 57 del Convenio Colectivo aplicado al sector).

**En cuanto al HECHO TERCERO - De la nulidad y la subsidiaria improcedencia del despido.**

Como ya se ha acreditado, la sanción impuesta no es una represalia ante ninguna petición o defensa de derechos de los trabajadores, su causa es clara y concreta, la bajada de rendimiento voluntario del trabajador. Además cabe decir que la actora ha usado la reclamación interpuesta para poder

alegar la garantía de indemnidad, sabiendo en todo momento que no se le podrían abonar las pagas hecho del que se le informó.

Por último, decir que la sanción del despido no es una represalia a ningún ejercicio previo de derechos fundamentales por parte del trabajador, sino consecuencia legalmente establecida en el convenio colectivo por la comisión por parte del trabajador de los hechos reflejados en la carta extintiva, por tanto no hay quiebra alguna de la garantía de indemnidad.

En resumen en cuanto a este hecho tercero, debe desestimarse también íntegramente la petición de despido nulo o subsidiariamente improcedente.

Una vez la parte demandada se ha opuesto a todos los hechos, se realizará la práctica de la prueba, que en el caso que nosotros fuéramos la empresa pediríamos como prueba, a parte de la documental, varias testificales de los trabajadores con la finalidad de preguntarles sobre la disminución voluntaria del trabajador el Sr. MATEO MARTÍNEZ GIL, para así poder justificar que el despido es procedente.

Una vez realizada la practicada de la prueba hay el turno de conclusiones:

En conclusión y en méritos de lo expuesto así como del conjunto de la prueba practicada, tanto documental como las declaraciones de los testigos, ha quedado acreditado sin ningún género de duda que el actor ha cometido los hechos que se le imputan en la comunicación de despido, hechos que están debidamente tipificados en el régimen disciplinario del convenio colectivo como constitutivos de falta muy grave a los que les corresponde la sanción disciplinaria del despido con pérdida de todos los derechos en la empresa. Es por ello y dando por reiterada la inexistencia de la quiebra de garantía de indemnidad, no cabe más que solicitar de forma expresa **la desestimación íntegra de la demanda del actor de considerar el despido nulo o subsidiariamente improcedente y manifestar de forma expresa que debe considerarse como procedente el despido disciplinario comunicado al actor con fecha de efectos el día 3 de diciembre de 2015.**

Como hemos visto en la anterior contestación a la demanda, se relatan las causas por las que la empresa cree que el despido está justificada pero no lo respalda con prueba suficiente, ya que, solo aporta el comunicado que mandó a los trabajadores y solo esta prueba no es suficiente para alegar la causa del despido, teniendo en cuenta que la empresa tiene toda la carga probatoria.

### **3.12. Sentencia**

En cuanto a la sentencia la encontramos regulada en los artículo 97 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en ellos se nos expone que el Juzgado deberá dictar sentencia en el plazo de cinco días, en el cuerpo de dicha sentencia se deberá razonar motivadamente dentro de sus antecedentes de hecho y fundamentos de derecho la procedencia/improcedencia/nulidad del despido. En nuestro caso se calificará el despido como nulo por vulnerar el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva en su vertiente de la garantía de indemnidad.

Cabe decir que las partes se podrán oponer a la sentencia mediante recurso de suplicación en virtud de los artículo 190 y siguientes de la Ley reguladora.

#### **JUZGADO DE LO SOCIAL**

Nº. 2 de Terrassa

#### **AUTOS NUM. 470/16.**

En nombre de S.M. El rey y de la Autoridad que el pueblo español me confiere, he pronunciado lo siguiente:

#### **SENTENCIA Nº 408/2016**

En la ciudad de Terrassa, a 24 de marzo de 2016.

Visto por el llmo. Sr. D. José Antonio Lucio, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Social nº 2 de esta provincia, los autos 470/16 seguidos en este Juzgados a instancia de D. MATEO MARTÍNEZ GIL contra la empresa BISTRÓ MIRÓ.S.L. Y FOGASA siendo parte el Ministerio Fiscal, sobre Despido,

## **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 17.01.2016 tuvo entrada en Decanato demanda suscrita por el actor, en la que en virtud de los hechos expuestos en la misma se solicitaba el dictado de sentencia, de acuerdo con el suplico de la misma.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda y hecho el oportuno señalamiento para el juicio oral, tuvo lugar la vista el día señalado, en el que compareció la parte actora asistida de la Letrada Sra. María Silva y la demandada a través del Letrado el Sr. Julián López, y el Ministerio Fiscal, no compareciendo el FOGASA pese a estar legalmente citado. En cuyo acto las partes hicieron las alegaciones y propusieron las pruebas que, admitidas y declaradas pertinentes, se practicaron en la forma que consta en el acta que se mandó extender e insistiendo en conclusiones en lo manifestado, dándose por finalizado y visto para sentencia.

**TERCERO.-** En la tramitación de los siguientes autos se han observado las prescripciones legales.

## **HECHOS PROBADOS**

**PRIMERO.-** D. MATEO MARTÍNEZ GIL, mayor de edad, con DNI 53291660Q vecino de Sant Cugat del Vallès (Barcelona) ha venido prestando sus servicios para la empresa BISTRÓ MIRÓ, S.L. con la categoría profesional de Jefe de Sala, con antigüedad de 23.11.2011 percibiendo un salario bruto de 1.669,60 euros mensuales.

Rige entre las partes el Convenio Colectivo de trabajo interprovincial del sector de la industria de hostelería y turismo de Cataluña.

**SEGUNDO.-** Mediante burofax de fecha 01.07.2015 el actor reclamó a la empresa las pagas extras de los meses de diciembre de 2014 y junio de 2015, ascendientes a un total de //3.339,20€//, que adjunta la parte actora en el escrito de demanda como documento número 1.

Que tras meses de espera la empresa BISTRÓ MIRÓ S.L. no respondió al burofax de dicha reclamación ni tampoco ingresó las cantidades debidas a la actora.

Con fecha 03.12.2015 la empresa comunicó al actor su despido disciplinario en base a los artículos 56.7 y 57 del Convenio Colectivo.

**TERCERO.-** Después de la celebración del acto de juicio no ha quedado acreditado el despido ni tampoco los motivos expuestos en la carta de despido. Por otro lado si ha quedado acreditado que la actora ha realizado diligentemente su trabajo como Jefe de Sala y que no bajo su rendimiento tal y como se alega en la carta de despido.

También se ha podido acreditar durante la celebración del acto de juicio que la verdadera causa de la decisión empresarial era, precisamente los reiterados reclamos que realizó el Sr. MATEO MARTÍNEZ GIL para que se le pagaran las cantidades correspondientes a las pagas extras de Diciembre de 2014 y Junio de 2015, cuya misma causa obedece al hecho de que fue el único trabajador que reclamó dichas cantidades y todo ello culmina con el despido, que constituye la más clara vulneración del derecho Consagrado en el artículo 24.1 de la CE en su vertiente de la garantía de indemnidad, que debería proteger al trabajador frente a represalias empresariales por reclamaciones extrajudiciales con anuncio de posibles ejercicio subsidiarios de acciones judiciales, derecho fundamental de la garantía de indemnidad, consagrado en la Constitución Española.

La parte actora ha intentado la preceptiva conciliación ante el CMAC de Barcelona el día 16 de diciembre de 2015, sin efecto.

**CUARTO.-** Las demandas han sido presentadas ante el Juzgado de Terrassa los días 17.01.2016 y el 25.01.2016.

**QUINTO.-** El actor no es representante legal de los trabajadores, ni delegado sindical.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Los anteriores hechos han resultado acreditados en virtud de la valoración conjunta de todos los medios de prueba practicados, en concreto, el salario, categoría profesional y antigüedad, así como el contrato de trabajo y el despido.

**SEGUNDO.-** La cuestión discutida en la presente litis es si se ha vulnerado el derecho consagrado del art. 24.1 de la Constitución Española en su vertiente de la garantía de indemnidad, sobre el asunto hay reiterada jurisprudencia derivada de dicho artículo (SSTC 14/1993, de 18 de enero, 197/1998, de 13 de octubre, 140/1999, de 22 de julio, 168/1999, de 27 de septiembre, 198/2001, de 4 de octubre) entre otras, cabe decir que en relación con la posibilidad de que una decisión empresarial de despido sea lesiva del art. 24.1 CE, ya se ha declarado en varios tribunales que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecida dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado también con la realización por parte del trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial y que esto tenga como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. En nuestro caso esta conducta del empresario viene dada con el burofax que mandó la actora a la parte

demandada en reclamación de cantidad y en las varias peticiones que les hizo de manera oral a los responsables de la empresa. Además de todo ello los trabajadores del restaurante BISTRÓ MIRÓ, S.L. lo han corroborado en el acto de juicio mediante sus testificales, en este sentido el Sr. Pal Mestre, en el minuto 25 de la grabación de la vista manifiesta "Mateo reclamó las pagas extras más de dos veces al finalizar la jornada del mediodía" y por otro lado la Sra. Rico Puerta manifiesta en el minuto 32 de la grabación de la vista lo siguiente: "Si que es verdad que el Señor Mateo pidió que nos pagaran la paga extra del mes de Diciembre." En conclusión, pues, ha quedado completamente acreditado que hubo una reclamación extrajudicial por parte del trabajador.

**TERCERO.-** Cabe recordar que el derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza, tal y como ha sucedido en el caso que se está juzgando.

**CUARTO.-** La garantía de indemnidad es al fin y al cabo la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de la actuación del trabajador a obtener la tutela de sus derechos, que recordemos que las pagas extras es un derecho que tienen los trabajadores en virtud del artículo 31 del Estatuto de los Trabajadores. En esta este sentido hay varia normativa sobre la garantía de indemnidad, como el artículo 5 c) del Convenio nº 158 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España , en el BOE de 29 de junio de 1985 o STC como la más importante en este tema que es la 14/1993.

En resumen el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 24.1 de la CE quedaría privado en

lo esencial de su eficacia si la protección que confiere no incluyera las medidas que pueda llegar a adoptar un empresario como reacción represiva frente a una acción judicial ejercitada por un empleado ante los Tribunales. El temor a tales medidas podría disuadir a los trabajadores de hacer valer sus derechos y por lo tanto, poner en peligro el objetivo de la tutela judicial efectiva, en consecuencia entonces la garantía de indemnidad del 24.1 debe cubrir todo acto procesal o preprocesal necesario para acceder a los Tribunales de Justicia, así como los actos preparatorios o previos necesarios para dicho ejercicio, por lo que estos actos no pueden permanecer al margen del derecho fundamental ya que si no se dificultaría su efectividad.

**QUINTO.-** La STC 140/1999, de 20 de julio nos dice que: "la prohibición del despido como respuesta al ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos se desprende también del art. 5 c) del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, que expresamente excluye de las causas válidas de la extinción del contrato de trabajo *"el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleado por supuestas violaciones de Leyes i Reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes"*. Asimismo, el despido en estos casos supondría el desconocimiento o vulneración del derecho básico que ostentan los trabajadores, conforme al art. 4.2 g) del Estatuto de los Trabajadores, que configura como tal *"el ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo"*."

**SEXTO.-** Por todo lo expuesto en los fundamentos anteriores y teniendo en cuenta que el despido es la forma de extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario, el art. 108.1 de la L.R.J.S, al igual que el art. 55 del Estatuto de los Trabajadores, determinan que el Juez ha de calificar en el fallo de la sentencia el despido como procedente, improcedente o nulo, habiéndose establecido en el art. 108.2 de la L.R.J.S la exigencia de declarar el despido

nulo cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Debiéndose tener en cuenta al respecto que cuando existe algún indicio de que se ha producido vulneración de derechos fundamentales del trabajador, que en nuestro caso hay la carta de petición de pago además de varias reclamaciones para que se le pagaran las pagas extras sin recibir respuesta de ninguna de ellas, al existir estos indicios y tal y como establece la doctrina constitucional (STC del Tribunal constitucional 21/1992 o 125/2008) hay la inversión de la carga de la prueba.

Aplicando dicha doctrina en el caso de autos, resulta, de acuerdo con esta regla de inversión de la carga probatoria, puesto que, partiendo de los hechos declarados probados, hay una falta de probanza por parte de la empresa: BISTRÓ MIRÓ, S.L. de la existencia de motivos para el despido, siendo obvio que la actuación de la empresa estuvo determinada por el previo ejercicio de acciones en su contra por parte del trabajador, de manera que la acción extintiva de la relación laboral no puede sino considerarse una represalia por la legítima defensa de sus derechos por parte del demandante.

Vistos los preceptos citados y demás de general y de pertinente aplicación,

#### **FALLO**

**SE ESTIMA** la demanda de despido interpuesta por D. MATEO MARTÍNEZ GIL contra la empresa BISTRÓ MIRÓ, S.L. Y declaramos lo siguiente:

- la **NULIDAD** del despido por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva (art.24.1 CE), en su vertiente de garantía de indemnidad.

- Se **CONDENA** a la empresa BISTRÓ MIRÓ, S.L, según lo establecido en el art. 113 de la L.R.J.S a la inmediata readmisión del trabajador a su antiguo puesto de trabajo con el desempeño de las funciones y condiciones laborales que venía realizando y con abono de los salarios dejados de percibir durante el transcurso de este proceso.

Publíquese esta sentencia y notifíquese a las partes, con la advertencia de que contra la misma cabe interponer recursos de suplicación en el plazo de cinco días a contar a partir del siguiente a la notificación de la presente, pero ante la Sala de lo Social del TSJA con sede en Barcelona.

Así por esta mi sentencia definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el llmo. Sr. Magistrado-Juez que la dictó estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe. <sup>8</sup>

#### **4. Crítica a la garantía de indemnidad**

Está claro por lo expuesto en los apartados anteriores que la garantía de indemnidad es un derecho fundamental creado a partir de la Doctrina y la Jurisprudencia hecho que nos hace pensar que la garantía de indemnidad ha sido un derecho vulnerado multitud de veces y por ello hubo la necesidad de crear la mencionada Doctrina y Jurisprudencia, para así poder proteger a los trabajadores de los abusos de los empresarios. Pero a pesar de lo anterior en este trabajo también creemos que es importante ver toda las caras de la moneda sobre la garantía de indemnidad, puesto que tanta protección a los trabajadores puede conllevar un abuso de derecho por

---

<sup>8</sup> La sentencia tiene como base la STC 55/2004, de 15 de abril, 408/2015 de 30 de noviembre y 125/2008 de 20 de octubre.

parte de los mismos y ello por otro lado tendría como consecuencia una indefensión al empresario.

Este abuso por parte del trabajador lo ha denominado la doctrina “reclamación-blindaje”, puesto que, puede pasar *“que los trabajadores conocedores de la delicada situación en la que se encuentra la empresa, deciden presentar cualquier reclamación aun carente de toda razón, con la finalidad de hacerse tributarios de esta garantía en el caso de verse efectivamente afectados por una previsible decisión de la compañía que resulte perjudicial a sus intereses.”*<sup>9</sup>

Es por ello que una parte de la doctrina defiende que no es válida solo la reclamación sino que se debe fundamentar muy bien la vulneración de dicho derecho, para así evitar que los trabajadores abusen de la garantía de indemnidad a favor de sus propios intereses.

Para hacerlo más claro, pondremos un ejemplo: un trabajador que conociendo que la empresa pasa un momento de crisis y que por ello va a reducir la jornada de todos los trabajadores decide presentar una reclamación alegando lo que crea conveniente, con la finalidad de que en el caso que le afecte esta reducción de jornada poder alegar que es debida a la reclamación que impuso y que es una represalia que el empresario le impone por haber realizado dicha reclamación y por lo tanto intentar demostrar que se le vulnera su derecho a la garantía de indemnidad. Como podemos ver no sería una cuestión de garantía de indemnidad sino que el trabajador ha usado la figura jurídica objeto de estudio para evitar que se le reduzcan la jornada laboral. Es por estos abusos que en los casos donde se plantee una vulneración de la garantía de indemnidad, ya ha fijado la doctrina que la primera carga de la prueba la tiene el trabajador que deberá probar con indicios dicha vulneración fundamental para que el tribunal puede empezar a considerar el despido nulo y así evitar el abuso del derecho.

---

<sup>9</sup> XAVIER MURCIANO. “La garantía de indemnidad y su relación con la reclamación-blindaje”. Forum. Julio 2015. P. 1-2.

## Conclusiones

Para concluir este trabajo es necesario que hagamos un pequeño resumen de lo expuesto en las páginas anteriores.

En primer lugar hemos definido el concepto garantía de indemnidad que consiste en “una protección jurídica que el trabajador posee para que el empresario no pueda adoptar ningún tipo de represalia derivada del ejercicio de un derecho o interés que tienen todos los trabajadores” también hemos podido ver que la garantía de indemnidad es una vertiente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en nuestra Constitución Española en su artículo 24 y que por lo tanto su vulneración es tan grave como la de un derecho fundamental. Por otro lado hemos visto que dicho derecho como tal no está tipificado en las normas sino que es una creación de la diferente jurisprudencia y doctrina que existe sobre ella así como las diferentes normas (Estatuto de los Trabajadores o el convenio de la Organización Internacional del Trabajador, entre otras) que sin nombrarla con el término de garantía de indemnidad la protegen, es por esta razón que saber y conocer este derecho es importante porque garantiza una mayor protección a los trabajadores frente a su situación de subordinación en la relación laboral.

En segundo lugar hemos visto las consecuencias que conlleva vulnerar la garantía de indemnidad, en los casos de despido dicha consecuencia es la calificación del despido como nulo y por lo tanto la obligación del empresario a volver a contratar al trabajador en el puesto de labor que ocupaba antes del despido. También hemos podido apreciar cuales son los requisitos que debe tener en cuenta el juez para que haya vulneración a la garantía de indemnidad, estos son la actuación del trabajador, reclamando ya sea judicial o extrajudicialmente un derecho y la correspondiente represalia del empresario. En este sentido cabe recalcar que el juzgador debe tener en cuenta la carga probatoria, puesto que, en este tipo de procedimientos de despido la tiene al inicio del proceso el propio trabajador, ya que, debe aportar indicios de que se le ha vulnerado la garantía de indemnidad, una vez lo haya probado la carga de la prueba recaerá sobre el empresario que deberá demostrar suficientemente los motivos alegados en la carta de despido, dejando claro que dicho despido no es una consecuencia de la vulneración de la garantía de indemnidad.

En tercer lugar en las páginas anteriores hemos plasmado como es un proceso de despido desde el inicio del mismo, con la carta de despido hasta la sentencia dictada por el Juez o Tribunal, todo este proceso se compone de varios escritos que se deben ir realizando y de ellos hemos podido apreciar varias cuestiones sobre la jurisdicción social, por un lado hemos visto que es muy partidaria de la conciliación o mediación entre las partes, busca a toda costa que se pueda llegar a un acuerdo entre el trabajador y el empresario con el fin de evitar el proceso judicial. Por el otro lado también hemos podido apreciar que la jurisdicción social tiene como principio la oralidad, principio sobre el que se rige el Derecho laboral, un ejemplo de ello es que la contestación a la demanda se hace “in voce” en el mismo acto de juicio sin necesidad de escrito de oposición, hecho que no sucede en las demás jurisdicciones.

En último lugar hemos querido dedicar unas páginas de este trabajo a analizar la parte negativa de la garantía de indemnidad, puesto que, hay casos en los que los trabajadores pueden abusar de dicha protección que les da la ley en beneficio a sus propios intereses, quedando injustamente escoltados por la garantía de indemnidad.

Para finalizar, queremos recalcar que la finalidad de la garantía de indemnidad no se limita al derecho a la tutela judicial efectiva, es decir, no solo protege el acceso a los tribunales sino que la doctrina ha establecido que su fin último es evitar cualquier represalia que pueda hacer un empresario frente a un trabajador reclamante de un derecho.

## **Bibliografía**

### **A) Manuales, obras y publicaciones**

CAVAS MARTÍNEZ, F, “La garantía de indemnidad del trabajador que presenta reclamaciones judiciales o extrajudiciales contra su empresario”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 4 (2006).

IGARTUA MIRÓ, M.T. “La garantía de indemnidad en la doctrina social del Tribunal Constitucional”, 1ª ed., Ed. Consejo Económico y Social (Madrid, 2008).

JOSÉ LUIS GIL Y GIL. “Despido por represalia y garantía de indemnidad del trabajador”. *Relaciones Laborales*. (2005). Núm. 189, p. 120-121.

XAVIER MURCIANO. “La garantía de indemnidad y su relación con la reclamación-blindaje”. *Fórum*. Julio 2015. P. 1-2.

### **B) Normativa y legislación**

Constitución Española, 1978.

Convenio nº 158 de la Organización Internacional del Trabajador sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982.

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

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

### **C) Jurisprudencia**

STC 14/1993, de 18 de enero.

STC 54/1995, de 24 de febrero.

STC 197/1998, de 13 de octubre.

STC 140/1999, de 20 de julio.

STC 101/2000, de 10 de abril.

STC 55/2004, de 15 de abril.

STC 125/2008, de 20 de octubre.

STC 974/2010, de 26 de enero.

STC 408/2015, de 30 de noviembre.

Recurso de suplicación 5438/2015, de 7 de enero de 2016.

Recurso de suplicación 5137/2015, de 1 de febrero de 2016.

## **ANEXO:**

Documento 1: Alta a la Seguridad Social

Documento 2: Contrato de Trabajo

Documento 3: Papeleta de Conciliación

Reporte de horas dedicadas al Trabajo de Final de Máster